

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

LUDOVICA POLI

Madri d'intenzione (e figli di un desiderio):
una lettura di genere della giurisprudenza Edu
sulla gestazione per altre/i

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
10 dicembre 2025

Madri d'intenzione (e figli di un desiderio): una lettura di genere della giurisprudenza Edu sulla gestazione per altre/i

Sommario

1. Introduzione. – 2. La genitorialità nell'era della GPA: *'mater (in)certa est'*. – 3. I tre principi cardine della giurisprudenza Edu in materia di GPA. – 4. Distinzione tra la posizione dei genitori d'intenzione e dei nati da GPA e interpretazione delle nozioni di 'vita familiare' e 'vita privata' ai sensi dell'art. 8 Cedu. – 4.1 Elementi atti ad individuare la sussistenza di una 'vita familiare' tra genitori di intenzione e nati da GPA e ruolo delle autorità nazionali. – 4.2 Tutela della vita privata (e familiare) del bambino e significato della cura. – 5. Ragioni e limiti della rilevanza del dato genetico come parametro per la definizione di un interesse al riconoscimento del legame di filiazione – 6. La madre d'intenzione e l'inversione della presunzione di genitorialità. – 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

Il contributo considera la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di gestazione per altre/i (GPA) e, individuati i tre essenziali principi definiti sin dalle prime decisioni, ne valuta l'applicazione più recente. I casi portati all'attenzione della Corte hanno offerto l'occasione di precisare le nozioni di 'vita privata' e di 'vita familiare' garantite dall'art. 8 Cedu e confermare la centralità, nella tutela del nato da GPA, del riconoscimento giuridico del legame genetico con il padre d'intenzione. Benché le ragioni dell'insistenza sull'aspetto biologico ben si comprendano alla luce della giurisprudenza Edu in materia di diritto alle origini, tale approccio palesa diversi limiti, ponendo in secondo piano vincoli personali di natura diversa da quella biologica (es. relazioni basate sulla cura) e condizionandone la tutela al riconoscimento giuridico del legame genetico del bambino con almeno uno dei due genitori d'intenzione. Nelle coppie eterosessuali, la posizione della madre d'intenzione appare sempre subordinata a quella del padre d'intenzione, anche nelle ipotesi in cui la stessa fornisca parte del patrimonio genetico nella procedura di GPA.

This article analyses the case-law of the European Court of Human Rights on surrogacy. It identifies three essential principles established in the earliest decisions and evaluates their most recent application. The cases considered by the Court provided an opportunity to clarify the notions of 'private life' and 'family life' guaranteed by Article 8 of the ECHR and to confirm the relevance, in the protection of

* Professoressa Associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Torino. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

children born through surrogacy, of a legal recognition of the genetic link with the intended father. Although the reasons for the emphasis posed on such element are to be understood in light of ECtHR's case law on the right to origins, this approach reveals several limitations, overshadowing personal ties of a nature other than biological (e.g., relationships based on care) and making its protection conditional upon the legal recognition of the child's genetic link with at least one of the intended parents. In heterosexual couples, the position of the intended mother always appears subordinate to that of the intended father, even in cases where she provides part genetic material in the surrogacy procedure.

1. Introduzione

A più dieci anni dalle prime sentenze adottate dalla Corte europea dei diritti umani (Corte Edu) a tutela dei nati da gestazione per altre/i (GPA), sembra utile soffermarsi sugli elementi che paiono oggi consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo in materia, anche al fine di valutarne il significato in una prospettiva di genere. Dopo una riflessione sulla portata dirompente della gestazione per altre/i su parametri culturali e costrutti sociali e, quindi, sulla tutela dei diritti umani (par. 2), il contributo intende mettere a fuoco i tre fondamentali principi attorno a cui si è sviluppata la giurisprudenza Edu sin dai primi casi relativi alla pratica (par. 3), per poi considerarne le declinazioni nella produzione giurisprudenziale più recente (par. 4, 5 e 6) e valutarne la portata con specifico riferimento alla posizione della madre d'intenzione.

2. La genitorialità nell'era della GPA: 'mater (in)certa est'

Nel 1978, la nascita di Louise Brown, prima bambina concepita attraverso fecondazione *in vitro*, era destinata a cambiare una volta per tutte gli orizzonti della genitorialità, innanzitutto da un punto di vista culturale (e sociale) e poi, naturalmente, anche dal punto di vista giuridico¹.

La fecondazione *in vitro* e le tecniche di inseminazione artificiale rappresentavano, all'epoca, una rivoluzione inevitabilmente percepita da molti come destabilizzante. I bambini cessavano di poter essere concepiti nell'intimità della coppia e la loro nascita diventava dipendente dalle competenze scientifiche di professionisti e dagli strumenti tecnologici di un laboratorio. La scienza, insomma, entrava in un processo che in precedenza era stato solo governato dalle regole della natura. Non solo: l'intervento della scienza medica nel processo riproduttivo era finalizzato per lo più ad alterarne e/o condizionarne l'esito 'naturale', ovvero a rendere possibile qualcosa che, alla luce delle condizioni fisiche degli aspiranti genitori, non sarebbe stato agilmente realizzabile.

Rispetto a tale quadro, la gestazione per altre/i ha aggiunto un elemento di ulteriore, grande complessità, sovvertendo un aspetto assodato nella maggior parte delle culture, ovvero l'identificazione della madre in colei che dà alla luce. Per secoli l'evento naturale del parto ha collegato automaticamente una donna al proprio figlio, mentre la ricostruzione della paternità si è fondata su

¹ Per una riflessione su profili filosofici posti dalle tecniche di fecondazione medicalmente assistita: M. Mori, *La fecondazione artificiale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1995; per una ricostruzione della storia della disciplina della fecondazione medicalmente assistita in Italia, C. Tripodina, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2014, pp. 67 ss.

una serie di presunzioni, codificate, tra l'altro, anche nel codice civile italiano². Il brocardo latino "*mater semper certa est, pater numquam*", insomma, ha sempre rappresentato una massima di esperienza. La gestazione per altre/i (ancor più che altre forme di tecniche fecondazione medicalmente assistita) invece impone di chiedersi che cosa oggi, nell'era della tecnologia riproduttiva, renda davvero 'madri'³. È il DNA e/o la funzione biologica della gestazione e l'esperienza della gravidanza? Oppure è il progetto di genitorialità che precede e sostiene la venuta al mondo di un bambino? O forse, ancora, è la cura assicurata ad un minore a rendere genitori? Si tratta, con tutta evidenza, di domande che – prima di sollecitare il diritto – insistono sulla nostra percezione sociale, culturale e, infine, morale della riproduzione e della genitorialità⁴. Le risposte del diritto, non a caso, sono spesso fortemente influenzate da tale lettura, tanto che quello della ricostruzione dei legami familiari diviene un ambito in cui lo Stato ha spazio per dilatare, restringere e, più in generale, plasmare concetti legali: "*[f]amily law and the regulation of assisted reproduction are areas in which new technologies highlight the state's power to define legal concepts, rendering public the intimately private affair of baby and family making*"⁵.

La definizione di requisiti e procedure per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, l'individuazione delle modalità più adatte per la ricostruzione del legame di filiazione tra un nato da GPA e i suoi genitori d'intenzione, la determinazione di principi atti a risolvere eventuali conflitti d'interesse: nessuna di queste operazioni giuridiche è libera da condizionamenti culturali. Questo si riflette, non a caso, nell'estrema varietà degli approcci normativi in materia di fecondazione assistita e soprattutto GPA nei diversi ordinamenti⁶: il comportamento che in una giurisdizione è regolato nel dettaglio, perché considerato oggetto di un diritto, altrove può essere sanzionato attraverso la previsione di una fattispecie di reato. Questa, com'è noto, è situazione italiana dopo l'adozione della legge Varchi che ha previsto la punibilità del cittadino italiano che acceda ad un servizio di GPA all'estero,

-
- 2 L'art. 231 c.c., per esempio, attribuisce la paternità del figlio concepito o nato in costanza di matrimonio al marito della madre, ovvero dalla donna che lo ha partorito.
- 3 L'analisi della posizione del padre alla luce delle novità introdotte dalle tecniche di fecondazione assistita è oggetto del lavoro di A. Margaria, *Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza Cedu*, in questa *Rivista*, 2020, 1, p. 93 ss.; sulla 'frammentazione' della maternità e della paternità e sulle sue implicazioni giuridiche si vedano anche, rispettivamente, H. Willekens, K. Scheiwe, T. Richarz and E. Schumann (Eds.), *Motherhood and the Law*, Göttingen, Göttingen University Press, 2019 e A. Margaria, *The Construction of Fatherhood: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- 4 Benché il riconoscimento della genitorialità appaia costituire un meccanismo basato su elementi di fatto e quindi 'neutrale', spesso esso si fonda su un giudizio atto a ravviare chi meriti di essere riconosciuto genitore: A. Margaria, *Surrogacy before European Courts: The Gender of Legal Fictions*, in *The Family in EU Law*, M-L. Öberg, A. Tryfonidou (Eds.), *The Family in EU Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, p. 181 ss.
- 5 M. Levy, *Surrogacy and Parenthood: A European Saga of Genetic Essentialism and Gender Discrimination*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 2022, p. 123.
- 6 Con riferimento all'ordinamento italiano, vedi C. Nardocci, *Intended or new parenthood? The child's best interest: Italy and the European Court of Human Rights*, in *ERA Forum*, 2024, p. 109 ss.: l'Autrice ben mette in luce le contraddizioni del sistema italiano in cui la Corte costituzionale ha 'demolito' a più riprese l'impianto della L. 40 del 2004 (recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), dimostrando al contempo ancora una significativa resistenza rispetto al riconoscimento del legame di filiazione del genitore d'intenzione non genetico, in caso di gestazione per altre/i, alla luce della contrarietà all'ordine pubblico italiano della pratica di cui si dice (Corte costituzionale, sentenze n. 272 del 22 novembre 2017 e n. 33 del 9 marzo 2021). Essa non ha però mancato di sollecitare l'intervento del legislatore, al fine di garantire la posizione dei bambini nati da GPA (Corte costituzionale, comunicato del 28 gennaio 2021).

ove tale pratica sia perfettamente lecita⁷.

Dal punto di vista della tutela internazionale dei diritti umani fondamentali, questa pluralità di percezioni culturali e soluzioni normative è destinata a produrre situazioni di conflitto (tra diritti – o quanto meno aspirazioni dei singoli – ed interessi pubblici) che cercano composizione davanti a giudici tra cui, in particolare, la Corte europea dei diritti umani. Tra le tante letture che possono darsi alla giurisprudenza Edu, pare interessante quella che pone al centro la posizione della madre d'intenzione: la complessità (anche da un punto di vista simbolico) che circonda questa figura si riflette, infatti, nella risposta del diritto anche sul piano della tutela internazionale.

Non a caso, proprio con riferimento alla figura femminile si impone una precisazione semantica, prima di procedere all'analisi. La scelta dei termini attraverso cui si descrive la pratica di cui si dice spesso manca della neutralità che conviene adottare per promuovere un confronto proficuo su questioni che, innegabilmente, presentano aspetti controversi⁸: in questo senso si pongono le locuzioni 'utero in affitto', ma anche 'maternità surrogata'. La prima insiste esclusivamente sulla dimensione commerciale che spesso la pratica assume (e che, senza dubbio, ne rappresenta l'aspetto più discutibile dal punto di vista etico), polarizzando l'attenzione su una sola, specifica e controversa versione della pratica e dimenticando la dimensione, parimenti diffusa e regolata in alcuni ordinamenti, del cosiddetto 'dono del grembo'. La seconda definizione – che, non si nasconde, anche chi scrive ha adottato in passato⁹ – appare invece criticabile perché evoca l'idea di una sostituzione (la surrogazione) nella funzione di maternità, definendo una volta per tutte il significato dell'esperienza gestazionale. Alla luce di queste considerazioni, è preferibile la locuzione *gestazione per altre/i* che consente di mettere a fuoco come l'essenza della pratica sia appunto la gestazione (che ha innanzitutto una dimensione biologica, anche se naturalmente non è priva di una portata relazionale) e non la maternità, ovvero un concetto assai più complesso che ha principalmente una dimensione sociale e di relazione¹⁰.

3. I tre principi cardine della giurisprudenza Edu in materia di GPA

Com'è noto, la Corte Edu non ha mai preso posizione sulla gestazione per altre/i in sé, dal momento che – sino ad ora – non è mai stata oggetto di doglianza l'impossibilità di accedere a tale pratica in taluni ordinamenti, né le conseguenze sui diritti dei soggetti coinvolti (*in primis*, gestante e nata/o) laddove essa sia consentita. Sarà interessante capire se le disposizioni introdotte con la legge Varchi, che

⁷ A seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 169 del 2024, il comma 6 dell'art. 12 della L. 40 del 2004 recita in questi termini: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana".

⁸ Sul linguaggio usato per indicare i diversi soggetti coinvolti nella GPA e su quanto questo sia contaminato da considerazioni di natura etica: S. Allan, *Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change*, Working Paper – May 30, 2014, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2431142>, ultima visita 4/09/2025, p. 2, nota 1; Y. Ergas, *Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, pp. 124–125.

⁹ L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2015, p. 7 ss.

¹⁰ La locuzione inglese *gestational surrogacy* appare meno controversa, nella misura in cui, pur facendo riferimento alla surrogazione (ed evocando dunque l'idea di sostituzione) la circoscrive alla gestazione.

certamente presentano non pochi profili problematici dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali¹¹, daranno adito ad uno o più casi meritevoli di intervento da parte dei giudici di Strasburgo. In ogni caso, è da escludere anche per il futuro una presa di posizione sull'ammissibilità e/o i parametri di legittimità della GPA, la cui natura eticamente controversa¹² continuerà ad indurre la Corte Edu a riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati in materia.

La maggior parte dei casi che sono stati portati all'attenzione della Corte riguardano vicende in cui uno o più bambini nati da gestazione per altre/i e i loro genitori di intenzione avevano riscontrato difficoltà a veder riconosciuto nello stato di residenza il legame di filiazione legittimamente stabilito all'estero. In un caso, oggetto della doglianza era stato l'allontanamento del minore nato da GPA dalla coppia di genitori di intenzione, ai quali il piccolo non risultava legato geneticamente¹³.

Nei casi citati, la Corte Edu si è sempre trovata a svolgere il delicato compito di bilanciare diritti individuali ed interessi pubblici, applicando dove necessario il principio del *best interest of the child*: da una parte, il desiderio e l'interesse dei genitori di intenzione e dei bambini a veder garantito il diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 Cedu e, dall'altra, la scelta politica dello Stato di scoraggiare il ricorso all'estero ad una pratica vietata nel proprio ordinamento.

Nonostante la giurisprudenza in materia di GPA sia ormai consistente, può ritenersi che gli elementi essenziali della posizione della Corte Edu siano stati tracciati in un nucleo originale di provvedimenti, vale a dire le sentenze 'gemelle' adottate nel 2014 nei casi *Menesson contro Francia* e *Labassee contro Francia*¹⁴, la sentenza della Grande Camera in *Paradiso e Campanelli contro Italia*¹⁵ del 2017 e il primo parere consultivo adottato dalla Corte nel 2019, ai sensi della competenza attribuitale con il Protocollo 16¹⁶.

Nel citato *corpus* giurisprudenziale la Corte Edu ha individuato essenzialmente tre principi.

In primis, essa ha distinto nettamente la condizione in cui versano i nati da GPA e i genitori

- 11 Per alcuni importanti spunti di riflessione E. Savarese, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, pp. 71–100; G. Gilleri, *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato 'universale'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, pp. 101–127; M. Pelissero, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, pp. 129–144; A. Schillaci, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, pp. 145–175.
- 12 Quanto ai profili controversi della pratica, deve segnalarsi un'importante presa di posizione da parte della *Special Rapporteur* dell'ONU sulla violenza contro le donne, Reem Alsalem, che ha recentemente adottato un rapporto estremamente critico nei confronti della GPA, descritta a più riprese come un contesto in cui trovano facilmente spazio forme di sfruttamento e violenza contro donne e ragazze (*"The different manifestations of violence against women and girls"*, UN Doc. A/80/158, 14 luglio 2025). Le criticità legate alla dimensione commerciale della GPA erano state, in precedenza, oggetto di uno studio tematico condotto dalla *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, Maud de Boer-Buquicchio, (UN Doc. A/HRC/37/60, del 15 gennaio 2018), che tuttavia incoraggiava gli Stati a trovare soluzioni atte ad impedire la vendita di minori, senza suggerire un divieto assoluto della pratica di cui si dice.
- 13 Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza di Camera del 27 gennaio 2025; sentenza di Grande Camera del 24 gennaio 2017.
- 14 Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, e *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenze del 26 luglio 2014.
- 15 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.
- 16 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Parere consultivo sul riconoscimento nel diritto interno di un rapporto giuridico di filiazione tra un bambino nato da un accordo di maternità surrogata all'estero e la madre intenzionale richiesto dalla Corte di Cassazione francese*, richiesta n. P16-2018-001, 10 aprile 2019.

d'intenzione e ha stabilito che, in situazioni in cui non sia possibile, ai sensi dell'ordinamento interno, trascrivere un atto di nascita e dunque riconoscere il legame di filiazione, l'urgenza di tutela riguarda la vita privata dei minori e non tanto la vita privata e familiare dei genitori d'intenzione. In *Menesson* e in *Labasee* in particolare, la Corte affermava che, nonostante le difficoltà pratiche riscontrate dai genitori per la mancata trascrizione degli atti di nascita, lo Stato convenuto aveva tracciato un buon equilibrio tra i diritti degli stessi e l'esigenza pubblica di scoraggiare il ricorso all'estero ad una pratica vietata nell'ordinamento francese¹⁷. I minori nati da GPA avevano invece subito una violazione del diritto alla vita privata perché la mancata trascrizione aveva prodotto uno stato di incertezza giuridica atta a minarne l'identità personale, con ripercussioni negative sulla possibilità di ottenere la cittadinanza francese e far valere i diritti di successione¹⁸. In alcuni casi, la distinzione tra la posizione dei genitori d'intenzione e quella dei nati da GPA si fonda sulla (e certamente si accompagna alla) riprovazione mostrata dalla Corte, per la scelta di chi decide di ricorrere all'estero ad una pratica vietata nello stato di provenienza, così generando una situazione di precarietà. In *Paradiso e Campanelli*, per esempio, la Corte si è chiesta se fosse davvero nell'interesse del minore consolidare un rapporto di filiazione costituito illegalmente piuttosto che attraverso la procedura di adozione regolata dall'ordinamento interno¹⁹.

In secondo luogo, la Corte ha insistito sulla centralità del legame genetico tra il padre di intenzione e i minori nati da GPA. In *Menesson* e in *Labasee*, la Corte specificava come questo legame rappresentasse un aspetto essenziale dell'identità personale dei bambini e che dunque fosse contrario al loro *best interest* il mancato riconoscimento giuridico di una simile realtà biologica²⁰. Il punto rileva a contrario anche in *Paradiso e Campanelli* in cui i ricorrenti non erano legati geneticamente al minore. In questo caso, la Corte ha espresso preoccupazione per le possibili derive del riconoscimento degli effetti della GPA in assenza di legami genetici e ha riconosciuto, nelle intenzioni delle autorità nazionali che avevano allontanato il bambino dalla coppia, la necessità di tutelare non solo il minore nel caso di specie, ma più in generale i bambini rispetto a pratiche illecite, tra cui il traffico di esseri umani²¹.

Il terzo principio chiave della giurisprudenza Edu in materia di GPA emerge dal parere consultivo richiesto dalla *Cour de Cassation* francese e riguarda la posizione della madre d'intenzione non biologica. In tale documento, la Corte ha stabilito che il diritto al rispetto della vita privata del nato da GPA impone alle autorità nazionali di prevedere una possibilità di riconoscimento del legame sussistente con la madre di intenzione, nella misura in cui quest'ultima sia indicata come madre legale nel certificato di nascita estero trascritto, nel paese di residenza, con riferimento alla posizione del padre d'intenzione, in quanto padre biologico²². Tuttavia, ha precisato la Corte, anche se questo riconoscimento è necessario, rientra nel margine di apprezzamento degli Stati definirne le modalità, purché la via prevista (per esempio l'adozione) consenta di essere espletata in modo tempestivo ed effettivo ("*promptly and effectively*") una volta che la relazione tra bambino e madre d'intenzione sia divenuta una realtà di fatto²³.

I principi fondamentali enucleati in questo *corpus* giurisprudenziale sono stati successivamente declinati nella soluzione di casi che presentavano elementi di distinzione fattuale e/o complessità ulteriore.

17 Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 87-94, *Labasee c. Francia*, cit., par. 66-73.

18 Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 96-98, *Labasee c. Francia*, cit., par. 75-77.

19 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 209.

20 Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 100, *Labasee c. Francia*, cit., par. 79.

21 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 197 e 202.

22 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Parere consultivo*, cit., par 36 e 46.

23 *Ivi*, par. 55.

4. Distinzione tra la posizione dei genitori d'intenzione e dei nati da GPA e interpretazione delle nozioni di 'vita familiare' e 'vita privata' ai sensi dell'art. 8 Cedu

La distinzione tra la posizione dei genitori d'intenzione e quella dei nati da GPA, accompagnata dalla scelta di riconoscere solo quest'ultima come meritevole di tutela, è certamente rimasta invariata nella successiva giurisprudenza Edu.

In alcuni casi, la Corte ha insistito sull'opportunità di accordare precedenza alla tutela del bambino: così, per esempio, nella sentenza *D.B. e altri contro Svizzera* (relativa al primo ricorso introdotto da una coppia omogenitoriale che aveva fatto ricorso alla GPA), la Corte ha ribadito quanto affermato in *Mennesson* rispetto al diritto alla vita privata dei minori, con l'importante precisazione che gli interessi di costoro non possono dipendere dall'orientamento sessuale dei genitori²⁴.

In altri casi, i giudici di Strasburgo si sono soffermati più dettagliatamente sulla posizione dei genitori d'intenzione, giustificando il 'sacrificio' delle loro aspirazioni alla luce dell'interesse pubblico garantito dallo Stato. Nel caso *K.K. contro Danimarca*, per esempio, una coppia aveva proceduto a gestazione per altre/i a titolo oneroso in Ucraina e aveva successivamente ottenuto la registrazione del certificato di nascita solo per il padre d'intenzione, che era anche padre genetico dei gemelli. La madre d'intenzione, invece, non aveva potuto neppure adottare i due bambini, in quanto la legge sull'adozione in vigore in Danimarca vietava ogni forma di adozione che prevedesse il versamento di un corrispettivo economico. La Corte Edu riconosceva, ai danni dei bambini, la violazione dell'art. 8 Cedu derivante dall'impossibilità di essere adottati dalla madre d'intenzione²⁵, mentre rigettava la doglianza sollevata dalla donna, facendo propria la posizione della Corte suprema danese, per la quale il diritto alla vita privata della ricorrente (e, in particolare "*her right to personal development through her relationship with the children, and her interest in continuing that relationship with them*"²⁶) doveva essere bilanciato con gli importanti interessi pubblici in gioco, tra cui l'obbligo di conformarsi ad impegni assunti sul piano internazionale in materia di adozione²⁷.

²⁴ Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 novembre 2022, par. 85. Due uomini, uniti civilmente, avevano fatto ricorso a GPA negli USA. Uno dei due era padre genetico del bambino e solo con riferimento a costui l'atto di nascita era stato trascritto in Svizzera. L'adozione all'epoca della nascita del bambino non era una possibilità aperta alle persone unite in unioni registrate, ma soltanto alle coppie sposate. Per questa ragione, per più di sette anni, i ricorrenti non avevano avuto la possibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il secondo padre di intenzione e il bambino.

²⁵ Corte europea dei diritti umani, *K.K. e altri c. Danimarca*, ricorso n. 25212/21, sentenza del 6 dicembre 2022, par. 72-77. La sussistenza della violazione nei confronti dei bambini è stata tuttavia riconosciuta solo a maggioranza di quattro voti su sette: i giudici autori della *dissenting opinion* hanno affermato che la decisione assunta dalla Corte in questo caso elimina il margine di apprezzamento degli Stati quanto agli accordi di gestazione per altre/i di natura commerciale (*ivi, Dissenting opinion dei giudici Kjølbrot, Koskelo e Yüksel*, par. 88).

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *K.K. e altri c. Danimarca*, cit., par. 55.

²⁷ *Ivi*, par. 59: la Corte ricordava come le autorità danesi fossero state chiamate a bilanciare l'interesse superiore dei minori nel caso di specie con le esigenze sottese all'articolo 15 della legge sull'adozione, previsione attraverso la quale l'ordinamento nazionale assicurava la propria conformità a previsioni pattizie rilevanti in materia e, in particolare: all'articolo 4(3)(c) della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (ai sensi del quale l'adozione può aver luogo solo se lo Stato ha garantito che il consenso non è stato indotto da un pagamento o indennizzo di alcun tipo); all'articolo 21 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia (che stabilisce che gli Stati devono adottare tutti i mezzi appropriati per garantire che l'affidamento non comporti un gua-

Anche nella giurisprudenza più recente si conferma, poi, talvolta, la tendenza della Corte a sottolineare la scelta consapevole, operata dai genitori d'intenzione, di intraprendere una strada avversata dall'ordinamento interno o dallo stesso non riconosciuta²⁸, ma pare ridotto il tono di riprovazione che la Grande Camera aveva assunto in *Paradiso e Campanelli*, in cui l'incertezza dei legami giuridici determinata dal comportamento dei ricorrenti aveva rappresentato uno degli elementi atti ad escludere la sussistenza di una vita familiare tutelata dall'articolo 8 Cedu²⁹. L'illegittimità, ai sensi dell'ordinamento di provenienza, delle scelte riproduttive delle coppie che fanno ricorso alla GPA all'estero è spesso piuttosto richiamata per affermare l'irrelevanza del comportamento antiggiuridico dei genitori nella definizione della tutela dei diritti del minore: in *D.B. e altri contro Svizzera*, per esempio, la Corte "*estime qu'il convient, du point de vue de la Convention, de faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère suprême dans de telles situations*"³⁰.

Infine, l'analisi della giurisprudenza Edu offre un'occasione di riflessione sulle definizioni di 'vita familiare' e 'vita privata' nella prospettiva della tutela offerta dall'art. 8 Cedu e rappresenta un'importante conferma di una ricostruzione di tali nozioni che prescinde da rigidi formalismi, secondo un'attitudine definitoria ormai consolidata nella giurisprudenza Edu³¹. L'individuazione degli elementi che la Corte ritiene essenziali per poter stabilire l'esistenza di una vita familiare dopo il ricorso alla GPA e l'analisi della portata del diritto alla vita privata del nato da GPA rappresentano un punto di partenza imprescindibile per una più compiuta riflessione sulla posizione della madre d'intenzione nella giurisprudenza Edu.

4.1. Elementi atti ad individuare la sussistenza di una 'vita familiare' tra genitori di intenzione e nati da GPA e ruolo delle autorità nazionali

Com'è noto, la giurisprudenza Edu abbraccia un'idea di 'vita familiare' fondata sull'effettività delle

dagno finanziario improprio per le persone coinvolte); all'articolo 17 della Convenzione europea sull'adozione dei minori (che stabilisce che vieta di trarre un guadagno finanziario o di altro tipo improprio da un'attività relativa all'adozione di un bambino).

28 Tra le altre, Corte europea dei diritti umani, *Bonzano e altri c. Italia*, ricorso n. 10810/20, decisione del 30 maggio 2023, par. 18: "*[l]a Cour rappelle que la gestation pour autrui à laquelle les requérants ont eu recours pour créer une famille était contraire à l'ordre public italien, et qu'au demeurant les intéressés ne prétendent pas avoir ignoré que le droit italien la prohibait*".

29 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 147 e 158.

30 Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, par. 86. Si veda anche l'opinione concorrente del giudice Krenč allegata alla citata sentenza, al par. 5: "*en mettant l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne pourrait subir les conséquences d'un choix de procréation – fût-il critiquable – fait par ses parents (...), le présent arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure de la Cour*".

31 La nozione di vita familiare è, nella giurisprudenza Edu, un concetto autonomo (Corte europea dei diritti umani, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, sentenza del 13 giugno 1979, par. 31). Per i giudici di Strasburgo l'esistenza di una vita familiare è essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla reale esistenza di stretti legami personali. La Corte tende a considerare quindi i legami familiari di fatto, come la convivenza tra ricorrenti, in assenza di qualsiasi riconoscimento giuridico della vita familiare (Corte europea dei diritti umani, *Johnston e altri c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, sentenza del 18 dicembre 1986, par. 56). Altri fattori includono la durata della relazione e, nel caso delle coppie, dimostrare un impegno reciproco, per esempio, avendo avuto figli insieme (Corte europea dei diritti umani, *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, sentenza del 22 aprile 1997, par. 36).

relazioni interpersonali. È importante evidenziare che tale caratteristica costituisce, allo stesso tempo, parametro di definizione per l'applicabilità della previsione di cui all'art. 8 Cedu (vale a dire: esiste una vita familiare se esiste effettività delle relazioni³²) e bene giuridico tutelato dalla norma (ovvero sussiste una violazione del diritto alla vita familiare se l'effettività delle relazioni è, nei fatti, messa a repentaglio).

L'accento posto sull'effettività delle relazioni personali impone di escludere, dalla portata applicativa dell'art. 8 Cedu, il generico desiderio di fondare una famiglia, ma non impedisce – in talune circostanze – di ricondurre alla tutela convenzionale la “*potential relationship*” tra i genitori di intenzione e un bambino nato da GPA, anche in un momento in cui la vita familiare non si sia ancora completamente stabilita. Questo emerge, per esempio, dal caso *D e altri c. Belgio*, in cui i ricorrenti avevano lamentato il ritardo, da parte delle autorità belghe, del rilascio del documento di viaggio che avrebbe consentito al bambino, nato da GPA in Ucraina, di poter entrare nel Paese. La Corte Edu ha stabilito che nel caso di specie fosse certamente riconoscibile una vita familiare, non solo perché dall'arrivo del bambino in Belgio, i tre interessati avevano effettivamente vissuto insieme “*in a manner indistinguishable from 'family life' in the usual meaning of the term*”, ma anche perché i ricorrenti “*genuinely wished to look after [the child] as his parents ever since his birth and that they took action to guarantee an effective family life*”³³.

Un punto centrale nella definizione dell'esistenza di una ‘vita familiare’ pare essere costituito dall'atteggiamento assunto dalle autorità di fronte al rapporto tra genitori d'intenzione e bambini nati all'estero da GPA. Nel caso *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, il ricorso era presentato da una coppia composta da due donne e dal bambino nato da GPA in California, al quale nessuna delle due era legata geneticamente. La richiesta di trascrizione del certificato di nascita del bambino era stata rigettata poiché la gestazione per altre/i è una pratica vietata in Islanda, ma alle due donne (all'epoca unite in matrimonio) veniva riconosciuto l'affidamento permanente del piccolo. In un secondo momento, a seguito del loro divorzio, le autorità avevano confermato l'affido presso la prima ricorrente e sua moglie, riconoscendo diritto di visita alla seconda ricorrente e alla sua consorte³⁴. L'adozione rimaneva un'opzione aperta, ma solo alternativamente per una delle due ricorrenti. Entrambe, dunque, sostenevano davanti alla Corte Edu che la mancata registrazione del certificato di nascita aveva determinato una violazione dell'art. 8 Cedu. La decisione della Corte di Strasburgo ruota intorno alla definizione di via familiare e si distingue nettamente dal caso *Paradiso e Campanelli* nonostante il comune elemento determinato dall'assenza di legame genetico tra i genitori d'intenzione e il bambino. In *Valdís Fjölnisdóttir*, infatti, la Corte notava che “*the three applicants' actual enjoyment of their family life was not interrupted by an intervention by the respondent State. On the contrary, (...) the respondent State took steps to ensure that the three applicants could continue to lead a family life, despite the non-recognition of a parental link and despite the first and second applicants' divorce*”³⁵. Questo atteggiamento

32 Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021, par. 56: “*the existence or non-existence of 'family life' is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties*”.

33 Corte europea dei diritti umani, *D. e altri c. Belgio*, ricorso n. 29176/13, decisione del 8 luglio 2014, par. 49. Anche in *Valdís Fjölnisdóttir e altri*, cit., la Corte precisa che la relazione potenziale deve fondarsi su un elemento fattuale reale: “[t]he provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt. The right to respect for ‘family life’ does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family, or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father, or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established, or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis, or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption”, *ivi*, par. 57.

34 Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit., par. 60.

35 *Ivi*, par. 71.

giamento aveva dunque inciso inevitabilmente sulla continuità temporale della relazione tra il piccolo e le due madri, durata diversi anni, al contrario di quanto accaduto in *Paradiso e Campanelli*³⁶.

Naturalmente, come si è già evidenziato, il riconoscimento di una legittima pretesa alla tutela della vita familiare tra genitori d'intenzione e nati da GPA non è sufficiente a determinare la sussistenza di una violazione del diritto dei genitori a vedere riconosciuto formalmente, nell'ordinamento di appartenenza, il legame di filiazione stabilito all'estero. Rientra infatti per la Corte nel margine di apprezzamento dello Stato, in cui la pratica sia percepita come contraria all'ordine pubblico, porre ostacoli di natura burocratica al pieno riconoscimento dal punto di vista giuridico dei legami familiari perfezionatisi all'estero. Così, per esempio, nel caso *D.B. e altri contro Svizzera*, la Corte confermava l'impostazione secondo la quale, nella misura in cui la GPA appariva contraria alla *public policy* svizzera, le difficoltà pratiche che i genitori avevano incontrato in assenza di un riconoscimento del legame di filiazione da parte dell'ordinamento nazionale non eccedevano il margine di discrezionalità concesso allo Stato nella garanzia dell'articolo 8 Cedu³⁷.

4.2. Tutela della vita privata (e familiare) del bambino e significato della cura

Se permane, nella giurisprudenza Edu, l'originaria tendenza a distinguere la posizione dei genitori (le cui aspirazioni e interessi possono essere ridimensionati dalle autorità al fine di tutelare un interesse pubblico) da quella del nato da GPA (sempre meritevole di tutela, per i giudici di Strasburgo) appare meno rigida l'individuazione della 'vita privata' come aspetto dell'articolo 8 Cedu rilevante per la tutela del minore. Mentre, infatti, in *Menesson* la Corte aveva considerato l'impatto delle misure nazionali sul godimento del diritto alla vita familiare dei soli genitori d'intenzione (escludendone la contrarietà al dettato convenzionale) e aveva poi riscontrato, nei confronti dei bambini, la violazione del diritto alla vita privata, in altri casi successivi la tutela dell'effettività dei legami familiari è vagliata con riferimento a tutti i ricorrenti, inclusi i minori³⁸.

Questa diversa prospettiva offre alla Corte l'occasione per arricchire di ulteriori sfumature la nozione di 'vita familiare'. In *D.B. e altri contro Svizzera*, per esempio, la definizione di vita familiare evoca in modo molto significativo la dimensione della cura che arricchisce e anzi qualifica il requisito della convivenza: “[l]a Cour rappelle (...) que lorsque des parents d'intention, comme le feraient des parents biologiques, s'occupent depuis la naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui, et que tous vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la 'vie familiale' dans son acceptation habituelle, cela suffit à établir que l'article 8 trouve à s'appliquer sous son volet relatif à la 'vie familiale'³⁹.

È però certamente la nozione di 'vita privata' ad aver trovato più agevole e compiuta applicazio-

36 Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit., par 61: “[t]he relationship between the first two applicants and the third applicant was thus clearly strengthened by the passage of time, reinforced by the legally established foster care arrangement”.

37 Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par 92-94. In altri casi la Corte Edu esclude più esplicitamente che i ricorrenti abbiano riscontrato “obstacles or practical difficulties in enjoying family life together on account of the refusal to let the first applicant adopt the second and third applicants”: così, per esempio, in *K.K. e altri c. Danimarca*, cit., Corte europea dei diritti umani, par. 50.

38 Corte europea dei diritti umani, *K.K. e altri c. Danimarca*, cit., *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit.

39 Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 44.

ne con riferimento al nato da GPA. Per i giudici di Strasburgo, infatti, il mancato riconoscimento del legame di filiazione con i genitori di intenzione produce per il minore un *vulnus* rispetto al diritto all'identità personale. Nella giurisprudenza Edu, tale diritto si articola innanzitutto in una dimensione biologica (legata al legame genetico con uno dei due genitori di intenzione, ovvero, generalmente, il padre) e, in secondo luogo, in una dimensione più strettamente sociale, la quale si declina nell'opportunità di riconoscere giuridicamente anche il rapporto con il genitore d'intenzione non genetico. L'assenza di tale riconoscimento determinerebbe un impatto negativo sulla vita privata dei minori nati da GPA ponendoli in particolare "*in a position of legal uncertainty regarding their identity within society*"⁴⁰. A proposito di questa seconda dimensione del diritto all'identità personale, più chiaramente legata al significato sociale della genitorialità, è interessante evidenziare un passaggio della sentenza *D.B. e altri*, in cui la Corte dichiara che l'interesse superiore del minore comprende "*l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable*"⁴¹, quasi a suggerire che rientri nella vita privata il diritto a godere di un contesto familiare fondato su legami di cura. Nonostante talune significative (pur saltuarie) aperture, la tutela della genitorialità fondata sulla cura e, più in generale, fondata sulla dimensione sociale della relazione si conferma però accessoria alla garanzia dei rapporti familiari basati su legami genetici. Questo approccio, chiaramente rintracciabile nella giurisprudenza Edu, pone la madre di intenzione in una posizione di particolare vulnerabilità.

5. Ragioni e limiti della rilevanza del dato genetico come parametro per la definizione di un interesse al riconoscimento del legame di filiazione

L'insistenza sul legame genetico quale elemento essenziale del diritto all'identità del nato da GPA, emersa sin dalle prime sentenze in materia, è rimasta una costante anche nelle decisioni successive, in cui la Corte Edu ha ribadito l'opportunità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore biologico⁴².

In un'unica occasione, sino ad ora, la Corte ha intenzionalmente marginalizzato la rilevanza di questo elemento, ritenendo che esso non potesse condurre alla soluzione più adeguata alla tutela dei diritti del bambino. Quella all'origine del caso *A.L. contro Francia* è una vicenda estremamente particolare, sulla quale pare utile soffermarsi brevemente. Una coppia omosessuale di cittadini francesi, uniti civilmente, aveva concluso un accordo di GPA 'tradizionale': per la fecondazione, cioè, era stato usato l'ovulo della gestante, oltre al seme di uno dei due uomini. La procedura non era avvenuta all'estero, ma direttamente in Francia dove, com'è noto, la pratica è vietata. Dopo il parto, tuttavia, la donna aveva detto ai padri d'intenzione che il piccolo era deceduto e aveva consegnato il neonato ad un'altra coppia eterosessuale (i coniugi R.), in cambio di denaro. Costoro ignoravano che il piccolo fosse nato attraverso GPA; l'uomo lo aveva riconosciuto ed era stato registrato come padre del bambino presso l'ufficio di stato civile. Il sig. A.L., padre biologico del piccolo e ricorrente di fronte alla Corte Edu, venuto a conoscenza di quanto accaduto, aveva tempestivamente avviato il procedimento per

40 Corte europea dei diritti umani, *K.K. e altri c. Danimarca*, cit., 72; Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Parere consultivo*, cit., par. 40.

41 Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 85.

42 Da ultimo, Corte europea dei diritti umani, *C. c. Italia*, ricorso n. 47196/21, sentenza del 31 agosto 2023, par. 56.

il riconoscimento di paternità di fronte alle corti domestiche. In primo grado, il giudice francese lo aveva riconosciuto padre legale del bambino e aveva disposto il graduale trasferimento del piccolo alle sue cure⁴³. A seguito di ricorso presentato dal sig. R., tuttavia, la Corte d'appello aveva disconosciuto la paternità del ricorrente (in quanto basata su un accordo di GPA illegale) e aveva altresì stabilito che, per quanto graduale, il trasferimento del bambino sarebbe stato troppo traumatico, sottolineando in particolare che il legame genetico non potesse essere l'unico elemento da tenere in considerazione per valutare il *best interest* del minore⁴⁴.

Il caso, con tutta evidenza, è molto diverso da altre vicende affrontate dalla Corte, non solo per le specificità della GPA, realizzata con il contributo genetico della gestante e nel paese di residenza dei genitori d'intenzione, ma anche e soprattutto perché la questione di fondo non consisteva nel contrasto tra la pretesa di un singolo e le esigenze pubbliche dello Stato, quanto nel conflitto di interessi tra due individui, entrambi desiderosi di veder riconosciuto il legame di filiazione con il bambino. Il giudice nazionale aveva risolto tale conflitto di interessi a vantaggio di quello che, nel frattempo, era diventato un genitore sociale del piccolo sebbene egli, al pari del padre d'intenzione, avesse adottato un comportamento contrario alla legge⁴⁵. In sentenza, la Corte europea riconosceva che il diritto del ricorrente al rispetto della propria vita privata fosse stato violato perché i procedimenti davanti alle autorità domestiche si erano protratti per più di sei anni, il che appariva incompatibile con l'obbligo di diligenza eccezionale richiesta alle autorità nella soluzione di questioni tanto delicate⁴⁶. I giudici di Strasburgo avevano però cura di precisare che il riconoscimento di una violazione della Cedu non poteva rimettere in discussione le conclusioni raggiunte dalle autorità nazionali quanto all'affidamento del bambino⁴⁷. Le autorità francesi avevano infatti considerato l'interesse superiore del bambino alla luce delle specificità del caso, ritenendo che questo fosse l'unico modo per risolvere "*la situation confuse et délicate*" in cui il piccolo si trovava, "*situation dont chacun des adultes protagonistes portait une part de responsabilité, la mère biologique de l'enfant, comme le requérant, son conjoint et les époux R*"⁴⁸. Il caso, dunque, costituiva un'occasione per la Corte di ridimensionare la centralità del dato genetico⁴⁹. Com'è stato correttamente osservato in dottrina, la sentenza dimostra come, per la Corte, "*in the presence of two rivalling fathers, care can play a greater role than genetics, especially when – as in the present case – such care is provided in a marital context*"⁵⁰.

43 Corte europea dei diritti umani, *A.L. c. Francia*, ricorso n. 13344/20, sentenza del 7 aprile 2022, par. 16.

44 *Ivi*, par. 21.

45 La vicenda era stata infatti oggetto di indagine penale: la gestante era stata condannata a un anno di reclusione con sospensione condizionale per frode, tentata frode e frode previdenziale; mentre i coniugi R. erano stati condannati al versamento di una pena pecuniaria per istigazione all'abbandono di minore, nato o non ancora nato: *Ivi*, par. 12 e 13.

46 *Ivi*, par. 54 e 73.

47 *Ivi*, par. 74.

48 *Ivi*, par. 66.

49 *Ivi*, par. 61: "*si la réalité biologique a indéniablement du poids dans les affaires telles que la présente espèce, cet élément s'efface devant l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'une et l'autre ne concordent*".

50 M-H. Peter-Spiess, *A.L. v. France: domestic surrogacy, genetic fatherhood, and the best interests of the child*, in *Strasbourg Observer*, 10 febbraio 2023 disponibile all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2023/02/10/a-l-v-france-domestic-surrogacy-genetic-fatherhood-and-the-best-interests-of-the-child/> (ultimo accesso 4 settembre 2025). Il caso richiamato rappresenta senza dubbio un caso estremamente peculiare, molto diverso dalle questioni più comunemente portate all'attenzione della Corte in materia di GPA. La vicenda, tuttavia, aiuta a comprendere quante e quali variabili siano in grado di influire sulla soluzione di una questione. Potremmo infatti chiederci se la Corte Edu avesse potuto concludere negli stessi termini, nel caso in cui la decisione delle autorità nazionali fosse stata assunta in tempi più rapidi o se, per ipotesi, essa fosse stata

Al netto di questa particolare vicenda, la precedenza comunemente accordata dalla Corte al legame biologico tra il genitore di intenzione e il nato da GPA ha senza dubbio più di un fondamento. Culturalmente essa si spiega, intanto, sulla base di una semplice considerazione empirica: è l'elemento genetico "the way in which most children are connected to their parents. Intuitively, therefore, there is a reason to prioritise this connection"⁵¹. Inoltre, nella misura in cui la ricostruzione teorica del *vulnus* all'art. 8 Cedu si fonda sul diritto all'identità del bambino nato da GPA, l'attenzione al dato biologico si pone in linea con la giurisprudenza Edu in materia di diritto alle origini⁵². Tale *corpus* giurisprudenziale, infatti, si è articolato nel tempo attorno a questioni relative al riconoscimento di paternità e alla riscoperta della famiglia naturale dell'adottato⁵³, temi rispetto ai quali è stato facile (e forse inevitabile) per la Corte ancorare il proprio ragionamento alla centralità del dato biologico. Infine, il legame genetico tra almeno uno dei genitori d'intenzione e il minore rappresenta un requisito d'accesso alla GPA nella maggioranza degli Stati che consentono la pratica e allorché tale parametro biologico non sussista, la GPA sembra porsi come diretta alternativa all'adozione e rappresentare – almeno in ipotesi – uno strumento per aggirare i requisiti che tale istituto presuppone negli ordinamenti interni⁵⁴.

Benché ragionevole sotto più punti di vista, l'approccio della Corte non sempre produce risultati soddisfacenti. Questo ben emerge nel già citato caso *Valdís Fjölfnisdóttir e altri contro Islanda*, in cui l'assenza del legame genetico pare aver determinato una ridotta attenzione per la tutela della vita privata del bambino. Come già ricordato, le due madri d'intenzione non genetiche e il minore nato da GPA all'estero (di cui entrambe risultavano affidatarie in via permanente, per decisione delle autorità islandesi) avevano lamentato una violazione dell'art. 8 Cedu per il rifiuto di trascrivere il certificato di nascita, argomentando in particolare che la condizione del bambino non sarebbe stata pienamente tutelata dall'affidamento permanente. Le donne ed il piccolo sostenevano che la scelta delle autorità avesse determinato una violazione della vita privata e della vita familiare, ma la Corte si concentrava esclusivamente su quest'ultimo profilo: pare a chi scrive che questa scelta argomentativa sia collegata all'assenza di un legame biologico tra il bambino e una delle due madri di intenzione e quindi fondata sulla difficoltà di applicare nel caso di specie i principi stabiliti nella giurisprudenza precedente⁵⁵. Nel

chiamata a considerare il caso dalla prospettiva del minore: forse in simili circostanze i giudici di Strasburgo avrebbero ravvisato una violazione del diritto alla vita privata del bambino per il mancato riconoscimento del legame con il padre biologico (che era – anche e soprattutto – il padre d'intenzione).

- 51 K. Horsey, *Challenging Presumptions: Legal Parenthood and Surrogacy Arrangements*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010, p. 460. L'Autrice in realtà precisa che, in particolare in materia di tecniche di fecondazione assistita, è opportuno abbandonare tale approccio: "[t]he claim necessarily fails in assisted conception situations because it would mean that donors would become the legally recognised parents of any or all children that their participation helped create. To allow this would contradict the spirit of donation. Recognising donors would also lead to the unrealistic situation that two entirely separate individuals become the parents of a child, when they may be complete strangers. The genetic link is also rejected as the determining factor in parenthood because it could be seen to be a property-based claim, again creating an indefensible situation whereby two unrelated parties may have equal proprietary interests in a child. Additionally, if the property analogy were further extended, a clinic may also claim 'ownership'": *ivi*, p. 471.
- 52 Sia consentito rinviare a L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2016, p. 43 ss. e giurisprudenza *ivi* citata.
- 53 Vedi anche A. Mulligan, *Identity rights and sensitive ethical questions: the European Convention on human rights and the regulation of surrogacy arrangements*, in *Medical Law Review*, 2018, p. 470.
- 54 J.W. Marz, *What Makes a Parent in Surrogacy Cases? Reflections on the Fjölfnisdóttir et al. v. Iceland Decision of the European Court of Human Rights*, in *Medical Law International*, 2021, pp. 282–283.
- 55 Anche il giudice Lemmens sembra ammettere questo punto, nell'opinione allegata alla sentenza, anche se poi spiega di avere appoggiato la posizione maggioritaria considerando che le autorità nazionali avevano concentrato la propria analisi

concentrare la sua indagine sul “*mutual enjoyment by parent and child of each others' company*”⁵⁶, la Corte Edu riteneva che l'ingerenza nel diritto alla vita familiare fosse proporzionale agli scopi perseguiti dalle autorità islandesi, anche alla luce delle misure adottate per tutelare la famiglia di fatto sussistente tra il bambino e le due donne. In particolare, garantendo la nazionalità islandese al minore e riconoscendo l'affidamento permanente del bambino alle due donne, le autorità avevano compensato il mancato riconoscimento legale del legame di genitorialità⁵⁷. Questa prospettiva sembra però aver fatto perdere di vista ai giudici di Strasburgo un elemento centrale: la scelta di ricorrere all'affidamento permanente anziché al riconoscimento di un rapporto di filiazione avrebbe infatti avuto un impatto negativo sulla vita privata del minore, limitando per esempio i suoi diritti in materia di successione, pur in presenza di una vita familiare di fatto ben tutelata⁵⁸.

Può certamente affermarsi che, per molti versi, nella prospettiva del minore, il mancato riconoscimento di un legame di filiazione con i genitori di intenzione produca il medesimo risultato dal punto di vista operativo che sussista o meno un collegamento genetico con almeno uno di essi⁵⁹.

In effetti, l'insistenza sul dato biologico tende a determinare, nella giurisprudenza Edu, “*a concept of identity which is confined to simple genetic and biological fact*”⁶⁰, che palesa alcuni significativi limiti, ben messi in luce in dottrina. Qualcuno si è limitato a notare una certa contraddizione nella giurisprudenza di Strasburgo: pur formalmente aprendo al riconoscimento di forme alternative di esperienza genitoriale, la Corte Edu rimane ancorata a una narrativa tradizionale, con importanti conseguenze sulla posizione del genitore d'intenzione non biologico e sulla tutela del legame del bambino con lo stesso⁶¹. Altre voci invece condannano più nettamente un approccio giurisprudenziale così rigidamente ancorato al bionormativismo (che riconosce cioè centralità esclusiva ai legami biologici nella definizione di cosa costituisca una famiglia⁶²) e insistono sulle possibili ricadute sociali del “*genetic essentialism*” che la Corte Edu pare sposare⁶³. Più in generale, può senz'altro affermarsi che l'accento posto sulla dimensione genetica “*encourages a biologically determined view of parenthood which sidelines the intended social parent and ignores the circumstances of non-traditional family creation*”⁶⁴:

sulla vita familiare: Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, cit., opinione concorrente del giudice Lemmens, par. 5.

56 *Ivi*, par. 3.

57 Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, cit., par. 75.

58 M. Iliadou, *Valdís Fjölfnisdóttir and others v Iceland: cross-border surrogacy and foster care. What about the best interests of the child?*, in *Strasbourg Observer*, 30 giugno 2021, disponibile all'indirizzo: <https://strasbourgoobservers.com/2021/06/30/valdis-fjolfnisdottir-and-others-v-iceland-cross-border-surrogacy-and-foster-care-what-about-the-best-interests-of-the-child/> (ultimo accesso 4 settembre 2025).

59 Il giudice Lemmens evidenzia efficacemente: “[i]ndeed, for the children the impact is the same, whether or not one or both of their intended parents has a biological link with them. In both situations, I wonder whether the legal limbo in which a child finds itself can be justified on the basis of the conduct of its intended parents or with reference to the moral views prevailing in society”: Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, cit., opinione concorrente cit., par. 4.

60 A. Mulligan, *Identity rights*, cit., p. 471.

61 I. Isailović, *The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements*, in *EJIL:Talk!*, 25 luglio 2014, disponibile all'indirizzo: <https://www.ejiltalk.org/the-ecthr-and-the-regulation-of-transnational-surrogacy-agreements/> (ultimo accesso 4 settembre 2025).

62 Per un'ampia riflessione critica: K.K. Baker, *Bionormativity and the Construction of Parenthood*, in *Georgia Law Review*, 2008, pp. 649-716.

63 M. Levy, *Surrogacy and Parenthood*, cit.

64 *Ivi*, p. 130. Vedi anche J.S. Hendricks, *Genetic Essentialism in Family Law*, in *Health Matrix*, 2016, p. 109 ss.

questo vale innanzitutto per le coppie omosessuali, ma non perde di significato per le coppie eterosessuali per le quali il ricorso alla GPA è per lo più motivato dalla necessità di ovviare a problemi di infertilità della donna. Come meglio si argomenterà nel prossimo paragrafo, l'insistenza sul dato biologico, dunque, pone inevitabilmente la madre d'intenzione in una posizione subordinata a quella del padre d'intenzione, spesso genetico, anche quando chi nasca da GPA sia il figlio di un desiderio condiviso. Così, in dottrina, c'è chi suggerisce che, allorché si faccia ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, non debba essere il DNA, ma piuttosto la scelta di mettere al mondo un bambino a determinare la ricostruzione del legame familiare. In questi casi, infatti, *"the intended parents are the ones whose initiative and motivation caused the child to come into existence"*⁶⁵. L'intenzione di genitorialità, in modo non dissimile dall'adozione, giustificherebbe l'abbandono del tradizionale paradigma genetico, determinando *"an acknowledgement that parenthood following assisted conception does not depend upon anything inherently biological, but rather upon a pre-conception intention to have a child, and to initiate the process with which that child is to be brought into the world"*⁶⁶. Si tratta peraltro di un approccio non del tutto estraneo dal diritto di famiglia: esso è invero alla base di quei sistemi che riconoscono la legittimità della GPA⁶⁷.

6. La madre d'intenzione e l'inversione della presunzione di genitorialità

Anche il terzo elemento emerso inizialmente nella giurisprudenza Edu in materia di GPA, specificamente relativo alla posizione della madre di intenzione, ha trovato conferma in sentenze e decisioni successive.

Per poter meglio considerare questo profilo è però opportuno riprendere alcuni passaggi del parere consultivo del 2019. In tale documento, la Corte evidenziava come l'assenza di riconoscimento del rapporto di filiazione tra la madre d'intenzione e il bambino nato all'estero da GPA potesse costituire uno svantaggio per quest'ultimo. Il bambino avrebbe rischiato infatti di non ottenere la nazionalità della madre d'intenzione e incontrare difficoltà nel risiedere nel paese della donna o nel preservare una relazione con la stessa nel caso di separazione dei genitori. Ancora, il minore avrebbe potuto subire una sensibile limitazione quanto ai diritti successori e, infine, mancare di strumenti di tutela nel caso di assenza di cure adeguate da parte della madre d'intenzione⁶⁸. Per queste ragioni la Corte affermava che una assoluta impossibilità di ottenere riconoscimento della relazione tra il bambino nato da gestazione per altre/i e la madre di intenzione fosse da considerarsi incompatibile con il *best interest* del bambino⁶⁹. Anche se la Corte precisava che un riconoscimento giuridico fosse ancor più importante in presenza di un legame genetico tra la madre di intenzione e il minore⁷⁰, il punto nodale

65 A. Mulligan, *Identity rights*, cit., p. 471. Un'altra Autrice (K. Horsey, *Challenging Presumptions*, cit., p. 472) aggiunge: *"[i]t is therefore clearly arguable that because the intended parents initiate, plan and prepare for the birth of the child, they should be legally recognised as the parents of that child that, but for them, would not exist. It is they who choose to use assisted conception, thus choosing whether to use a donor of genetic material or a surrogate. They are the 'first cause' of the child and as such are of prima facie importance in the procreational relationship"*.

66 K. Horsey, *Challenging Presumptions*, cit., p. 472.

67 A. Mulligan, *Identity rights*, cit., p. 471.

68 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Parere consultivo*, cit., par. 40.

69 *Ivi*, par. 42.

70 *Ivi*, par. 47.

dell'argomentazione sviluppata nel parere risiede nell'individuazione della centralità di elementi diversi da quello biologico, fondati sulla relazione e la dimensione di cura, per la definizione dell'identità personale dell'individuo e, quindi, per la tutela della vita privata del nato da gestazione per altre/i. Nella prospettiva della GC, infatti, il *best interest* del bambino include “*the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment*”⁷¹.

Nonostante questa importante apertura, la posizione assunta dalla Corte presentava due limiti significativi, specificatamente relativi alla figura della madre d'intenzione.

Innanzitutto, nel parere, la Corte precisava che l'8 Cedu non impone che il riconoscimento della relazione madre d'intenzione-bambino avvenga sin dall'inizio (come invece necessario per il rapporto di filiazione con il padre biologico), ma esige semplicemente che esso si realizzi al più tardi quando la relazione sia diventata una “*practical reality*”⁷². L'effettività dei legami personali, che si è visto *supra* essere centrale nella definizione di ‘vita familiare’, diventava qui un elemento di scrutinio, atto a misurare l'urgenza della necessità di riconoscere il legame di filiazione con la madre d'intenzione. Quello di natura ‘temporale’ è quindi un primo elemento di distinzione tra i due genitori d'intenzione, fortemente motivata dall'importanza riconosciuta al dato genetico: “*the central role given to genetics in establishing legal fatherhood places intended genetic fathers in a privileged position as compared to mothers, as they obtain automatic recognition of their ties and, as a result, their legal presence in their child's life is guaranteed ab initio*”⁷³.

Un secondo limite della costruzione proposta dalla Corte nel parere è rappresentato dalla scelta di ‘condizionare’ in qualche modo il riconoscimento del legame tra madre d'intenzione e figlio all'esistenza di un rapporto genetico tra il bambino e il padre genetico (e d'intenzione)⁷⁴. È certamente vero che il parere si inseriva in una vicenda processuale in cui il nodo centrale era costituito dal legame genetico tra il padre d'intenzione e le bambine nate da GPA e che la Grande Camera era stata chiamata ad esprimersi con riferimento a quegli specifici elementi fattuali, tuttavia è innegabile che “*the intended mother's mediated right to recognition*”⁷⁵, disegnato dalla Corte nel parere, produce l'effetto di invertire il meccanismo di presunzione che, nella maggior parte degli ordinamenti, fa derivare la paternità dalla maternità. Se, infatti, tradizionalmente si considera padre di un bambino nato in costanza di matrimonio il coniuge della donna che lo partorisce (*pater est quem nuptiae demonstrant*), qui la prospettiva è invertita: la Corte Edu apre alla possibilità di un riconoscimento del legame di filiazione rispetto alla madre di intenzione, solo nella misura in cui il marito/compagno di questa donna sia il padre genetico del minore interessato. In altre parole, la possibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione, per la madre d'intenzione, dipende dalla sua capacità di moglie/compagna del padre biologico.

La giurisprudenza più recente conferma e dimostra i limiti di questo approccio che individua il padre biologico quale il genitore ‘privilegiato’, a nulla valendo che il desiderio di genitorialità sia sorto e sia stato coltivato all'interno di una coppia. In altre parole, la partecipazione della madre d'intenzione ad un progetto condiviso di genitorialità non ha alcun spazio di tutela, come ben emerge

71 *Ivi*, par. 42.

72 *Ivi*, par. 52.

73 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, cit., p. 194.

74 Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Parere consultivo*, cit., par. 36: [The Court] observes in that regard that the question to be addressed in the present case explicitly includes the factual element of a father with a biological link to the child in question. [It] will limit its answer accordingly, while making clear that it may be called upon in the future to further develop its case-law in this field, in particular in view of the evolution of the issue of surrogacy.

75 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, cit., p. 193.

dalla sentenza in *A.M. contro Norvegia*, in cui la ricorrente e l'allora suo compagno avevano dato avvio ad una GPA presso una clinica americana, prima che la loro relazione di coppia si interrompesse. Nonostante la fine del rapporto, i due stabilivano di portare avanti il progetto e dalla GPA nasceva un bambino che, rientrato in Norvegia, aveva vissuto stabilmente con la ricorrente per diversi mesi, frequentando quotidianamente il padre d'intenzione. Solo rispetto a quest'ultimo l'atto di nascita era stato trascritto, dal momento che l'uomo risultava essere il padre genetico del piccolo. Poiché tuttavia i rapporti tra i due genitori di intenzione si erano deteriorati, all'età di diciassette mesi il piccolo veniva trasferito a casa del padre che da allora impediva alla madre d'intenzione qualunque contatto con il minore. La donna faceva ricorso davanti al giudice nazionale, chiedendo che lo status genitoriale attribuito ai sensi dalla legge statunitense fosse riconosciuto in Norvegia o che, in alternativa, le fosse consentita l'adozione, o ancora, che fosse almeno stabilito a suo favore il diritto di avere dei contatti con il bambino. I tribunali nazionali, tuttavia, respingevano il suo ricorso ritenendo che non esistesse base giuridica per nessuna delle pretese avanzate.

La Corte Edu, dal canto suo, si esprimeva sulla potenziale violazione dell'articolo 8 Cedu per quanto concerne il diritto alla vita privata della ricorrente solo con riferimento alla mancata trascrizione dell'atto di nascita e all'impossibilità di procedere all'adozione: i giudici ritenevano infatti che la donna non avesse esaurito i rimedi interni con riferimento alla doglianza relativa all'assenza di misure atte a garantirle un contatto con il bambino⁷⁶. Pur riconoscendo che la condizione in cui versava la ricorrente fosse particolarmente dolorosa, a causa dell'interruzione imposta dall'ex compagno al progetto genitoriale a cui ella aveva partecipato sin dall'inizio, la Corte considerava che tale situazione non fosse da attribuirsi alle autorità, che anzi godevano di un ampio margine di apprezzamento rispetto alla possibilità di riconoscere un legame di filiazione in un caso come quello di specie⁷⁷, ovvero in assenza di legame genetico e di un accordo o legame stabile con il genitore biologico.

La sentenza di cui si dice dimostra come la mancata considerazione dell'esistenza di un progetto genitoriale condiviso rischi di consolidare situazioni di forte sbilanciamento all'interno delle coppie in cui solo uno dei due possa contribuire geneticamente al progetto di GPA (in genere, il padre di intenzione nelle coppie eterosessuali). Non a caso, in dottrina si è ben evidenziato che uno degli elementi distintivi del caso *A.M. contro Norvegia* è il ruolo giocato dal padre d'intenzione: *"unlike in previous cases, the intended mother's request for recognition was opposed – rather than supported – by the intended and legal father"*⁷⁸. In termini ancor più espliciti si esprimeva la giudice dissenziente Jelić nella sua opinione, sottolineando che il padre d'intenzione in questo caso aveva esercitato *"exclusive power to decide over the applicant becoming the mother of a child who was intended to be hers, when she had been unable to procreate biologically"*⁷⁹.

L'insistenza sul dato genetico nella ricostruzione del legame familiare pone il padre genetico in una posizione privilegiata con il rischio che questo sbilanciamento si ritrovi rafforzato nel caso in cui la relazione tra i genitori d'intenzione si deteriori nel tempo⁸⁰; tuttavia, la maggiore vulnerabilità della posizione della madre di intenzione si manifesta anche quando la stessa contribuisca, al pari del compagno/marito, al patrimonio genetico del nato da GPA⁸¹. Il caso che meglio dimostra questo punto è

76 Corte europea dei diritti umani, *A.M. c. Norvegia*, ricorso n. 30254/18, sentenza del 24 marzo, par. 102-105, 112.

77 *Ivi*, par. 133.

78 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, cit., p. 193.

79 Corte europea dei diritti umani, *A.M. c. Norvegia*, cit., opinione dissenziente della giudice Jelić, par. 44.

80 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, cit., p. 194: *"[b]y finding no violation, the Court's majority turns a blind eye on the far-reaching consequences of a genetic understanding of fatherhood which – in case of tension between the intended parents – may go so far as to permanently exclude the intended mother from the life of the child she took care of and intended to raise"*.

81 Un'Atrice afferma, alla luce della diversa condizione in cui versano, rispettivamente, i padri e le madri d'intenzione che

D. contro Francia, in cui entrambi i genitori d'intenzione erano legati geneticamente alla bambina nata attraverso GPA all'estero, ma solo il padre aveva ottenuto la trascrizione dell'atto di nascita, mentre la madre aveva dovuto procedere all'adozione. I tre ricorrenti presentavano un ricorso a Strasburgo sostenendo che l'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita con riferimento alla madre genetica avesse determinato, ai danni della bambina, una violazione del diritto alla vita privata (ex art. 8 Cedu), nonché una violazione del divieto di discriminazione (ex art. 8 e 14 Cedu), perpetuando una disparità di trattamento tra i minori nati all'estero attraverso GPA, e altri bambini francesi nati oltre confine per vie naturali⁸².

Nel rigettare la prima doglianza, la Corte precisava di non aver mai indicato la trascrizione dell'atto di nascita come unico strumento per tutelare il diritto alla vita privata dei minori⁸³ e ribadiva che il riconoscimento del legame di filiazione tra il bambino e il padre d'intenzione e biologico (e tra il piccolo e la madre d'intenzione non genetica) ben può essere effettuato con mezzi giuridici diversi⁸⁴. Quanto alla seconda doglianza, poi, i giudici di Strasburgo recepivano l'argomento del governo, secondo il quale la differenza relativa alle modalità di accertamento del vincolo di filiazione materna per i nati all'estero da GPA era finalizzata, alla luce delle criticità che tale pratica comporta, ad assicurare un controllo giurisdizionale, "à s'assurer au regard des circonstances particulières de chaque cas qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un tel lien soit établi à l'égard de la mère d'intention"⁸⁵.

Pare a chi scrive che il vero profilo di disuguaglianza, nella vicenda all'origine di questo caso, fosse in realtà da ravvisarsi con riferimento alle diverse modalità di ricostruzione del rapporto di filiazione paterna e di quello di filiazione materno, in presenza delle medesime condizioni di consanguineità⁸⁶. Sembra infatti che il privilegio del genitore genetico valga solo per il padre, mentre un maggior sospetto circonda la figura materna, tanto da richiedere solo nei confronti della donna un'indagine della verifica dei requisiti previsti nei percorsi di adozione.

Ancora una volta, la dimensione culturale della maternità aiuta a comprendere, almeno in parte, perché la posizione della donna sia concettualmente più complicata di quella dell'uomo: "an intended mother with a genetic link is not the only candidate for 'true' motherhood: the surrogate could also be defined as the child's mother."⁸⁷ In altre parole, anche applicando alla figura femminile lo stesso privi-

pur ugualmente conferiscano il proprio materiale genetico per realizzare una GPA: "in surrogacy law, sperm donation is given greater significance than egg donation in denoting parentage because a commissioning father who donates his sperm to an unmarried surrogate can acquire automatic recognition of his legal fatherhood status. This then raises the issue of potential discrimination between the sexes in terms of denoting legal parentage": R. D'Alton-Harrison, *Mater semper incertus est: who's your mummy*, in *Medical Law Review*, 2014, p. 371.

82 Corte europea dei diritti umani, *D c. Francia*, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020, par. 78.

83 *Ivi*, par. 50.

84 *Ivi*, par. 54.

85 *Ivi*, par. 86. La Corte aggiunge, al par. 87: "[l]e choix qui était celui du droit positif français à l'époque des faits de la cause d'imposer un tel examen judiciaire s'expliquait ainsi par la volonté de limiter les risques que la gestation pour autrui peut engendrer, notamment pour l'enfant, lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger par des ressortissants d'un pays où elle n'est pas autoretée".

86 In effetti, i ricorrenti avevano sollevato tale questione nel corso del procedimento, ma la Corte aveva dovuto dichiararne l'inammissibilità ai sensi dell'art. 35 par 1 e 4 Cedu constatando "que ce grief repose sur un fait – la circonstance que la première requérante est la mère génétique de la troisième requérante – que les requérants ont omis d'indiquer dans la requête qu'ils ont introduite devant elle le 2 mars 2018, et qu'ils ne lui ont révélé que le 12 septembre 2019 à la suite d'une demande de la présidente de la chambre (...). Il ressort de plus des pièces de la procédure interne produites par les parties que les requérants n'avaient pas informé les autorités et juridictions internes de ce fait, lequel n'a donc pas été intégré aux débats": *ivi*, par. 81.

87 A. Mulligan, *Identity rights*, cit., p. 464.

legio biologico che si riconosce al padre genetico, il risultato non può essere il medesimo dal momento che per la donna la “*physical or biological motherhood*”⁸⁸ ha una duplice dimensione: genetica e gestazionale. Un’Autrice spiega bene perché, alla luce del diverso modo in cui maternità e paternità tendono ad essere giuridicamente ricostruiti, le madri genetiche si trovano in una posizione più precaria rispetto ai padri genetici nella relazione con i figli nati da GPA: “[i]n spite of technological and societal developments, legal motherhood continues to be centred around the reproductive experiences of gestation and childbirth, regardless of genetics. What defines legal motherhood is giving birth, not providing genetic material”⁸⁹. Ancora, l’immutabilità della regola *mater semper certa est* costituirebbe per l’Autrice la prova tangibile della ‘genderizzazione delle finzioni legali’ in materia di filiazione: solo la condizione paterna sarebbe infatti stata sottoposta nel tempo ad analisi e rivalutazione, determinando maggiore elasticità nell’individuare e definire la paternità legale con una maggiore valorizzazione dell’intenzione di essere genitore. Al contrario, in ragione di una minore flessibilità quanto alla determinazione della maternità dal punto di vista legale, i sistemi giuridici “reinforce the expectation that (gestational) mothers bear the primary responsibility for childcare, whilst fathers may determine their degree and type of involvement without necessarily jeopardising their legal status”⁹⁰. Non sembra sfuggire da questo meccanismo neppure la Corte Edu, la quale – nel caso *D. contro Francia* – ha finito per approvare un sistema che prevede un “*additional element of power and control over legal motherhood imposed by evaluating a genetic mother’s fitness to be a legal mother*”⁹¹.

7. Riflessioni conclusive

I principi originariamente adottati dalla Corte in materia di GPA hanno trovato conferma nella giurisprudenza successiva, che ha offerto l’occasione per formulare importanti precisazioni come la necessità di tutelare il diritto alla vita privata del nato da GPA a prescindere dall’orientamento sessuale dei suoi genitori d’intenzione⁹² e i parametri che rendono adeguatamente efficace e tempestiva la procedura per il riconoscimento del legame di filiazione⁹³.

Il quadro che deriva dall’analisi della giurisprudenza più recente è, innanzitutto, quello di una rafforzata considerazione per il margine di apprezzamento. Infatti, non solo la Corte conferma l’esistenza di uno spazio di discrezionalità atto a consentire allo Stato di ostacolare il ricorso all’estero ad una pratica ritenuta contraria all’ordine pubblico, ma essa mette spesso al centro del suo ragionamento la scelta delle autorità statali di tutelare o meno nuclei familiari di fatto creatisi attraverso il ri-

88 *Ibidem*. L’Autrice precisa: “[i]n the gestational surrogacy case where there is a genetic link with the intended mother, the biological truth is that two women share the components of motherhood. For the Court to extend its analysis to genetic mothers would require the Court to stray into the complex territory of defining whether a genetic or gestational mother has the greater right to be recognised as a child’s mother, a question that it might understandably not wish to address, and one which certainly engages sensitive ethical issues which generally tend towards a wide margin of appreciation”: *ivi*, pp. 469–470.

89 A. Margaria, *Genetics and the Construction of Parenthood: The ECtHR Jurisprudence on Transnational Surrogacy*, in *Between Sexuality, Gender and Reproduction*, N. Dethloff and K. Kaesling (Eds.), Intersentia Online, 2025, disponibile all’indirizzo <https://www.intersentiaonline.com/library/between-sexuality-gender-and-reproduction> (ultimo accesso 4 settembre 2025).

90 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, *cit.*, p. 205.

91 M. Levy, *Surrogacy and Parenthood*, *cit.*, p. 131.

92 Corte europea dei diritti umani, *D.B. e altri c. Svizzera*, *cit.*, par. 85.

93 Corte europea dei diritti umani, *C. c. Italia*, par. 68.

corso alla GPA. L'atteggiamento delle autorità nazionali (che possono impedire il consolidarsi della relazione tra genitori d'intenzione e nati da GPA, come in *Paradiso e Campanelli*, oppure adoperarsi per proteggere l'effettività dei legami a prescindere dal divieto della pratica, come in *Valdís Fjölnisdóttir e altri*) diventa così essenziale per stabilire se esista una vita familiare meritevole di tutela ex art. 8 Cedu.

Un secondo elemento che ben emerge dall'analisi riguarda gli elementi ritenuti necessari per definire un legame di filiazione in caso di GPA: si tratta, innanzitutto, del legame genetico con il padre d'intenzione e, in secondo luogo, dell'esistenza di rapporti di natura genitoriale che si siano consolidati di fatto. L'unico elemento che rimane completamente scoperto da ogni forma di tutela appare essere il progetto di genitorialità, a totale negazione della circostanza per cui chi nasce da fecondazione assistita è senza dubbio 'figlio di un desiderio'. Naturalmente non si intende sostenere in questa sede che tutti le aspirazioni individuali (in particolare quelli 'tecnicamente' realizzabili) debbano essere necessariamente essere intesi come diritti tutelabili, tuttavia è innegabile che, in un quadro in cui di fatto, per esigenze di tutela dei minori, la GPA finisce per produrre effetti anche negli ordinamenti che non la consentono, l'unico soggetto che rimane marginale nella tutela dei diritti è la madre d'intenzione. Questo non solo manca di considerare che spesso è in ragione delle sue condizioni di salute che si ricorre a tale pratica, ma finisce per consolidare una costruzione stereotipata dei ruoli e delle funzioni di cui occorre essere consapevoli per un proficuo dibattito sulla GPA.

Emerge in effetti dalla giurisprudenza della Corte che essa risponde alla domanda da cui ha preso avvio questa riflessione (quale elemento rende genitori nell'era della tecnologia riproduttiva) con un approccio molto tradizionale: il contributo biologico rende padri, il parto rende madri. È innegabile che la gestazione implichi una dimensione di relazione tra la donna e il bambino che invece il mero conferimento di materiale genetico non comporta e che tale dimensione, da un punto di vista culturale, assegni una precedenza quasi implicita, istintiva all'esperienza della gravidanza nella ricostruzione della figura materna. Questo è un aspetto che non deve essere marginalizzato a rischio altrimenti di banalizzare la complessità della pratica per le donne che ne sono protagoniste (madri d'intenzioni e gestanti). È altresì vero, tuttavia, che deriva da questa constatazione il rischio di concludere che la donna che non partorisce un figlio non possa essere presunta come 'adatta' alla genitorialità, ma debba essere sottoposta ad un controllo che, al contrario, non viene previsto per il padre, purché egli abbia contribuito con il proprio seme alla nascita del bambino. Ne derivano, insomma, costruzioni stereotipate che rappresentano in molti sistemi giuridici un significativo impedimento al soddisfacimento di bisogni di molte famiglie⁹⁴ e persino, più in generale, un'irrealistica negazione della loro esistenza

94 A. Margaria, *Surrogacy before European Courts*, cit., p. 205.