

Il caso Mennesson

*La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo**

di **Marta Giacomini** – Dottore di ricerca nell'Università di Verona e Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

ABSTRACT: On April 10th, the European Court of Human Rights issued its first advisory opinion under Protocol 16 of the Convention. After a brief introduction to the role of Protocol 16, this paper focuses on the opinion expressed upon the request of the French Court of Cassation, related to the complex issue of the recognition, in national law, of the relationship between a child born through a gestational surrogacy and the legal parent-child. The Court, in particular, determined that States are not required to register the details of the birth certificate of a child born through gestational surrogacy abroad in order to establish the legal parent-child relationship with the intended mother.

SOMMARIO: 1. Premessa: il ricorso consultivo innanzi alla Corte di Strasburgo. – 2. *Segue:* I controversi accordi di maternità surrogata: i «precedenti» francesi. – 3. Madre d'intenzione o madre legale? La richiesta di parere consultivo parte dal caso *Mennesson*. – 4. Il parere «pilota» riconosce la madre d'intenzione. – 5. Alcune riflessioni a margine del primo parere consultivo.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa: il ricorso consultivo innanzi alla Corte di Strasburgo

Il presente contributo si propone di riflettere sulla portata del primo parere consultivo pronunciato dalla Corte europea dei diritti umani alla luce di talune decisioni della medesima Corte che, negli ultimi anni, hanno interessato la Francia e la c.d. GPA – acronimo di «gestazione per altri», «gravidanza per altri» o, in francese, «*gestation pour autrui*»¹ –.

Sebbene la legislazione francese, come del resto quella italiana, non ammetta la maternità surrogata² i giudici continuano ad essere chiamati a decidere sul riconoscimento degli effetti giuridici degli atti di nascita redatti, in un paese estero, a seguito di accordi di maternità. In effetti, quando il minore è già nato attraverso l'accesso a tecniche procreative vietate nell'ordinamento di riferimento, vi è la difficoltà di bilanciare, *ex post*³, i molteplici interessi coinvolti stretti, peraltro, nel faticoso compromesso tra il rispetto dell'ordine pubblico e il superiore interesse del bambino⁴.

¹ Per un'analisi sulle scelte terminologiche legate all'esperienza della gravidanza per altri, si rinvia a B. PEZZINI, *Introduzione, Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIus*, n. 2/2017, p. 6 ss.

² Difatti, in Francia, la *loi* n. 94-653 del 29 luglio 1994 ha introdotto nel *Code civil* l'art. 16-7 che prevede la nullità di qualsiasi accordo per la procreazione o la gestazione altrui per contrarietà all'ordine pubblico. In Italia, il riferimento normativo è, invece, la legge n. 40/2004 che, all'art. 12, comma 6 punisce con multa da 600.000 a un milione di euro «*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*».

³ In tal proposito, la maternità surrogata può essere analizzata secondo due prospettive. La prima prende in esame il fenomeno della GPA *ex ante* distinguendo, pertanto, tra gli accordi di maternità a titolo gratuito da quelli stretti a titolo oneroso. La seconda prospettiva esamina, invece, il fenomeno *ex post*, ossia quando il bambino è già nato all'estero da una madre surrogata e i genitori, cc.dd. committenti o di intenzione, chiedono il riconoscimento dello *status filiationis* nello Stato di appartenenza. Per un'analisi del fenomeno, si v. S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017. In particolare, per una riflessione sulla prospettiva *ex ante* ed *ex post* degli accordi di maternità, si rinvia ai contributi di S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, p. 193 ss.; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, p. 9 ss.

⁴ Come si avrà modo di approfondire, le difficoltà coinvolgono le giurisdizioni degli Stati in cui la maternità surrogata è vietata e che sono chiamate a pronunciarsi sugli effetti giuridici che si producono nell'ordinamento interno in seguito ad accordi conclusi all'estero «*stretti nel difficile equilibrio tra il rispetto della legge e l'interesse del minore a mantenere un legame familiare già instaurato, ancorché illegittimo*». Cfr. E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, cit., p. 213. Per un approfondimento sul difficile bilanciamento tra gli interessi pubblici, le leggi che governano la bioetica e il rispetto dei diritti fondamentali, si rinvia a B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, in particolare pp. 81-85. Sull'analisi di come opera la nozione di «ordine pubblico» rispetto alla garanzia dei principi fondamentali coinvolti negli accordi di maternità, cfr. C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, p. 127 ss. Per un approfondimento dell'evoluzione dei rapporti di filiazione e delle problematiche giuridiche ad essa connesse, si v. altresì S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello 'status' da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 4, p. 1070 ss.

Prendendo dunque le mosse dalla richiesta di riconoscimento dello *status* del figlio nato da una gestazione altrui con il genitore committente privo di legami genetici con lo stesso, è stato presentato il primo ricorso alla Corte europea dei diritti umani in applicazione al protocollo n. 16 della Cedu. La *Grande Chambre* si è così pronunciata il 10 aprile scorso⁵ a seguito del rinvio trasmesso dalla *Cour de cassation* francese il 5 ottobre del 2018⁶.

La Francia, pioniera⁷ nell'applicazione concreta ed effettiva del protocollo opzionale, ha attirato su di sé l'attenzione per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, per gli aspetti procedurali e inediti del protocollo n. 16 che consentono, alle più alte giurisdizioni⁸, di ricorrere incidentalmente alla Corte Edu per chiedere un parere su questioni di principio attinenti all'applicazione o all'interpretazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Cedu e dai suoi protocolli. In secondo luogo, per la questione di merito che sottende il rinvio dalla *Cour de cassation* e riapre la «*saga giurisprudenziale francese*»⁹ sulla trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero attraverso la *gestation pour autrui*.

Innovando il rapporto fra le alte giurisdizioni nazionali e la Corte Edu, il protocollo n. 16 è stato aperto alla firma degli Stati membri il 2 ottobre 2013 nell'intento di rafforzare il dialogo tra la Corte europea dei diritti umani e i giudici nazionali, consolidando l'attuazione della Convenzione in armonia al principio di sussidiarietà e riducendo, ugualmente, il carico di lavoro della Corte.

⁵ Cfr. Corte Edu, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-001

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%7D>

⁶ Cfr. Arrêt n. 638, 5 ottobre 2018, 10-19.053, *Assemblée plénière*.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html

⁷ Cfr. J. P. MARGUENAUD, *L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation*, in *RTD Civ.*, 2018, cit. p. 847.

Giova evidenziare che la Francia aveva depositato il proprio strumento di ratifica presso il Segretariato Generale del Consiglio d'Europa il 12 aprile 2018. Il protocollo n. 16 è, quindi, entrato in vigore per quegli Stati che l'hanno ratificato (al momento Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina), a decorrere dal 1° agosto 2018. Sebbene, per ora, il numero degli Stati sia piuttosto esiguo rispetto alle Parti contraenti della Convenzione europea si tratta di uno strumento che, come evidenzia il primo parere della *Grande Chambre*, nello spirito dello stesso protocollo, apre ad una nuova possibilità di dialogo tra le corti.

⁸ In particolare, sul ruolo della Corte costituzionale italiana, come «alta giurisdizione» nel dialogo con la Corte di Strasburgo alla luce del protocollo n. 16, si rinvia a O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 Cedu?*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, p. 17 ss.

⁹ Cfr. A. M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, in <http://www.diritticomparati.it/>

Come è stato largamente evidenziato¹⁰, si tratta di un meccanismo che ricorda il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, che consente al giudice nazionale di uno degli Stati membri di sospendere il giudizio e rinviare alla Corte di Giustizia questioni interpretative su una norma di diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, confrontando i caratteri del protocollo con la procedura di rinvio pregiudiziale si scoprono due strumenti di tutela solo apparentemente simili¹¹. Essi si distinguono per la natura non vincolante dei pareri resi dalla Corte di Strasburgo¹² e per la facoltà, non l'obbligo, delle alte giurisdizioni di rivolgersi al Giudice convenzionale per un chiarimento interpretativo¹³. Emerge, infine, la diversa logica che sottende i due sistemi: il protocollo n. 16 prevede che il parere sia reso dalla Corte Edu e, quindi, da un giudice che non fa parte dell'ordinamento in cui sarà applicato il chiarimento interpretativo. Diversamente, nel rinvio pregiudiziale i giudici nazionali che ricorrono alla Corte di giustizia, dovendosi pronunciare su oggetti rispetto ai quali viene in considerazione il diritto dell'Unione europea sono, in forza dei trattati, anche giudici comunitari¹⁴.

A fronte dei molteplici spunti di riflessione offerti – e dibattuti – dal nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo, la particolarità sulla quale giova porre l'attenzione per analizzare il

¹⁰ Le riflessioni da parte degli studiosi che si sono interessati alla portata del protocollo n. 16 sono numerose, per citarne solo alcune si rinvia agli studi svolti da E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015; I. ANRÒ, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in *Eurojus*, 24 aprile 2018; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo n. 3, 2018, pp. 719- 722; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Napoli, 2014, p. 145 ss.

¹¹ A tale riguardo, il protocollo n. 16 è stato definito «un innesto di un elemento mimetico del modello comunitario in un corpo assai diverso dalla Corte di giustizia». Cfr. G. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della Cedu e della sua Corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2016, p. 381 ss.

¹² Questa caratteristica è stata letta come corollario al principio di sussidiarietà, demandando ai giudici interni il compito di stabilire le conseguenze dell'interpretazione adottata dalla Corte Edu. In tal senso, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo n. 4, 2013, p. 1023.

Sulle implicazioni del protocollo e delle letture che si possono attribuire al principio di sussidiarietà, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, pp. 91- 96.

¹³ L'art. 1 definisce l'oggetto, la legittimazione e i presupposti della relativa richiesta, la quale «può» essere inoltrata dalle autorità competenti senza vincoli obbligatori.

¹⁴ E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo*, cit. p. 146.

primo parere attiene alla sua vocazione “dialogica” tra le Corti¹⁵. Chiamato anche «protocollo del dialogo»¹⁶, esso è stato concepito con un duplice intento trasversale: da un lato, offrire agli Stati firmatari uno strumento per prevenire future violazioni evitando, altresì, l’esplosione di ricorsi seriali a Strasburgo¹⁷ e, dall’altro, attribuire alla Corte europea un «*ruolo di guida*»¹⁸ orientando i giudici nazionali nell’applicazione delle regole convenzionali.

È stata in questa prospettiva dialogica e di difesa dei diritti garantiti dalla Convenzione, che si sono orientati il rinvio interpretativo della *Cour de cassation* e la pronuncia di Strasburgo segnando, al contempo, un’evoluzione nel meccanismo di tutela europeo. Detta trasformazione si registra, dal profilo procedurale, per la natura e le modalità di richiesta del parere e, da quello di merito, per le specifiche questioni sollevate che, in materia di maternità surrogata, mostrano una diffusa sensibilità giuridica anche per la mancanza di un orientamento omogeneo a livello europeo ed internazionale.

2. Segue: I controversi accordi di maternità surrogata: i «precedenti» francesi

Il primo *avis consultatif* della Corte Edu ha tratto impulso dalla difficoltà incontrata dalla Francia – come del resto da molti altri paesi – di offrire il riconoscimento giuridico ai minori nati all’estero attraverso la surrogazione di maternità.

¹⁵ In verità, parte della dottrina prende le distanze dall’espressione «dialogo», ritenendola, in una certa misura, «abusata» ed erroneamente utilizzata nei termini di una «formula magica, evocativa di scenari idilliaci ma non sempre [...] a portata di mano». In tal senso, A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, cit., p. 12.

¹⁶ La sua vocazione dialogica era stata sostenuta anche dal Presidente della Corte europea Spielmann che aveva scelto di chiamarlo «*Protocole du dialogue*». Cfr. Discorso del Presidente della Corte Edu Dean Spielmann alla 123^a Sessione del Comitato dei Ministri, 16 maggio 2013, <https://www.echr.coe.int>

¹⁷ In tal senso, G. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della Cedu e della sua Corte: la (dis)illusione di un’unione sempre più stretta*, cit.

¹⁸ E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, 2015, cit., p. 83.

La disciplina della maternità su commissione è un tema spinoso¹⁹ – sia per il suo profilo giuridico²⁰, sia per quello etico²¹ – contraddistinto da scelte normative non uniformi²² che, laddove la impediscano, sono spesso eluse attraverso il fenomeno del c.d. turismo procreativo²³. In vero, sono numerose le coppie che ricorrono a questa tecnica procreativa²⁴, innescando delle conseguenze giuridiche di grande importanza che, talvolta, sconvolgono l'idea di filiazione culturalmente radicata e giuridicamente tutelata²⁵.

Il fenomeno della GPA attiene non solo alla riproduzione in senso stretto – come processo che prende avvio dalla fecondazione – ma altresì alla genitorialità intesa, tradizionalmente, come il progetto di chi accoglie un figlio o una figlia assumendosene la responsabilità di accompagnarlo

¹⁹ Cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, fascicolo n. 1, 27 marzo 2017, pp. 138-148; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2016.

²⁰ Per alcune riflessioni sulla realtà giuridica italiana in relazione alla surrogazione di maternità (espressione che compare nel divieto disposto dalla legge n. 40/2004, art. 12, comma 6), si rinvia altresì a M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Collana “Studi di Genere. Convegni” – Vol. 5, CIRSD e – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, Università degli Studi di Torino, 2019; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismi.it*, Fascicolo n. 1/2017; E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogate*, <http://www.giudicedonna.it>, n. 1/2017; M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, <http://www.giudicedonna.it>, n. 1/2017; A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *Genius*, 2017/2; E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, cit., pp. 213- 224.

²¹ Ai fini di un approfondimento con riguardo ai dibattiti sorti nell'ambito della comunità scientifica e medica, cfr. G. SCHAMPS, J. SOSSON, *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruylant, 2013.

²² Si tratta di un fenomeno complesso portato all'attenzione del Parlamento europeo che vi ha dedicato un'analisi comparata. Lo studio, pubblicato nel 2015, evidenzia come le legislazioni adottate dai paesi europei contribuiscano a rendere la disciplina normativa della GPA ancor più farragginosa. Difatti, a fronte di taluni Stati che la proibiscono formalmente (Germania, Francia, Italia, Bulgaria, Malta, Spagna), altri la consentono (Regno Unito e Grecia) oppure scelgono di non autorizzarla espressamente ma neppure di vietarla rendendola, di fatto, facilmente realizzabile (Belgio, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia). Cfr. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO, M. JULIE, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states (PE 474.403)*” *European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's rights and constitutional affairs. Legal affairs*, 2013.

²³ Cfr. *Agence de la biomédecine, Rapport annuel 2012*, in particolare p. 72 ss. Per una riflessione sul fenomeno, v. altresì C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012; M. D'AMICO, M. P. COSTANTINI, *L'illegittimità costituzionale del divieto di “fecondazione eterologa”. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014; J. LONG, M. NALDINI, “*Turismo atrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*”, in *GenIUS*, n. 2, 2015, p. 163 ss.

²⁴ Per un'analisi dell'aumento del fenomeno del turismo procreativo in Francia, cfr. F. HERMEREL, “*Tourisme procréatif ” en France : avis et ressentis des couples et des professionnels de santé. Gynécologie et obstétrique*, 2018, in particolare, p. 32 ss.

²⁵ In tal senso, V. BOILLET, M. ROCA I ESCODA, E. LUZE, L. BRUNET, M. COTTIER, *La gestation pour autrui, approches juridiques internationales*, Anthemis, 2018, cit. p. 7.

o accompagnarla al raggiungimento della sua autonomia personale²⁶. Ebbene, un contratto di maternità condiziona, inevitabilmente, tale progetto poiché presuppone una madre gestazionale che, consapevolmente, sceglie di condurre una gravidanza destinata ad un progetto, riproduttivo e genitoriale, dal quale è e resterà estranea²⁷.

Diversamente dalle procedure di fecondazione artificiale consentite, la surrogazione di maternità richiede la collaborazione di una donna che metta a disposizione il proprio corpo per condurre una gravidanza per conto di altri – i cc.dd. committenti o genitori di intenzione – impegnandosi, giuridicamente, a non esercitare alcun diritto genitoriale nei confronti del nascituro²⁸.

Rispetto all'accordo che lega i soggetti privati, si possono verificare numerose combinazioni tra coloro che sono coinvolti, creando nuove figure genitoriali che, secondo il loro apporto, possono non coincidere; si parla allora di madre gestazionale, madre genetica e madre sociale²⁹.

Tutto ciò importa la frammentazione dell'identità materna creando incertezza nell'individuazione della sua figura³⁰. I ruoli assunti dai soggetti interessati accendono, pertanto, numerose questioni etiche, politiche, sociali e, per ciò che si intende approfondire in questa sede, giuridiche, come quelle sollevate con il primo parere consultivo della Corte Edu.

²⁶ Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, specialmente p. 195 ss.

²⁷ *Ivi.*, specialmente p. 218 ss. L'Autrice evidenzia una questione particolarmente delicata e irrisolta, vale a dire la difficoltà di determinare le condizioni che, realisticamente, siano in grado di garantire la libertà della donna e la sua autodeterminazione quando decide di aderire ad un progetto genitoriale altrui.

Nello stesso senso, cfr. B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, p. 108 ss.

²⁸ È opportuno evidenziare che vi sono diverse tipologie di surrogazione di maternità: si va da quella "tradizionale", che prevede l'inseminazione artificiale dell'ovulo della madre surrogata, la quale è anche madre biologica del bambino, a quella gestazionale, in cui la madre surrogata si limita a condurre la gravidanza a seguito dell'impianto di un embrione realizzato *in vitro*. Quest'ultimo può essere geneticamente legato ai genitori committenti o provenire da altre donatrici. Sul punto, v. M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 2/2010, pp. 358- 385.

²⁹ Nella distinzione dei ruoli che si intersecano nelle gestazioni per altri, la madre gestazionale è colei che si assume la gestazione e partorisce; la madre genetica è, normalmente, anonima ed è colei che mette a disposizione gli ovociti. Infine, la madre sociale, anche detta committente, è colei che è parte dell'accordo con la madre surrogata e ha espresso la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale del bambino. Allo stesso modo, vi può essere l'esistenza di un padre genetico e di un padre sociale. E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, cit., p. 214.

³⁰ In vero, parte della dottrina evita di rivolgersi alla donna che conduce la gravidanza per conto d'altri come «madre» utilizzando, piuttosto, l'espressione di «portatrice». In tal senso, M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, in particolare p. 33 ss. Questa scelta semantica, che pare disconoscere il valore del parto e della relazione materna che si è consolidata durante la gravidanza, riflette la complessità del fenomeno intersecandosi nei nuovi modelli di filiazione che coinvolgono le procedure di surrogazione di maternità negli ordinamenti che le ammettono.

A risaltare è, in particolare, il ruolo assunto dalla donna che si presta a condurre la gestazione³¹ e dai genitori committenti, la necessità di tutelare il «*superiore interesse del minore*»³² assieme all'esigenza di difendere l'effettività giuridica dei rapporti familiari che, in questi casi, è gravemente compromessa³³.

Lasciando a margine le questioni che involgono, *ab origine*, gli accordi di maternità³⁴ e che contrappongono «*la favola bella*» della gestazione per altri come atto di solidarietà e altruismo alla «*favola brutta*» che narra lo sfruttamento di un bisogno economico della madre gestazionale e la mercificazione della donna «*scelta a catalogo*»³⁵, il caso portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo attiene alle conseguenze di un accordo di gestazione perfezionato all'estero nonostante il divieto nazionale.

Quando la proibizione alla surrogazione di maternità è aggirata recandosi verso gli Stati che la permettono, si innesta un inevitabile «*conflitto tra legalità ed effettività*»³⁶ che fa convivere due realtà giuridiche opposte. Da una parte, vi è l'atto di nascita del paese nel quale la GPA è consentita e che, per questo, offre il riconoscimento giuridico del legame di filiazione tra il minore – nato dalla madre surrogata – e i genitori committenti. Dall'altra parte, vi è la realtà giuridica dello Stato di appartenenza dei genitori committenti che, al loro rientro, non può

³¹ Sul punto, cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, p. 232 ss.

³² In verità, la traduzione di «*superiore interesse del minore*» è impropria ma ormai consolidata. L'espressione si riferisce alla locuzione inglese «*best interests of the child*» che coincide con i migliori e più significativi interessi, importanti esigenze e bisogni del minore che si collocano in una posizione di supremazia rispetto a tutti gli altri interessi coinvolti. Oltre alla difficoltà di una traduzione letterale convincente, il problema maggiore è stabilire quale esso realmente sia, se nella sua definizione debbano essere esaminate le sole conseguenze a breve termine o la sua proiezione futura, quali siano i parametri culturali, etici, psicologici, medici o religiosi a cui un giudice debba o possa riferirsi. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, cit., p. 77 ss.

Parte della dottrina ha, inoltre, suggerito di affiancare al migliore interesse del minore la categoria del «*miglior interesse dei minori*» come parametro universale e astratto in grado di orientare all'interesse dei minori in generale. In tal senso, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, p. 130 ss.

³³ Cfr. G. PALMIERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, p. 44 ss.

³⁴ Accordi che trattano «*questioni di frontiera nel mondo della bioetica*». M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, cit., p. 7.

³⁵ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, cit. pp. 133- 134.

³⁶ Cfr. E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, p. 215.

automaticamente garantire la trascrizione del certificato redatto all'estero, ottenuto in forza di una tecnica gestazionale lì vietata.

Si tratta di un fenomeno largamente diffuso che, discostandosi dall'idea di genitorialità plasmata secondo la prospettiva della filiazione naturale, si scontra con una genitorialità indipendente dalla nascita – e differente rispetto all'istituto dell'adozione³⁷ – fondata sul bisogno del minore a vedersi riconosciuto il legame con i genitori committenti³⁸. Così, qualora il divieto agli accordi di maternità operi *ex post* la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero si trovano in un crocevia tra il limite generale dell'ordine pubblico internazionale e il miglior interesse del minore³⁹.

L'ordine pubblico internazionale costituisce il limite al riconoscimento degli atti e delle discipline straniere⁴⁰. Di conseguenza, gli atti di nascita formati all'estero, a seguito di una pratica gestazionale vietata nell'ordinamento di riferimento, non potrebbero essere sempre riconosciuti⁴¹.

³⁷ A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana si sono recentemente pronunciate, con la sentenza n. 12193 del 2019, in tema di efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri con riferimento ai rapporti di filiazione di minori nati all'estero. Come già aveva evidenziato nella decisione n. 24001 del 2014, la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto con l'istituto dell'adozione perché «*soltanto tale istituto è governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*». Con la pronuncia dell'8 maggio 2019, la Corte si è spinta oltre operando il riferimento all'adozione come istituto da proteggere in nome del quale poter negare il riconoscimento degli atti di nascita firmati all'estero. Invero, la Cassazione ha affermato che «*il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione*». Ha, inoltre, proseguito evidenziando che «*la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983*». Punto 13.4

³⁸ Per un approfondimento, cfr. L. CHIEFFI, *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano, 2018.

³⁹ Sul punto, si rinvia altresì all'analisi di F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica. Il caso della maternità surrogata*, in R. Fattibene (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto fra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017, specialmente p. 206 ss.

⁴⁰ A tale riguardo, vi è chi ha evidenziato come il divieto alla surrogazione di maternità sia posto a tutela della relazione materna e, come il principio *mater semper certa est*, sia riconducibile ai principi fondamentali dell'ordinamento tutelati dal limite dell'ordine pubblico «*a difesa dei propri valori e della propria coerenza interna*». F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di) *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionali*, cit., p. 37.

⁴¹ Osservando l'esperienza italiana, la legge n. 218 del 1995 ha stabilito che la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico e che le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza dei

Ciò nonostante, come si avrà modo di indagare, la giurisprudenza degli ultimi anni si è orientata verso un'interpretazione più estensiva del limite di ordine pubblico alla luce dell'assoluta prevalenza del superiore interesse del minore rispetto agli altri interessi in gioco⁴².

A questa tendenza non ha fatto eccezione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴³. A tal proposito, le sentenze gemelle *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*⁴⁴ del 26 giugno 2014 e *Paradiso e Campanelli*⁴⁵ del 2015 e del 2017 sono diventate una cartina tornasole per riflettere

rapporti di famiglia hanno effetto in Italia purché non siano contrari all'ordine pubblico. Questo quadro normativo ha poi un raccordo con l'art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 ha imposto l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero che siano contrari all'ordine pubblico. Tuttavia, negli anni, la giurisprudenza ha cercato di rimodularne l'operatività al fine di garantire una maggiore apertura degli ordinamenti. Così, sin dalla sentenza n. 189 del 1981 la Corte di cassazione ha introdotto la distinzione tra principi di ordine pubblico che caratterizzano «*la comunità nazionale in un determinato periodo storico*» e «*principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*». Cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 189 del 1981.

Quanto alla più recente giurisprudenza, giova richiamare le sentenze n. 24001 del 2014 e la n. 19599 del 2016 che hanno ridefinito il limite di ordine pubblico in due direzioni opposte. Nella sentenza del 2014, l'ordine pubblico internazionale è stato definito come «*il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna*» che deve essere interpretato «*includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale*» comprendendo, altresì, i principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». Cfr. Corte di cassazione, Sezione I, sentenza n. 24001 del 2014, punto 3.1.

A seguito delle decisioni della Corte Edu *Menesson* e *Labassée* del 2014 e *Paradiso* e *Campanelli* del 2015 (poi riformata dalla *Grande Chambre* nel 2017), nella sentenza n. 19599 del 2016 la Cassazione ha preferito un'altra interpretazione del limite dell'ordine pubblico teorizzando una nozione «*di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1*» fondata «*su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza, sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali*», stabilendo inoltre che «*se l'ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato*». Cfr. Cassazione civile, sezione I, sentenza n. 19599 del 2016, punto 7.

⁴² In relazione al riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero si richiama la Corte di Appello di Venezia, sez. III, che, con l'ordinanza 16 luglio 2018 ha stabilito che, proprio alla luce del superiore interesse del minore, debba essere riconosciuta l'efficacia giuridica, in Italia, di una sentenza canadese che attribuisce la seconda paternità al coniuge del padre di un bambino nato all'estero con il ricorso alla tecnica della maternità surrogata e, di conseguenza, deve essere integrato l'atto di nascita del minore mediante indicazione di entrambi i genitori legali, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano. Allo stesso modo la Corte d'Appello di Trento con l'ordinanza del 23 febbraio 2017 aveva accertato che non contrasti con l'ordine pubblico il provvedimento giudiziario straniero che dispone la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito lo *status* di figli di due uomini: quello già indicato come padre biologico e quello del quale il provvedimento accerta la genitorialità.

⁴³ Per un approfondimento sulla clausola dell'ordine pubblico in presenza del contrapposto interesse del minore si rinvia a M. C. BARUFFI, *La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU*, in G. Caggiano (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 247 ss.

⁴⁴ Corte Edu, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

⁴⁵ Corte Edu, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

sull'evoluzione dei concetti di «vita familiare» e di «superiore interesse del minore» e condurre alle ragioni che hanno spinto la *Cour de cassation* a ricorrere al protocollo n. 16.

La Corte di Strasburgo si era pronunciata, in un primo momento, sulla vicenda che coinvolgeva i coniugi *Mennesson* e *Labassée* che, di fronte al divieto agli accordi di maternità su commissione codificato all'art. 16-7 del *Code civil*, avevano scelto di recarsi negli Stati Uniti dove tale operazione è ammessa e sono nati, rispettivamente, due gemelle e un bambino indicati come figli legittimi nell'atto di nascita americano.

Tornati in Francia, alle coppie fu però negata la trascrizione del certificato di nascita, denunciando una frode ai danni della legge francese dal momento che la gestazione per altri viola i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico⁴⁶.

I coniugi ricorsero, pertanto, alla Corte europea dei diritti umani che applicò, per la prima volta, il principio del superiore interesse del minore e condannò la Francia sostenendo che il rifiuto di riconoscere la filiazione paterna, se corrisponde alla realtà biologica, viola il diritto al rispetto della vita privata dei bambini ed è contrario al loro superiore interesse conducendo, peraltro, ad una ingerenza statale nel diritto dei minori al rispetto della loro vita privata non necessaria in una società democratica⁴⁷.

Nonostante il divieto francese, la Corte svincolò la nozione giuridica di «vita familiare» – ai sensi dell'art. 8 della Cedu – dal legame genetico per ricomprendere le relazioni dotate di connotazioni fattuali univoche la cui tutela corrisponde all'interesse del bambino. La pronuncia concludeva affermando che l'assenza di un legame biologico con il bambino non riveste portata determinante e, dunque, che il diniego alla trascrizione dei certificati di nascita rilasciati

⁴⁶ Cfr. *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09-66.486.

⁴⁷ La Corte afferma che «*Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger entre les deux premiers d'entre eux et les troisième et quatrième d'entre eux, nées à l'étranger d'une gestation pour autrui. Ils dénoncent une violation du droit au respect de leur vie privée et familiale que l'article 8 de la Convention garantit en ces termes: 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*». Cfr. Paragrafo 43.

all'estero, in forza di un contratto di surrogazione di maternità, trasgredisce il diritto alla vita privata del minore⁴⁸.

In verità, i giudici di Strasburgo, pur invocando la violazione dell'art. 8 della Convenzione e l'interesse superiore del minore, non hanno imposto il riconoscimento degli atti di nascita dei bambini e la loro trascrizione all'anagrafe francese, ma si sono limitati a constatare che i Paesi del Consiglio d'Europa dispongono di un ampio margine di apprezzamento e di discrezionalità sui temi di carattere etico⁴⁹. Le due pronunce sono state l'occasione per precisare che tale discrezionalità sia destinata ad essere ridotta nel momento in cui le autorità nazionali limitino i diritti dei bambini nati attraverso tale tecnica procreativa, anche se vietata.

Muovendo così dal presupposto che le norme di stato civile devono essere interpretate alla luce della Cedu, già un anno dopo, la *Cour de cassation* ha riconosciuto ai minori concepiti all'estero con un accordo di gestazione per altri⁵⁰, la paternità biologica e il diritto alla trascrizione dell'atto di nascita compilato all'estero in conformità alla legislazione dello Stato, al ricorrere di due requisiti: il padre sia cittadino francese e le dichiarazioni in esso contenute non siano irregolari, false o non corrispondenti alla realtà⁵¹.

La Corte Edu è poi intervenuta nel 2015, nella causa *Paradiso e Campanelli*, condannando anche l'Italia per la violazione dell'art. 8 della Cedu. La vicenda, pur ricordando il precedente francese, se ne distingue per un aspetto fondamentale: la mancanza di alcun legame genetico tra la coppia committente e il bambino, nemmeno per via paterna.

⁴⁸ Cfr. C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista AIC*, n. 4/ 2015.

⁴⁹ Il margine di apprezzamento – come metodo di interpretazione della Convenzione – è affermato dalla Corte EDU sia per una esigenza funzionale, poiché riconosce che le autorità nazionali abbiano una migliore conoscenza delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della Cedu, sia per un'esigenza ideologica volta all'uniforme protezione dei diritti. Cfr. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁵⁰ Cfr. M. GIACOMINI, *Il riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della Cour de cassation*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, <http://comparazionediritto.civile.it>

⁵¹ *Cour de cassation*, 3 luglio 2015, n. 14-21.323 e n. 15-50.002. In particolare, la *Cour de cassation* ha affermato che le norme sulla trascrizione degli atti di stato civile francesi devono essere interpretate alla luce dell'art. 8 della Cedu stabilendo che non possa essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante una GPA. Nel comunicato, la Corte ha indicato che «*Les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance*». Cfr. *Cour de cassation, Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA*, <http://www.courdecassation.fr>

In vero, i fatti della causa presero avvio quando i coniugi Paradiso e Campanelli decisero di recarsi in Russia per ricorrere ad un accordo di maternità surrogata. Una volta rientrati in Italia, fu però loro negata la trascrizione dell'atto di nascita russo – che indicava il minore come figlio di genitori internazionali – e avviato un procedimento penale a carico dei coniugi per falso in atto pubblico poiché il test del DNA aveva escluso l'esistenza di un legame genetico con entrambi i genitori d'intenzione. Di conseguenza, fu dichiarato lo stato di abbandono del minore e inserito presso una casa famiglia e reso adottabile.

I coniugi portarono il caso all'attenzione della Corte Edu la quale, in una prima decisione, dichiarò che l'Italia aveva violato l'art. 8 della Cedu e il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti a causa dell'inadeguatezza dei motivi per i quali la Corte di cassazione italiana⁵² aveva disposto l'allontanamento del minore⁵³. La vicenda, ampiamente richiamata dalla Corte Edu anche nel parere del 10 aprile, aveva, all'evidenza, evocato dei profili ben più ambigui rispetto alla “tradizionale” surrogazione di maternità accompagnata dall'impedimento collaterale relativo alla trascrizione del certificato di nascita estero.

La Corte Edu aveva evidenziato che, in questo particolare caso, la questione sostanziale consistesse nell'accertare se la valutazione delle disposizioni legislative, da parte delle autorità italiane, avesse garantito il corretto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati, fondati sul diritto al rispetto della vita privata e familiare⁵⁴. Il principio cardine⁵⁵, cui la Corte ha

⁵² Cfr. Corte di cassazione, sentenza n. 24001 del 2014.

⁵³ In particolare, la Corte di Strasburgo aveva osservato che il provvedimento di allontanamento del bambino era stato preso allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità poiché i ricorrenti avevano violato la normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita e sull'adozione di minori. La Corte ha affermato che la necessità di rimediare ad una situazione illegittima non sia, da sola, sufficiente a giustificare l'adozione di una qualsiasi misura restrittiva, in quanto lo Stato è investito del compito di tutelare l'interesse superiore del minore che prescinde dall'origine del rapporto di parentela, sia essa biologica o di altra natura («*In questo genere di cause, nelle quali i giudici nazionali devono esaminare questioni difficili di bilanciamento degli interessi del minore da una parte e delle esigenze dell'ordine pubblico dall'altra, la Corte dovrebbe secondo noi dare prova di ritegno e limitarsi a verificare se la valutazione fatta dai giudici nazionali sia arbitraria*» Cfr. *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12). In vero, la Corte EDU non determina il significato della legge nazionale ma si deve limitare a valutare se essa, per come è stata applicata nel caso sottoposto alla sua cognizione, abbia violato la Convenzione. Ne consegue che i giudici comuni debbano interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione e abbiano il compito di adottare una lettura conforme alla Costituzione in nome del «*predominio assiologico di questa sulla Cedu*». In tal senso, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2015, cit.

⁵⁴ A tal proposito, i giudici di Strasburgo affermano che «*La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que*

ancorato la sua valutazione, è stato il migliore interesse del minore come strumento per svolgere il bilanciamento tra i valori in gioco e giustificare il dispositivo di condanna. Ha quindi concluso riconoscendo l'esistenza di un legame familiare *de facto* tra i coniugi Paradiso e Campanelli e il bambino benché scaturito da una procedura vietata dal legislatore.

A seguito di questa condanna convenzionale, il Governo italiano aveva domandato il rinvio del caso alla *Grande Chambre*⁵⁶ che, intervenuta nel 2017, ha ribaltato l'esito del 2015. Superando il suo precedente, la Grande Camera ha stabilito che in mancanza di un legame genetico tra i coniugi e il minore, considerata la breve durata della relazione e l'incertezza giuridica nella quale versavano i rispettivi rapporti nati da una condotta illecita dei coniugi, si escludeva l'esistenza di una vita familiare *de facto*⁵⁷.

In particolare, il Giudice convenzionale si è discostato dalla tradizionale concezione di «vita familiare»⁵⁸, fondata sul requisito qualitativo della relazione, per affermare che la qualità del rapporto non è da sola sufficiente ad integrare un legame familiare⁵⁹. I giudici di Strasburgo hanno allora sancito delle linee guida per escludere l'esistenza di un rapporto familiare tutelato ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, vale a dire qualora la relazione affettiva nasca da una condotta illecita, abbia avuto una breve durata e manchi il legame genetico tra i genitori committenti e il bambino.

ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale». Cfr. Paragrafo 84.

⁵⁵ C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare*, cit., p. 9.

⁵⁶ Cfr. Art. 43 Cedu.

⁵⁷ Per l'analisi del ragionamento che ha condotto la *Grande Chambre* a negare l'esistenza di una vita familiare, cfr. M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 1/2017.

⁵⁸ La centralità della protezione riservata alla vita privata e familiare risiede nel fatto che l'art. 8 della Cedu tutela altresì la dignità, l'autonomia e la dignità degli individui rispetto alle ingerenze statali. Sul punto cfr. v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 297 ss.

È nello spirito di questa tutela che la Corte Edu ha, nel tempo, elaborato un'interpretazione evolutiva del testo giungendo a garantire la posizione degli individui anche dinanzi a fattispecie che non erano previste nelle intenzioni della Convenzione.

⁵⁹ Giova ricordare che le opinioni dissenzienti espresse nella prima pronuncia del 27 gennaio 2015 lamentavano che non possa dirsi sufficiente creare illegittimamente un legame, durato sei mesi, con il minire all'estero per obbligare le autorità nazionali a riconoscere l'esistenza di una vita familiare poiché, così facendo, sarebbe posta nel nulla la libertà discrezionale degli Stati di non riconoscere gli effetti giuridici degli accordi di GPA. A tale riguardo, dovrebbe essere fissato un limite invalicabile: «il momento della nascita del bambino e della sua consegna alla madre sociale» non possono essere da soli sufficienti a rendere irreversibile l'instaurazione del legame di fatto. Cfr. E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, cit., p. 221.

Pur muovendo da presupposti differenti, la giurisprudenza di Strasburgo del 2014 e del 2015 si è orientata dalla coesistenza di due elementi per tutelare il superiore interesse del minore: il legame biologico con almeno un genitore e l'esistenza di un rapporto genitoriale consolidato che, in questi specifici casi, consentono il riconoscimento del rapporto genitoriale anche della madre sociale in assenza di legami genetici.

Diversamente, nel 2017 la Corte ha ritenuto che in mancanza di un legame genetico tra gli adulti e il minore, tenendo conto altresì della breve durata della relazione e dell'incertezza dei rapporti giuridici nati da una condotta illecita, non si configuri una vita familiare *de facto* ai sensi dall'art. 8 della Cedu⁶⁰. Pertanto, secondo la *Grande Chambre* il perseguimento del superiore interesse del minore non ha coinciso con la continuità del rapporto genitoriale tant'è che il provvedimento della Corte di cassazione, che aveva reso adottabile il bambino, è stato giudicato proporzionale.

Al netto delle valutazioni che sono state svolte dalla dottrina sulle questioni bioetiche, politiche, giuridiche seguite all'espansione del turismo procreativo mostrando inediti interessi giuridici meritevoli di tutela⁶¹, si ritiene di poter affermare che la richiamata giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia stata il prodromo per spingere la *Cour de cassation* al rinvio consultivo.

3. Madre d'intenzione o madre legale? La richiesta di parere consultivo a partire dal caso *Menesson*

Fino al 2014 la Francia aveva rifiutato di riconoscere i legami di filiazione nati all'estero a seguito di un accordo di gestazione per altri. Questa tendenza emergeva già nelle prime decisioni

⁶⁰ Cfr. C. MASCIOTTA, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 2/2017.

⁶¹ A tale riguardo la biografia è molto ampia. Per un *excursus*, si rinvia alle riflessioni di M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*, in *GenIUS*, n. 1/2015; L. VIZZONI, *Quando il "best interest" del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso "Paradiso e Campanelli contro Italia"*, in *Jus civile*, n. 11/2015; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, in *GenIUS*, n. 1/2017; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in <http://www.costituzionalismo.it>, 1/2018.

della *Cour de cassation* in materia⁶² per poi consolidarsi⁶³, nello spirito di tutela dell'ordine pubblico e del principio che vuole il corpo umano *indisponible*⁶⁴. Così, salvo alcune eccezioni – tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, rientrano la donazione degli organi ovvero la donazione di sangue – si dichiarava nullo qualunque contratto in cui una persona “affittasse”, a titolo oneroso o gratuito, il proprio corpo.

Con l'entrata in vigore della legge sulla bioetica del 1994⁶⁵, sono state introdotte nel *Code civil* alcune norme che rinviano alla surrogazione di maternità. A tale riguardo, gli articoli 16-7 e 16-9 del *Code civil* dispongono che ogni contratto di maternità surrogata è nullo, poiché contrario all'ordine pubblico⁶⁶. Diversamente, il *Code pénal* affronta la questione indirettamente, disciplinando il delitto di mediazione per la maternità surrogata all'art. 353-1 o quello di simulazione di maternità all'art. 227-13⁶⁷.

Il citato quadro normativo incontrava, però, delle incrinature dinanzi ai casi in cui una coppia, avvalsa della surrogazione di maternità all'estero, una volta rientrata in Francia, si vedeva negata la trascrizione dell'atto di nascita regolarmente redatto in un altro Stato. In realtà, il rilascio del certificato dovrebbe essere del tutto indipendente dal legame di genitorialità con un cittadino francese. Ciò nonostante, il diniego delle autorità competenti è stato a lungo motivato non in virtù

⁶² In vero, già in una sentenza del 31 maggio 1991, n. 90-20.105, la *Cour de cassation* aveva dichiarato un accordo di maternità surrogata viziato da una nullità di ordine pubblico che lo rendeva, di conseguenza, giuridicamente inefficace.

⁶³ La *Cour de cassation* aveva puntualmente negato il riconoscimento di qualsiasi convenzione di GPA, invocando la sussistenza di una violazione di legge ovvero la necessità di tutelare l'ordine pubblico. Cfr. *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09-66.484, n. 09-17.130, n. 10-19.053; *Cour de cassation*, 13 settembre 2013, n. 12-18.315, n. 12-30.138.

⁶⁴ «*La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*». *Cour de cassation*, 31 maggio 1991, n. 90-20.105.

⁶⁵ Cfr. *Loi n. 94-654* del 29 luglio del 1994, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

⁶⁶ «*Même à titre gratuit, ce type de contrat est interdit car il contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, déduits de l'article 1128 du code civil*». Sul punto, cfr. V. PECRESSE, P. BLOCHE, AN, Rapport n. 2832 déposé le 25 janvier 2006 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, p. 162, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp>

⁶⁷ L'art. 227-12, ancorché sanzioni la GPA con una pena che varia dai 6 mesi di reclusione a 7500 euro di ammenda, non contiene nessuna disposizione che disciplini le conseguenze giuridiche della surrogazione di maternità all'estero. Si rimanda alle considerazioni sul tema svolte da M. COTTA, *La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 26 novembre 2013, <http://www.revdh.revues.org/201#text>.

della mancanza di detto rapporto, ma proprio per il sospetto che si fosse ricorso ad un accordo di maternità surrogata⁶⁸.

A tal proposito, la *Cour de cassation* aveva mantenuto la tendenza a rifiutare la trascrizione degli atti di nascita dei minori nati all'estero da una GPA facendo prevalere il rispetto dell'ordine pubblico internazionale e dei principi essenziali francesi sul superiore interesse del minore⁶⁹. Si tratta di un indirizzo che ha, per lungo tempo, orientato la giurisprudenza della *Cour de cassation*⁷⁰, almeno fino a quando è stato, in una certa misura, rimodulato dalle citate decisioni *Menesson* e *Labassée*. In effetti, nelle sentenze gemelle del 2014, la Corte Edu aveva apprezzato che il diniego delle autorità amministrative francesi di ammettere il rapporto di filiazione tra il padre biologico e i figli, nati negli Stati Uniti in forza di accordi di maternità surrogata⁷¹, eccedesse il margine di apprezzamento statale⁷² e violasse il diritto all'identità personale e alla vita privata del minore garantito dall'art. 8 della Cedu⁷³.

⁶⁸ Cfr. C. LENGRAND, A. PLANCHARD, *Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 16 febbraio 2015, <http://www.revdh.revues.org/1054>.

⁶⁹ Cfr. *Cour de cassation*, 17 dicembre 2008, n. 07- 20.468; *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09- 66.486, n. 09-17.130, n. 10- 19.053 ; *Cour de cassation*, 26 ottobre 2011, n. 09- 71.369; *Cour de cassation*, 13 settembre 2013, n. 12-18.315, n. 12- 30.138; *Cour de cassation*, 19 marzo 2014, n. 13- 50.005.

In tutti questi casi, la *Cour de cassation* ha ricorso alla clausola dell'ordine pubblico al fine di valutare la possibilità di riconoscere l'efficacia nel territorio francese di un provvedimento straniero dal quale deriva un contrasto con i valori e i principi dell'ordinamento interno.

⁷⁰ In effetti, tre decisioni del 2011 (*Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09-66.486, n. 09-17.130, n. 10-19.053) e due del 2014 (*Cour de cassation*, 13 settembre 2013, n. 12-18.315 e n. 12-30.138) avevano sistematicamente rifiutato di riconoscere il legame di parentela tra il genitore committente e il bambino nato da surrogazione gestazionale, giacché ritenuto un comportamento contrario all'ordine pubblico e, altresì, lesivo del principio, essenziale del diritto francese, inerente l'indisponibilità del corpo umano.

⁷¹ Le rispettive autorità statunitensi avevano, infatti, riconosciuto la parentela in capo ai coniugi francesi. Tuttavia, una volta rientrati in Francia, l'Ufficio dello stato civile aveva rifiutato di trascrivere l'atto di riconoscimento della filiazione sia dei coniugi *Labassée*, sia dei *Menesson*, ai quali, però, in un primo momento, la trascrizione era stata concessa. L'annullamento fu motivato in forza degli artt. 16-7 e 16-9 del *Code civil* che prevedono la nullità di qualsiasi accordo per la procreazione o la gestazione altrui per contrarietà all'ordine pubblico. Sul punto, cfr. T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2014, <http://www.penalecontemporaneo.it>.

⁷² Per un approfondimento, cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, specialmente p. 86 ss.; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 e ss.

⁷³ In particolare, la Corte Edu aveva sostenuto, da un lato, la violazione dell'art. 8 in ragione dell'impossibilità di stabilire un legame di filiazione tra il padre e il bambino, ritenendo che ciò arrecasse un danno alla vita privata in modo del tutto sproporzionato; dall'altro lato, aveva sostenuto l'esistenza di una vita familiare "di fatto" affermando che « *Ce qui importe à cette fin dans ce type de situations, c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés. Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la "vie*

L'alta giurisdizione francese, pur suggerendo un nuovo approccio per la difesa dei diritti fondamentali e la protezione dei minori, ha però lasciato numerose questioni in sospeso⁷⁴.

Tra di esse spicca il ruolo della madre committente. Difatti, se il padre genetico può riconoscere il figlio a lui partorito da una madre surrogata o di richiedere la trascrizione del certificato straniero che ciò attesti, alla madre committente, diversa rispetto a quella partoriente, è impedito. L'ordinamento francese è privo di uno strumento giuridico capace di inquadrare una maternità diversa da quella naturale o adottiva lasciando "scoperto" lo *status* giuridico della madre, anche detta intenzionale, che voglia ritagliarsi un ruolo diverso da quello di madre adottiva.

Ciò spiega perché la vicenda *Mennesson* fosse si fosse solo apparentemente conclusa. Si doveva, infatti, tenere conto che non erano chiari gli effetti delle sentenze gemelle nell'ordinamento francese ove si fosse presentata una situazione simile⁷⁵. Inoltre, nel 2011, i coniugi *Mennesson* erano rimasti soccombenti innanzi alla *Cour de cassation* e avevano avviato la nuova procedura di riesame delle decisioni giudiziarie in materia civile⁷⁶.

familiale" dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet "vie familiale"». Cfr. Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, paragrafo 45.

⁷⁴ Ai "dilemmi" attinenti al diritto successorio si aggiungono altresì quelli relativi all'acquisizione della cittadinanza, alla richiesta del congedo di maternità, tant'è che parte della dottrina aveva giudicato non risolutiva la giurisprudenza dalla *Cour de cassation* successiva alle decisioni *Mennesson* e *Labassée*. In tal senso, cfr. A. GOUTTENOIRE, *La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger: un revirement a minima*, *La semaine juridique*, Édition générale n. 38, 14 settembre 2015; C. LENGAND, C. ESCULLIE, *Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger: Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte*, *La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés*, 13 gennaio 2016, <http://revdh.revues.org/1772>

⁷⁵ Quanto agli effetti delle citate pronunce, si deve evidenziare che l'art. 55 della Costituzione stabilisce che le convenzioni internazionali, tra le quali si annovera la Cedu, siano delle fonti gerarchicamente superiori rispetto alla legge ordinaria. Ciò significa che, a differenza dell'Italia, il contrasto fra una norma interna e la Cedu non è risolto sollevando una questione di legittimità costituzionale al *Conseil constitutionnel* bensì dal *Conseil d'État* e dalla *Cour de cassation* che possono disapplicare la legge interna in contrasto con il parametro convenzionale. Per una ricostruzione del controllo di convenzionalità in Francia, si rinvia a B. MATHIEU, *Articulation contrôle de conventionnalité - contrôle de constitutionnalité*, in *Question prioritaire de constitutionnalité*, Lexis Nexis, 2013, pp. 93- 98; P. GAÏA, *Le contrôle de conventionnalité*, in *R.F.D.C.*, 2008/ 5, p. 201 ss.; D. SIMON, *Conventionnalité et constitutionnalité*, in *Pouvoirs* 2011/ 2, n. 137, specialmente p. 20.

In verità, nei casi che si sono presentati successivamente alle sentenze gemelle del 2014, la *Cour de cassation* non svolgeva un controllo di convenzionalità e, quindi, disapplicando la norma interna ma rimodulava il proprio orientamento giurisprudenziale, allineandosi con quello della Corte di Strasburgo, interpretando le norme di stato civile in modo conforme alla Cedu. A tale riguardo, cfr. *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09-66.484, n. 09-17.130, n. 10-19.053 e *Cour de cassation*, 13 settembre 2013, n. 12-18.315, n. 12-30.138.

⁷⁶ A tale riguardo, si deve evidenziare che, il 18 novembre 2016, era stata introdotta nel sistema francese la *loi* n. 2016-1547 con il compito di dirimere le ipotesi di contrasto fra il giudicato nazionale e le decisioni della Corte Edu consentendo, in particolare, il riesame delle decisioni interne a seguito delle sentenze della Corte europea. Si tratta di un rimedio da proporre entro un anno dalla pronuncia di Strasburgo alla *Cour de cassation* che deve peraltro decidere in una composizione particolare – la c.d. *Cour de réexamen* – e, in caso di accoglimento, rinviare al giudice di pari grado rispetto a quello che pronunciò la decisione che la Corte europea ha dichiarato contrastante con la Cedu. Cfr. A. M.

Il 16 febbraio 2018 la Corte del riesame ha accolto la loro richiesta e ordinato che la causa fosse nuovamente esaminata dall'Assemblea plenaria della *Cour de cassation*. L'alta giurisdizione francese si è pronunciata il 5 ottobre 2018⁷⁷ senza statuire sulla controversia ma trasmettendo la richiesta di un parere preventivo alla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo con l'intento di ricevere un parere sulla compatibilità della giurisprudenza francese formatasi in seguito alle sentenze *Mennesson* e *Labassée*.

La richiesta di siffatto parere è stata animata dalla difficoltà dell'Assemblea plenaria di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione materna. Se il legame paterno era facilmente riconoscibile – giacché corrisponde alla verità biologica – non poteva dirsi altrettanto per quello materno. Invero, per il diritto francese, «madre» è solo la donna che partorisce⁷⁸ e, di conseguenza, la madre portatrice, ferma restando, dal 2017, la possibilità per il coniuge del padre di adottare il bambino⁷⁹.

Coerentemente con la giurisprudenza che l'aveva preceduta e che rifiutava la trascrizione dell'atto di nascita quando designa la madre sociale – in francese, *mère d'intention* – come madre biologica, l'Assemblea plenaria ha preferito interrogare la *Grande Chambre* sulla compatibilità di questa soluzione con l'art. 8 della Convenzione.

LEROYER, *GPA et filiation*, in *RTD Civ.*, 2019, p. 90; *Loi n. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁷⁷ Cfr. *Cour de cassation*, Decisione interlocutoria, n. 638.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html

⁷⁸ A tal proposito, si ritiene di evidenziare come una parte della dottrina abbia riflettuto sull'opportunità di ribaltare l'idea del conflitto tra surrogazione di maternità e principio *mater semper certa*. È stato così osservato che il principio *mater semper certa* vieti i contratti di surrogazione ma, allo stesso tempo, permetta a donne e uomini di prendere qualsivoglia libero accordo informale tra loro nel quale possono trovare espressione le ragioni più varie che spingano a generare una nuova vita insieme a qualcun altro. Qualora una donna veda un senso in un accordo di questa natura, «non è il principio *mater semper certa* a impedirle di assumerlo e portarlo a termine bensì è ciò che glielo rende possibile, per il preciso motivo che esso non guarda dentro al modo in cui la madre valuta l'interesse migliore del figlio cui dà la vita». In tal senso, S. NICCOLAI, *Principio Mater Semper Certa in dialettica, per riscoprire il valore del materno*, in *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*, Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino, 2018, cit.

⁷⁹ La *Cour de cassation*, con le sentenze del 5 luglio 2017 (cfr. *Cour de cassation* n. 15/28.597, n. 16/16.901, n. 16/50.025, n. 16/16.455) aveva chiarito che, in relazione al contenuto dell'art. 47 del *Code civil* e dell'art. 8 della Cedu, non è ammissibile la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero tramite una GPA nei confronti della madre sociale, vale a dire la madre committente. Diversamente, nello spirito delle citate sentenze di Strasburgo del 2014, era pienamente riconosciuta la trascrizione del minore come figlio del padre biologico. Al contempo, modificando il proprio precedente indirizzo orientativo, la *Cour de cassation* aveva riconosciuto alla madre sociale, moglie del padre biologico, la possibilità di chiedere l'adozione del bambino. Per un approfondimento, cfr. A. M. LEROYER, *GPA: toujours la même et mauvaise solution refusant la transcription de la filiation maternelle d'intention*, in *RTD Civ.*, 2018, p. 377; *Gestation pour autrui: l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée!*, in *AJ Famille*, 2017, p. 482; F. CHENEDE, *De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil*, in *AJ Famille*, 2017, p. 375.

Il rinvio interpretativo ha riguardato due precise questioni.

Con la prima, la *Cour de cassation* ha domandato se, il rifiuto dello Stato a trascrivere il certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata, dal momento che indica come sua «madre legale» la «madre intenzionale», supera il margine di apprezzamento ai sensi dell'art. 8 della Cedu. Nello stesso quesito, è stato inoltre domandato se, a questo proposito, si debba distinguere tra un bambino concepito *con* o *senza* i gameti della «madre intenzionale».

La seconda questione è stata posta in termini eventuali, chiedendo se, in caso di risposta affermativa ad uno dei due quesiti precedenti, la possibilità della madre intenzionale di adottare il figlio del coniuge – padre biologico – soddisfi i requisiti del citato art. 8.

Nella richiesta di parere preventivo, sono illustrati anzitutto i motivi del ricorso e che ripercorrono le sentenze gemelle del 2014. Così, la *Cour de cassation* ricorda che, in assenza di consenso generalizzato in Europa sugli accordi di maternità surrogata, si avvertono delle questioni di ordine etico che mettono in discussione il margine di apprezzamento riservato ai Paesi contraenti⁸⁰. Questi ultimi si trovano, infatti, nella difficile condizione di decidere se riconoscere il legame di filiazione tra un minore – nato all'estero attraverso una GPA – e i suoi genitori di intenzione e, ugualmente, se le scelte prese in virtù del loro margine di apprezzamento si scontrino con il superiore interesse del bambino eccedendo, pertanto, la suddetta discrezionalità⁸¹.

Ecco, dunque, messo in luce il primo punto di criticità: richiamando la «*situazione di incertezza giuridica*», già sorta nella pronuncia *Menesson*. La Suprema giurisdizione francese lamenta la «*preoccupante incertezza*» in ordine al riconoscimento della nazionalità francese che, del resto, può avere degli effetti negativi nella definizione dell'identità dei minori. Inoltre, alle problematiche appena richiamate, la *Cour de cassation* si fa da portavoce di una preoccupazione in materia di

⁸⁰ Sulla nozione di margine di apprezzamento, v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, pp. 308- 312.

⁸¹ Nei motivi che sorreggono in rinvio, la *Cour de cassation* ha ricordato che «*si, en raison de l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique, les États devaient en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81)*».

diritto successorio poiché, i nati da maternità surrogata non possono essere indicati dalla madre committente come eredi ma, esclusivamente, come legatari⁸².

La Corte di cassazione francese rinvia poi alla giurisprudenza che l'ha preceduta.

A tale riguardo, afferma che in armonia con l'interpretazione, ormai consolidata, delle sentenze *Mennesson* e *Labassée*, la Corte europea abbia suggerito alla Francia la possibilità di riconoscere, ai figli nati da GPA, il legame di filiazione con il padre biologico ma non con quello della madre d'intenzione. Difatti, secondo il diritto francese per «madre» dovrebbe intendersi quella gestazionale e, di conseguenza, quella surrogata, lasciando alla committente il ruolo di madre d'intenzione che, generalmente, non è dichiarato nel certificato di nascita.

Benché non riconosciuto nell'atto di nascita, la *Cour de cassation* ricorda che, a questo impedimento giuridico, era stato posto rimedio attraverso il mutamento giurisprudenziale che aveva ritenuto ammissibile la richiesta di adozione presentata dalla moglie, del padre biologico del bambino concepito attraverso un accordo di surrogazione di maternità⁸³.

Al netto del «fascio di interessi che si snoda all'interno del concetto di diritto all'identità personale del minore»⁸⁴, come pure del ruolo assunto dai genitori committenti negli accordi di maternità surrogata perfezionati all'estero, i chiarimenti interpretativi sottoposti alla *Grande Chambre* inducono alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo, l'alta giurisdizione francese ha voluto superare le ambiguità delle decisioni *Mennesson* e *Labassée* in coerenza con lo spirito dei pareri consultivi, chiedendo delle indicazioni, di carattere generale, utili al giudice *a quo* e agli altri giudici che si trovino dinanzi a casi analoghi⁸⁵. In secondo luogo, gli interrogativi presentati hanno incoraggiato la definizione

⁸² In verità, la questione ereditaria era un argomento critico già messo in evidenza dalla *Cour de cassation*. Difatti, il ricorso del 5 ottobre 2018 fa riferimento a «*cette absence d'identification avait une conséquence sur les droits à succession de ces enfants*», mentre, la citata sentenza n. 15-50.002 del 3 luglio 2015, afferma che «*ordonnant la transcription de l'acte de naissance, sur les registres français d'état civil, sur le fondement de l'atteinte à la vie privée de l'enfant et sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans reconnaître que l'enfant avait bien une filiation paternelle et maternelle légalement établie, qu'il était donc muni d'un droit dans la succession de son père, qu'il vivait sur le sol français avec son père et qu'il pouvait, en vertu de l'article 18 du Code civil et de la circulaire du 25 janvier 2013 validée par le Conseil d'État le 12 décembre 2014, obtenir la nationalité française*».

⁸³ Un rimedio non assoluto poiché, come rilevato dalla Corte di Strasburgo in una sentenza di condanna nei confronti della Francia, tale giurisprudenza non garantiva alcun riconoscimento del rapporto di filiazione. Cfr. Corte Edu, *Laborie c. Francia*, 19 gennaio 2017, ric. n. 44024/13.

⁸⁴ Cfr. R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, Osservatorio internazionale, in *Questione e giustizia*, 28 maggio 2019, <http://www.questionegiustizia.it>

⁸⁵ A tale riguardo, le indicazioni di Strasburgo possono essere un monito anche per l'Italia, chiamata anch'essa ad esaminare dei casi di maternità surrogata compiuta in un altro Stato al fine di verificare gli effetti rispetto alla richiesta

del confine giuridico tra il ruolo della madre committente e quello di madre legale, facendo appello alla funzione nomofilattica dei giudici europei. Infine, vi è stato il tentativo di esplorare una via intermedia per proteggersi contro una successiva evoluzione della giurisprudenza europea che avrebbe, potenzialmente, esposto la Francia ad una nuova condanna, esattamente come era stato per l'Italia nella decisione *Paradiso e Campanelli* del gennaio 2015.

Ecco, dunque, i presupposti che hanno orientato i giudici della *Grande Chambre* per rinforzare l'interazione con il giudice *a quo* francese e consolidare l'applicazione della Convenzione in conformità al principio di sussidiarietà, come previsto dal protocollo attivato in questa sede.

4. Il parere «pilota» riconosce la madre d'intenzione

La richiesta interpretativa della *Cour de cassation*⁸⁶, superato il filtro di un comitato di cinque giudici della *Grande Chambre*, è stata esaminata in tempi celeri⁸⁷ e in maniera articolata⁸⁸.

di riconoscimento dell'atto di nascita redatto all'estero. Nella citata vicenda *Paradiso et Campanelli*, le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano respinto il ricorso di una coppia, ricorsa alla gestazione per altri all'estero, che chiedeva il riconoscimento in Italia della certificazione ucraina. In particolare, le Sezioni unite che hanno evidenziato che il concetto di ordine pubblico, rilevante i fini del riconoscimento dell'atto di nascita straniero, si compone dei principi fondamentali interni e dell'ordine internazionale, sottolineando che il divieto di surrogazione di maternità – previsto dall'art. 12 legge n. 40/2004 e penalmente sanzionato – era stato inserito a presidio di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e istituto dell'adozione. Cfr. Corte di cassazione, sentenza n. 24001 del 2014.

Più di recente, richiamando le medesime argomentazioni della pronuncia *Paradiso et Campanelli*, le Sezioni unite hanno nuovamente escluso il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento che accerta il rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante un accordo di surrogazione di maternità e il genitore di intenzione, ancorché cittadino italiano. In vero, riprendendo la sentenza n. 19599/2016 e ripercorrendo alcune decisioni che leggevano riduttivamente il limite dell'ordine pubblico, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno riaffermato il divieto alla surrogazione di maternità quale espressione dei principi di ordine pubblico. Tra questi ultimi, spicca il rispetto della dignità della madre da cui si desume che la «compatibilità dell'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali ma altresì del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti» tant'è che il divieto alle pratiche di maternità surrogata non viene meno anche qualora si consentisse il riconoscimento del legame genitoriale con la madre d'intenzione. Cfr. Corte di cassazione, sentenza n.121938 del 2019.

⁸⁶ Quesiti che, per la loro formulazione, sembravano per alcuni esprimere «nascita» o «metamorfofi» del diritto al riconoscimento del legame genitoriale in relazione ad un caso già esaminato. In tal senso, P. DEUMIER, *Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence «augmentée»?*, in *Recueil Dalloz*, 2019, cit. p. 228.

⁸⁷ A tal proposito, in ragione del tema affrontato e del fatto che si è trattato del primo parere, il ricorso ha beneficiato di un «traitement prioritaire». Cfr. F. BERDEAUX, «*Ô Droit! Suspends ton vol!*», quand la *Cour de cassation* sursoit à statuer sur la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger par GPA ou PMA, in *AJ Famille*, 2019, cit., p. 218.

⁸⁸ Cfr. *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui)*, in *AJ Famille*, 10-04-2019.

Il parere esordisce con i motivi del ricorso e le questioni sollevate dalla *Cour de cassation*, evocando i principi ai quali si ispira nel caso di specie: il superiore interesse del minore e il margine di apprezzamento che si ricavano, ugualmente, dalla giurisprudenza che ha sollecitato il parere.

Secondariamente, richiamando i limiti sull'efficacia del parere, argomenta *come* dare applicazione dei principi al caso in esame, bilanciando il giusto equilibrio degli interessi in gioco e rimanendo sempre nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui dispone la Francia. La *Grande Chambre* ricorda che, anche nel caso del parere ai sensi del protocollo n. 16, mantiene il compito di assicurare l'interpretazione uniforme della Convenzione in ciascuno degli Stati contraenti e di assicurare lo sviluppo dei diritti e delle libertà, tenendo conto delle situazioni culturali, politiche ed economiche che caratterizzano gli Stati firmatari.

Il parere prosegue con le considerazioni preliminari, rammentando la vocazione per protocollo a rinforzare l'interazione tra le autorità nazionali e a consolidare il rispetto della Convenzione in ossequio al principio di sussidiarietà. Al contempo, la Corte Edu ricorda, a più riprese, che non è competente nell'analisi dei fatti della vicenda o dei presupposti processuali che hanno dato impulso al ricorso. Invero, il suo ruolo è limitato a pronunciare un parere in rapporto ai quesiti che le sono stati sottoposti, spettando ai giudici interni il compito di stabilire, in concreto, le conseguenze dell'interpretazione adottata dalla Corte rispetto al rinvio interpretativo⁸⁹.

Entrando nel merito del ricorso, il parere si focalizza sul riconoscimento del legame di filiazione tra il minore e la madre di intenzione e sulle modalità di questo riconoscimento.

Nell'affrontare il primo quesito, la Corte ricostruisce i principi generali ai quali si ispira, misurandosi con la precedente giurisprudenza⁹⁰. In particolare, il rinvio è alla pronuncia

⁸⁹ Difatti, la Corte afferma che non ha il compito di pronunciarsi su un contraddittorio con una decisione ad effetti obbligatori bensì, nel termine più breve possibile, di indicare un orientamento che permetta di garantire il rispetto dei diritti della Convenzione. Di conseguenza, la *Cour de cassation* manterrà dei margini di manovra che, all'occorrenza, le potranno consentire di discostarsi dalla giurisprudenza resa in sede contenziosa. Sul punto, per l'analisi dell'incidenza del dialogo tra le Corti, cfr. G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, specialmente pp. 161-162.

⁹⁰ In realtà, la Corte EDU ha svolto un'indagine comparativa degli Stati parti della Convenzione, escludendo la Francia, dalla quale è emerso che la maternità surrogata è consentita in nove Stati, tollerata in dieci e esplicitamente o implicitamente vietata in ventiquattro Stati. La procedura per stabilire tale *status* varia a seconda degli ordinamenti. Cfr.

Paradiso e Campanelli che, per il caso esaminato, funge da bussola per orientare non solo la *Cour de cassation* ma, eventualmente, anche altri giudici⁹¹. Tenendo conto della questione delicata sulla quale deve pronunciarsi, la *Grande Chambre* sembra voler procedere con prudenza, riservandosi la possibilità, per l'avvenire, di rimodulare il proprio orientamento secondo l'apporto evolutivo della GPA⁹².

Nell'analisi del primo quesito presentato dalla *Cour de cassation*, la Corte ha evocato, prima di tutto, l'interesse superiore del bambino e il margine di apprezzamento riservato in materia ai Paesi contraenti per poi addentrarsi nell'esame degli effetti che si sarebbero innescati per il mancato riconoscimento del rapporto genitoriale tra il minore e la madre d'intenzione.

A tale riguardo, la *Grande Chambre* ha posto l'accento sulla difficoltà di definizione del superiore interesse del bambino⁹³ segnalando come, l'assenza di un legame giuridico con la madre d'intenzione, ponga i minori in una posizione di incertezza giuridica in grado di ledere la loro identità personale come pure il diritto alla conoscenza delle proprie origini. Si tratta, all'evidenza, di un'incertezza che si scontra sia con la possibilità di acquisire la nazionalità francese e la residenza, sia con il godimento dei diritti ereditari sino ai rischi in sede di separazione dei coniugi e all'affidamento del bambino⁹⁴.

Corte Edu, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-001, paragrafo 22.

⁹¹ Gli elementi di diritto comparato consentono ai giudici di Strasburgo di affrontare e risolvere questioni specifiche ma di interesse generale che, in ossequio all'obiettivo deflattivo del protocollo, potrebbe fungere da monito anche ad altri giudici interni chiamati a risolvere controversie dal contenuto analogo.

⁹² La *Grande Chambre* afferma che «*La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. Elle précise toutefois qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui*». Cfr. Corte Edu, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-001, paragrafo 36.

⁹³ Un interesse che, per la Corte di Strasburgo, esige l'esame di ogni situazione in considerazione delle circostanze particolari che lo caratterizzano. In effetti, la Corte considera che «*l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise*». Paragrafo 42.

La Corte mantiene un atteggiamento cauto e circoscritto alle particolari circostanze del caso di studio che possono ridurre il margine di apprezzamento affermando che «*lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas*». Paragrafo 47.

⁹⁴ La *Grande Chambre*, richiamando quanto aveva già evidenziato nella decisione *Mennesson*, ricorda che «*Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se*

La Corte si dichiara consapevole che il superiore interesse del minore si confronti con la necessità di individuare una persona responsabile per la sua crescita ed educazione ma asserisce che, per le particolari circostanze che connotano il caso in esame, l'assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre committente potrebbe dirsi incompatibile con il superiore interesse del bambino al punto da poter offrire il riconoscimento di detto legame⁹⁵.

Così, la *Grande Chambre* risponde affermativamente al primo quesito.

In primis, asserisce che, in forza del superiore interesse del minore e nel rispetto dell'art. 8 della Cedu, la madre non biologica ricorsa ad un accordo di maternità all'estero, abbia il diritto a riconoscere il figlio qualora vanti un certificato legale che la indica come «madre» nel Paese in cui la GPA ha avuto luogo e il bambino abbia un legame biologico con il padre⁹⁶. Nel caso di specie, la Corte valuta che il superiore interesse del minore prevalga sul divieto a riconoscere il suo legame con la madre d'intenzione; tutela che, in via generale, ritiene debba essere riconosciuta ancor più nell'eventualità in cui il bambino sia stato generato mediante una maternità surrogata realizzata con il materiale genetico della madre committente.

Orientandosi al secondo quesito, i giudici di Strasburgo ammettono che la GPA sconti degli aspetti altamente complessi che non possono essere bilanciati in assoluto. Il parere precisa che la necessità di un riconoscimento del legame di filiazione con la madre non implichi altresì un obbligo per gli Stati di trascrizione del certificato di nascita estero. La scelta di consentire tale riconoscimento rientra nel margine di apprezzamento degli Stati e potrebbe, piuttosto, essere affiancata dall'istituto dell'adozione qualora consentisse la salvaguardia del superiore interesse del minore⁹⁷.

trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge».

⁹⁵ Difatti, la Corte asserisce che «*dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas*». Paragrafo 47.

⁹⁶ Al paragrafo 46 del parere consultivo, la *Grande Chambre* evidenzia che «*au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale*».

⁹⁷ Difatti, pur restando l'esigenza di chiarezza e di certezza dei rapporti genitoriali, permaneva il divieto a stipulare accordi di maternità surrogata. A tale riguardo, il percorso argomentativo seguito dalla Grande Camera ricalca quello seguito dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 272 del 2017. Nel 2017 la Consulta ha rigettato una questione di legittimità costituzionale che le era stata sollevata dalla Corte d'appello di Milano riguardo la posizione giuridica di un minore nato all'estero attraverso una surrogazione di maternità e che lamentava come la *ratio* dell'art. 263 c.c. fosse troppo rigida, facendo coincidere l'interesse del minore e il c.d. *favor veritatis*. Dopo aver richiamato la

In ossequio al rispetto del margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati e al superiore interesse del bambino, i giudici di Strasburgo hanno quindi osservato che la registrazione nell'atto di nascita non sia l'unico strumento di tutela potendosi, ad esso, affiancare la procedura di adozione purché consenta di ottenere una protezione tempestiva ed efficace dell'interesse del minore.

Per queste ragioni, la *Grande Chambre* ritiene indispensabile l'esistenza di mezzi di tutela che conferiscano un'adeguata protezione della relazione tra il minore e la madre d'intenzione eventualmente anche attraverso l'adozione purché abbia degli affetti simili a quelli del riconoscimento legale nell'atto di nascita, consenta un riconoscimento dello *status* genitoriale celere e, pertanto, idoneo a limitare le condizioni di incertezza⁹⁸.

All'unanimità, la *Grande Chambre* riconosce al figlio il diritto alla continuità dello *status* genitoriale fermo restando che spetta al giudice nazionale l'onere di valutare se le diverse forme di adozione previste nell'ordinamento francese rispettino i principi dalla stessa fissati.

giurisprudenza costituzionale in materia, come pure quella della Cassazione e della Corte di Strasburgo (in particolare le citate sentenza gemelle del 2014), la Corte ha affermato che «*se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro*» (Considerato in diritto 4.3). Mantenendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità perché, tale pratica vietata dalla legge, offende in modo intollerabile la dignità della donna, minando nel profondo le relazioni umane, l'interesse superiore del bambino alla continuità di *status* genitoriale può essere garantito con l'istituto dell'adozione in casi particolari. Il Giudice costituzionale ha così affermato che non esiste alcun automatismo da parte dell'art. 263 c.c. poiché sarà compito del giudice valutare, caso per caso, operando un bilanciamento tra gli interessi in gioco al fine di accertare se il *favor veritatis* possa, in concreto, arrecare un pregiudizio nei riguardi del minore che, diversamente, potrebbe avere interesse a conservare lo *status* acquisito anche se non corrispondente al vero. A tal proposito, la decisione osserva che «*Se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità. Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato*» (Considerato in diritto 4.2). Cfr. E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, marzo 2018, p. 79 ss.

⁹⁸ In effetti, secondo la Corte non è necessario che il riconoscimento della relazione tra madre e figlio avvenga fin dalla nascita del bambino, ma quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e, a tale riguardo, una soluzione per riconoscere tale legame potrebbe essere la già prospettata richiesta di adozione. Cfr. Paragrafi 50 e 51.

5. Alcune riflessioni a margine del primo parere consultivo

Il rinvio presentato dalla *Cour de cassation* e il parere della *Grande Chambre* sono l'osservatorio per riflettere sull'ingresso della maternità surrogata, negli ordinamenti in cui non è consentita, non per via legislativa bensì *ex post*, per l'opera giurisprudenziale di riconoscimento degli effetti giuridici degli accordi di maternità perfezionati all'estero. Difatti, la scelta di alcune coppie di "aggirare" la normativa nazionale è accompagnata dall'esigenza di chiarezza e di certezza dei rapporti tra lo stato civile del figlio e i genitori di intenzione.

Così, all'interno di una materia già oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai vivace e tuttora in evoluzione⁹⁹, si colloca il parere «pilota» dello scorso aprile che ha dato applicazione ad uno strumento del tutto nuovo, attivato per la prima volta dalla *Cour de cassation*.

Entrando nel merito dell'oggetto del ricorso ed esaminando un tema delicato e sensibile, riportato all'attenzione della Corte di Strasburgo dopo pochi anni dalle sue ultime pronunce, il parere ha evidenziato come la scelta di talune coppie di beneficiare di una normativa straniera che consente la gestazione per altri sia connotata da un forte valore simbolico, contrapposto da altrettanta valenza giuridica che fatica a trovare una direzione univoca.

Il Giudice convenzionale ha, perciò, cercato di instaurare un'interazione costruttiva, conformemente all'ambizione e all'aspirazione originaria del protocollo n. 16 che prevede l'emanazione di un parere non vincolante né per la giurisdizione richiedente, né per la stessa Corte di Strasburgo, la quale, se adita successivamente sulla medesima questione in sede contenziosa, potrà discostarsi dal parere reso¹⁰⁰.

Posto che il divieto di surrogazione di maternità non viene meno, né peraltro potrebbe, la *Grande Chambre* accorda, all'unanimità, il riconoscimento del legame genitoriale anche della madre sociale che, in questo caso, considerato il legame genetico con il padre e l'esistenza di una vita familiare *de facto* con le figlie gemelle, coincide con l'interesse superiore delle stesse, giustificando, di conseguenza, anche un assottigliamento del margine di apprezzamento.

⁹⁹ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 12193 del 2019, cit.

¹⁰⁰ Cfr. A. M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, cit.

Sulla scia di questo primo parere è, inoltre, seguita la sentenza Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana sull'ammissibilità del riconoscimento dello *status filiationis* tra un minore, nato da una GPA, e il genitore committente, in assenza di legami genetici. Dopo poche settimane dalla pronuncia di Strasburgo, le Sezioni Unite hanno riaffermato il divieto alla surrogazione di maternità quale espressione del principio di ordine pubblico¹⁰¹. Al contempo, sebbene il rapporto genitoriale non possa essere instaurato tramite il riconoscimento dell'atto straniero in Italia, per via del divieto della maternità surrogata, hanno stabilito che si possa ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi del primo comma dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 che costituisce una «*clausola di chiusura volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa*».

Alla luce delle riflessioni che involgono il tema, la risposta della *Grande Chambre* è di interesse perché contribuisce a definire le caratteristiche del nuovo strumento volto, più in generale, alla protezione dei diritti fondamentali. Ancorché non vincolante, l'attivazione del protocollo n. 16 ha mosso il primo passo per una relazione più diretta con la Corte di Strasburgo con la potenzialità di diventare un parametro di riferimento e orientare le alte giurisdizioni a livello internazionale. In effetti, se l'obiettivo è di prevenire, attraverso dei chiarimenti interpretativi, la violazione dei diritti tutelati dalla Cedu, questo primo parere dovrebbe procedere in «*un'ottica di precauzione*»¹⁰² con

¹⁰¹ Richiamando la sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, le Sezioni Unite hanno puntualizzato che il divieto di maternità surrogata contemplato dalla legge n. 40 del 2004 costituisce un principio di ordine pubblico, ben fondato non soltanto in quanto la volontà di diventare genitori non può essere priva di limiti, ma anche perché rientra nella discrezionalità riconosciuta agli Stati e ai singoli ordinamenti la facoltà di escludere la liceità della surrogazione di maternità. Hanno così stabilito che «*Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983*». Cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 12193 del 2019.

Il ricorso allo strumento dell'adozione di cui all'art. 44, 1° comma, lett. d), sembra fornire l'opportunità di superare le difficoltà di utilizzazione dell'adozione a favore del coniuge allorché questa venga richiesta da coppie di persone dello stesso sesso, dati i limiti imposti dalla legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili, che non consente di estendere a queste ultime le disposizioni in materia di filiazione e di adozione. Sul punto, cfr. A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Sidiblog.it*, <http://www.sidiblog.org/>

¹⁰² Il protocollo n. 16 propone, infatti, uno strumento che, nel medio periodo, dovrebbe ridurre «*le frizioni eventualmente esistenti tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali, senza*

l'intento di disincentivare, *ab origine*, la presentazione di casi analoghi¹⁰³ portando all'attenzione della Corte "solo" i profili lasciati in sospeso.

Allo stesso tempo, entrando nel merito della vicenda dei coniugi *Menesson*, le parole dei Giudici di Strasburgo evidenziano delle incertezze, offrendo strumenti che incorrono in talune difficoltà pratiche.

Da una parte, la Corte afferma che lo Stato non eccede il proprio margine di apprezzamento rifiutando la trascrizione dell'atto di nascita estero, ove manchi un apporto genetico nel procedimento procreativo; dall'altra parte, invoca l'adozione come valida alternativa.

Quest'ultima soluzione, pur non comportando un riconoscimento immediato della relazione, consente, in astratto, di valutare il superiore interesse del minore secondo il caso. Tuttavia, benché il Giudice convenzionale evidenzi che la «*quasi-totalité*» delle domande di adozione presentate per i minori nati al di fuori della Francia attraverso la gestazione per altri sia andata a buon fine, richiede che la coppia committente sia sposata fissando, quindi, un limite per l'adozione¹⁰⁴ ma non precisando se il procedimento debba essere subordinato alle medesime regole dell'istituto dell'adozione avulsa dalla gestazione per altri che, in realtà, incorre nel rischio collaterale che la madre committente non sia ritenuta idonea.

Indagando il ragionamento che segue la Corte Edu si riscontrano, pertanto, dei profili di ambiguità, in parte legati alla stessa procedura che sottende il protocollo n. 16¹⁰⁵ e alla quale la Corte fa costante rinvio nel parere¹⁰⁶.

L'ambiguità si manifesta nel linguaggio utilizzato dalla Corte quando richiama l'obiettivo della procedura, vale a dire offrire al giudice *a quo* i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti della Convenzione al momento della decisione sulla controversia in pendenza senza, tuttavia, precisato cosa si debba intendere per «*mezzi necessari*» e come si potranno discernere i

precludere la via del ricorso individuale». In tal senso, E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 158.

¹⁰³ Difatti, la «*vera scommessa*» del protocollo n. 16 non è quella di far dire nuove cose alla Corte, ma di consentirle di dirle in anticipo rispetto alla presentazione di altri ricorsi dal contenuto analogo. *Ivi.*, p. 159.

¹⁰⁴ Cfr. Paragrafo 47.

¹⁰⁵ Pare, quindi, potenzialmente avverato il pronostico di V. Zagrebelsky quando sosteneva che, in assenza di pareri dissenzienti, il parere avrebbe rischiato di essere vago, forse troppo. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, cit., p. 95.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. H. FULCHIRON, *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1084.

casi in cui ammettere, *de plano*, il riconoscimento alla trascrizione degli atti di nascita da quelli che, diversamente, transitano per l'adozione¹⁰⁷.

Orientandosi, infine, sulla vicenda dalla quale il parere ha tratto impulso, appare chiaramente come l'*avis consultatif* non abbia risolto il caso *Menesson*. In vero, le precisazioni offerte dai Giudici di Strasburgo non garantiscono il riconoscimento dello *status filiationis* alle gemelle *Menesson* che, divenute maggiorenni, lamentano di essere figlie di «genitori fantasma» per lo Stato francese¹⁰⁸.

Le riflessioni conclusive sono, dunque, provvisorie¹⁰⁹ e protese ad inediti scenari che si apriranno con la pronuncia della *Cour de cassation*¹¹⁰. Ciò si spiega anche in ragione al tipo di giudizio pronunciato dalla Corte Edu che, nella vocazione del protocollo n. 16, riferito a questioni di principio, si pone in una prospettiva, inevitabilmente, più astratta e che, riguardo gli accordi di surrogazione di maternità, potrebbe richiedere altresì intervento legislativo.

¹⁰⁷ In verità, si tratta di interrogativi tangenti a quelli che interessavano la Corte Edu già prima dell'ingresso del protocollo n. 16. D'altronde, la giustizia della Corte di Strasburgo è da sempre interconnessa ai sistemi giudiziari nazionali, non stupisce quindi che questa attitudine, dai profili controversi, sia emersa anche nel caso del primo parere consultivo. Sul punto, cfr. A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, p. 3657 ss.

¹⁰⁸ A tale riguardo, si rinvia al recente volume autobiografico pubblicato da una delle figlie della coppia *Menesson* che, raccontando le vicende personali e giudiziarie che hanno coinvolto lei e la sorella da quando sono nate, chiede uno strumento per riconoscere gli atti di nascita trascritti all'estero a seguito di un accordo di maternità. Cfr. V. MENNESSON, *Moi, Valentina, née par GPA*, Michalon, 2019.

¹⁰⁹ Si tratta di una prospettiva *de iure condendo* che «sfugge all'ingabbiamento entro griglie normative predefinite». B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit. p. 109. Sotto questo punto di vista occorre altresì riflettere se sia opportuno rimuovere o, piuttosto, rimodulare il divieto di surrogazione, tenendo conto della confusione che avvolge il tema e che impedisce di cogliere la natura universale delle questioni connesse alla surrogazione di maternità. In tal senso, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, p. 208 ss.

¹¹⁰ Cfr. R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, cit.