

IL PRIMO PARERE CONSULTIVO DELLA CEDU SU RICHIESTA DI UN GIUDICE NAZIONALE E L'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

ORNELLA FERACI\*

**Sommario**

1. Introduzione. – 2. Natura dei pareri consultivi resi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e incertezze dell'*iter* legislativo italiano verso la ratifica del Protocollo addizionale n. 16. – 3. I fatti di specie, la sentenza *Mennesson c. Francia* e i quesiti sollevati dalla *Cour de Cassation*. – 4. I principi enunciati dalla Corte di Strasburgo rispetto alla riconoscibilità dello *status* della madre intenzionale-non biologica di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata: *nihil sub sole novum?* – 5. La possibile incidenza del parere consultivo nell'ordinamento giuridico italiano e i profili di compatibilità con la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193/2019. – 6. Considerazioni conclusive.

**Abstract**

*The essay examines the first advisory opinion rendered by the European Court of Human Rights under Protocol No. 16 to the ECHR upon request of the French Cour de Cassation (just a few months after Protocol No. 16 entered into force). The opinion concerns the issue of the recognition of a legal parent-child relationship established abroad, with regard to the intended-non biological mother of two twin sisters who were born in the United States as a result of a gestational surrogacy arrangement. The agreement had been entered into by a French, heterosexual, married couple. Only the intended father was genetically linked to the minors. The paper firstly addresses the nature of the advisory opinion by briefly describing the major characteristics of the new procedural mechanism, under the specific perspective of the future (and still uncertain) Italian ratification of the instrument. It then examines the merits of the case. It finally attempts to evaluate the implications of the principles of law affirmed by the Court in the Italian legal order. In that regard, the essay assesses the consistency between the opinion and a recent judgment of the Italian Court of Cassation refusing recognition, on public policy grounds, of a Canadian judgment, which conferred legal parentage to the intended-non biological father of two minors born in Ontario through gestational surrogacy in the context of a male same-sex married couple (judgment No. 12193 of 8 May 2019).*

**Suggerimento di citazione**

O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Ricercatrice di diritto internazionale (Rtd B) presso l'Università degli Studi di Siena.  
Contatto: [ornella.feraci@unisi.it](mailto:ornella.feraci@unisi.it)

## 1. Introduzione

Il 10 aprile 2019 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso il suo primo parere consultivo,<sup>1</sup> in applicazione del Protocollo addizionale n. 16, annesso alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: CEDU o Convenzione). Quest'ultimo, adottato il 10 luglio 2013 e aperto alla firma delle Parti della Convenzione il 2 ottobre 2013, è entrato in vigore sul piano internazionale il 1° agosto 2018, a seguito del deposito del decimo strumento di ratifica.<sup>2</sup> Tra gli Stati contraenti che lo hanno ratificato non figura ancora l'Italia.<sup>3</sup>

Il parere in oggetto è stato reso a seguito della richiesta presentata il 12 ottobre 2018 dalla Corte di cassazione francese al fine di ottenere chiarimenti circa la portata degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU (sul diritto alla vita privata e familiare) in sede di riconoscimento di un rapporto di filiazione costituito all'estero nei confronti della madre intenzionale-non biologica di due gemelle nate negli Stati Uniti tramite un accordo di maternità surrogata di tipo gestazionale, concluso da una coppia eterosessuale di coniugi francesi.<sup>4</sup>

Il parere *de quo* suscita interesse sotto due diversi profili. Dal punto di vista procedurale, esso inaugura una tecnica di protezione dei diritti

<sup>1</sup> Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della *Cour de Cassation* (domanda n. P16-2018-001).

<sup>2</sup> Cfr. Art. 8, par. 1, Protocollo n. 16 che fissa l'entrata in vigore dello strumento il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo. La Francia ha ratificato il Protocollo il 12 aprile 2018, consentendone così l'entrata in vigore il 1° agosto 2018.

<sup>3</sup> Risultano allo stato Parti del Protocollo: Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Paesi Bassi, San Marino, Slovenia e Ucraina. L'Italia, come si vedrà, pur avendo tempestivamente firmato il Protocollo il 2 ottobre 2013, non lo ha ancora ratificato.

<sup>4</sup> Com'è noto, la pratica della maternità surrogata rappresenta una forma di procreazione medicalmente assistita in cui il progetto di genitorialità (di una coppia, sia eterosessuale sia omosessuale, o di un single: cd. genitori intenzionali o committenti) viene realizzato attraverso il coinvolgimento di un soggetto estraneo alle figure genitoriali di riferimento, la cd. madre surrogata, la quale contrattualmente si rende disponibile - a titolo gratuito o oneroso: cd. maternità surrogata gratuita o solidaristica o maternità surrogata commerciale - a portare avanti la gravidanza per conto dei genitori intenzionali, con l'impegno di rinunciare, al momento del parto, a qualsiasi responsabilità genitoriale sul nato. Esistono due forme di maternità surrogata: gestazionale o tradizionale. La prima si ha quando la madre surrogata non è la madre genetica del minore: l'embrione viene creato artificialmente tramite fecondazione *in vitro* attraverso la fecondazione di materiale genetico maschile e femminile (che può provenire dai genitori intenzionali o da donatori anonimi). La seconda si ha quando la madre surrogata è anche la madre genetica del nato: in tal caso infatti l'embrione viene formato attraverso la fecondazione di un ovocita della madre surrogata con gameti maschili provenienti dal genitore committente.

fondamentali finora sconosciuta al sistema integrato (e sussidiario) di tutela offerto dalla CEDU. Questa nuova forma di dialogo istituzionalizzato tra corti è destinata ad incidere sulla prassi giurisprudenziale derivante dai ricorsi esperibili ai sensi della Convenzione, con effetti, tuttavia, ancora incerti per gli Stati contraenti della CEDU: sia per quelli che sono parti del Protocollo sia, soprattutto, per quelli che ancora non lo hanno ratificato. Sul piano sostanziale, esso aggiunge un nuovo tassello al dibattito circa il trattamento giuridico nello Stato di origine dei genitori committenti del rapporto di filiazione stabilito all'estero tramite maternità surrogata, allorquando si ponga l'esigenza di chiederne il riconoscimento in Stati contraenti che, come l'Italia e la Francia, vietano, a livello domestico, il ricorso a una siffatta tecnica procreativa.<sup>5</sup>

Il presente contributo esamina il parere della Corte di Strasburgo nella specifica prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano. Ciò si spiega alla luce della particolare posizione dell'Italia rispetto alla materia in esame. Da un lato, infatti, il nostro Stato, in quanto Parte contraente della CEDU, è tenuto al rispetto degli obblighi che ne derivano (nella specie, dei vincoli ricavati, in via giurisprudenziale, dalla Corte EDU in tema di riconoscimento di uno *status filiationis* stabilito all'estero a seguito di maternità surrogata). Dall'altro, l'Italia, come accennato, non è (ancora) vincolata dal Protocollo n. 16: pertanto, le sue più alte autorità giurisdizionali nazionali non sono abilitate a sollevare quesiti preventivi alla Corte di Strasburgo, né tantomeno sono tenute a prestare osservanza alle statuizioni espresse dalla stessa in sede consultiva. Questa discrasia è idonea allora a ingenerare incertezza sull'osservanza delle prescrizioni convenzionali allorquando dinanzi alle autorità italiane si ponga una questione di riconoscimento di una filiazione derivante da maternità surrogata realizzata all'estero, alimentando così dubbi sulla posizione giuridica dei genitori intenzionali coinvolti.

Gli effetti del disallineamento poc'anzi menzionato tra gli Stati contraenti della CEDU rispetto agli obblighi convenzionali operanti in questo settore appaiono ancora più paradossali in un settore particolarmente delicato e controverso quale quello in rilievo, ove manca un consenso tra gli Stati parti del Consiglio di Europa sia sull'*an* e *quomodo* delle forme di maternità

<sup>5</sup> La maternità surrogata è espressamente vietata in Francia dall'Art. 16-7 del *Code Civil*, norma di ordine pubblico posta a presidio dell'indisponibilità del corpo umano e dello stato delle persone. In Italia tale pratica è vietata, anche penalmente, dall'art. 12, 6° comma, della legge n. 40/2004 recante norme in materia di tecniche di procreazione medicalmente assistita (in G.U. del 24 febbraio 2004 n. 45), ai sensi del quale: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

#### 4 IL PRIMO PARERE CONSULTIVO CEDU E L'ORDINAMENTO ITALIANO

surrogata consentite a livello interno,<sup>6</sup> sia sugli effetti da riconoscere a *status* personali e familiari stabiliti all'estero<sup>7</sup> per effetto del crescente fenomeno del cd. turismo procreativo.<sup>8</sup>

In questa prospettiva, in primo luogo, verranno sinteticamente delineati i tratti essenziali del nuovo meccanismo processuale derivante dal Protocollo n. 16, anche in vista della sua futura ratifica da parte dell'Italia. Successivamente, si esamineranno i contenuti del parere, al fine di enucleare complessivamente gli indirizzi interpretativi espressi dalla Corte di Strasburgo in materia. Il saggio, infine, valuterà le possibili implicazioni che il parere potrebbe avere, sia pure indirettamente, per la prassi giurisprudenziale italiana in materia. Sotto questo profilo, infatti, il parere in esame (e, ancora di più, la prassi applicativa nazionale che seguirà sul tema nel prossimo futuro, sia in Francia, nel quadro della procedura di *follow-up* del parere, sia, soprattutto, negli altri Stati contraenti della CEDU, parti o meno del Protocollo) pone l'esigenza di operare un confronto con il più recente orientamento espresso dalla Corte di legittimità in Italia in questo settore. Il parere consultivo della Corte di Strasburgo, infatti, precede di circa un mese l'attesa sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'8 maggio 2019 n. 12193, con la quale la Suprema Corte italiana ha negato il riconoscimento di un provvedimento straniero attestante la co-genitorialità legale in favore del genitore committente-non biologico nel quadro di un progetto genitoriale condiviso da una coppia maschile dello stesso sesso.

<sup>6</sup> Da un punto di vista comparatistico si veda lo studio elaborato in materia di maternità surrogata dal Parlamento europeo "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States", reperibile all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403). Si vedano inoltre, tra gli studi complessivi del fenomeno a livello nazionale: G. KOVACEK-STANIC, *State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach*, in *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *General Report on Surrogacy*, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 441 ss.

<sup>7</sup> In generale, sul tema della continuità internazionale degli *status* familiari si rinvia a: R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, vol. 348, 2010; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours*, 2019, vol. 395; P. LAGARDE (a cura di), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani dir. int.*, 2016, p. 49 ss.

<sup>8</sup> Sul tema si rinvia a: H. FULCHIRON, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale*, in *Journal du Droit International*, 2012, p. 563 ss.; C.P. KINDREGAN, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss.; D. SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Journal du droit international*, 2015, p. 429 ss.;

## **2. Natura dei pareri consultivi resi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e incertezza dell'iter legislativo italiano verso la ratifica del Protocollo addizionale n. 16**

Il Protocollo n. 16 alla CEDU estende la competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo – già prevista, su richiesta del solo Comitato dei ministri, alle ristrette condizioni stabilite dagli Articoli 47-49 della Convenzione –<sup>9</sup> stabilendo che la Grande Camera della Corte, su richiesta delle più alte autorità giurisdizionali degli Stati parti, possa rendere un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, allorquando penda dinanzi al giudice richiedente una controversia per la cui risoluzione sia necessario ottenere indicazioni da parte della Corte circa la portata degli obblighi di tutela convenzionali rilevanti.<sup>10</sup>

L'idea di ampliare il perimetro della competenza consultiva della Corte di Strasburgo costituisce il frutto di lunghi negoziati volti alla riforma del sistema giurisdizionale della CEDU, nell'intento di ovviare alle crescenti difficoltà di funzionamento della Corte EDU, legate, in particolare, al sovraccarico di lavoro.

Una prima proposta del 15 novembre 2006 elaborata dal Comitato dei saggi, appositamente nominato dal Consiglio d'Europa nella seduta di Varsavia del 15-16 maggio 2005,<sup>11</sup> aveva suggerito di introdurre nel sistema convenzionale un nuovo meccanismo che consentisse al giudice nazionale di richiedere preventivamente l'interpretazione delle disposizioni convenzionali. Successivamente, la dichiarazione finale della Conferenza di Smirne del 26-27 aprile 2011 sul futuro della Corte di Strasburgo aveva auspicato un processo di riforma del sistema invitando il Comitato dei Ministri a considerare l'opportunità di introdurre una procedura di richiesta di pareri consultivi. La Conferenza di Brighton dell'aprile 2012 aveva quindi invitato il Comitato dei Ministri ad adottare un Protocollo facoltativo alla Convenzione europea entro la fine del 2013. La stessa Corte di Strasburgo aveva contribuito al

<sup>9</sup> Essa risulta limitata sia sul piano della legittimazione attiva, essendo abilitato a chiedere pareri consultivi solo il Comitato dei ministri, sia sul piano dell'oggetto della richiesta di parere, potendo quest'ultima vertere solo su "questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli" (art. 47, par. 1, CEDU) e non su "questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli, né su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione" (art. 47, par. 2, CEDU). Cfr. P. PROLI, *Articoli 47, 48, 49, 50*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 765 ss.

<sup>10</sup> Art. 1 del Protocollo n. 16.

<sup>11</sup> Rapporto del Gruppo di saggi al Comitato dei ministri in data 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203.

dibattito elaborando uno specifico “*Document de réflexion*” sul punto.<sup>12</sup> Il Protocollo n. 16 è stato, infine, adottato dal Comitato dei Ministri il 10 luglio 2013 e aperto alla firma il 2 ottobre dello stesso anno.

La prospettiva della creazione di una nuova forma di dialogo istituzionalizzato tra corti, al fine del rafforzamento della protezione dei diritti umani a livello europeo, ha attratto, fin da subito, l'interesse della dottrina, alimentando anche in Italia un crescente dibattito sulle prospettive di tutela derivanti dalla futura adesione del nostro Paese allo strumento nonché sulle criticità, sostanziali e formali, del nuovo meccanismo processuale, anche nell'ottica del sistema giuridico interno. Assai ricca è quindi la letteratura dedicata alla disamina, in astratto, dei vari aspetti del nuovo strumento di consultazione della Corte EDU.<sup>13</sup> Ai fini del presente scritto, ci limiteremo soltanto a ripercorrere le caratteristiche principali del nuovo modello processuale, prima di esaminare i contenuti e le implicazioni giuridiche del primo parere consultivo reso della Corte.

Il nuovo dialogo tra corti stabilito dal Protocollo n. 16 si realizza secondo una formula *lato sensu* riconducibile per assonanza (ma tutt'altro che identica) a quella operante nel quadro dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea (UE) tra autorità giudiziarie degli Stati membri e Corte di giustizia UE: il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE.<sup>14</sup> I due

<sup>12</sup> Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, reperibile su [https://www.echr.coe.int/Documents/2013\\_Courts\\_advisory\\_jurisdiction\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf).

<sup>13</sup> Senza pretesa di esaustività ci limitiamo a segnalare: 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*, Milano, 2015; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.; L.A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 9 ss.; G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*; N. EGERIA, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.; D. VIGONI, *Entra in vigore (ma non per l'Italia) il Protocollo n. 16 alla CEDU che consente di richiedere alla Corte EDU un parere consultivo*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2018, p. 6 ss.

<sup>14</sup> Sulle analogie e differenze tra la richiesta di parere consultivo qui in esame e il rinvio pregiudiziale si vedano in particolare: P. GRAGL, *(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no 16*, in *European Law Review*, 2013, p. 229 ss.; J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastrich Journal Eur. Comp. Law*, 2014, p. 630 ss.; T. VOLAND., B. SCHIEBEL,

meccanismi di ricorso indiretto pur presentando evidenti affinità strutturali, quale, innanzitutto, la natura incidentale del procedimento, divergono sensibilmente sotto molteplici aspetti.<sup>15</sup>

Il parere consultivo mira, in generale, a consentire un meccanismo di cooperazione tra le più alte giurisdizioni nazionali degli Stati contraenti con la Corte di Strasburgo, al fine di rafforzare il rispettivo ruolo nel campo della tutela dei diritti umani, in conformità con il principio di sussidiarietà proprio del sistema della CEDU. In termini più concreti, la possibilità offerta ai più autorevoli organi giudiziari nazionali di richiedere pareri preventivi (precedenti la definizione della controversia pendente dinanzi agli stessi: nomofilachia preventiva) intende offrire al giudice *a quo* i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione già durante l'esame della causa pendente, evitando, in via di principio, un successivo ricorso dinanzi alla Corte EDU da parte degli individui che si ritengono lesi nei propri diritti fondamentali nell'ambito del procedimento nazionale. È di tutta evidenza, pertanto, come il nuovo meccanismo convenzionale persegua una finalità primariamente deflattiva del carico di lavoro della Corte, parallelamente all'obiettivo, anch'esso generale, del rafforzamento del livello di tutela dei diritti convenzionali.

Da un punto di vista strettamente procedurale la richiesta di parere può sorgere solo quando dinanzi alle autorità nazionali designate penda un giudizio per la cui definizione si rendano necessari indirizzi interpretativi da parte della Corte di Strasburgo (carattere incidentale della richiesta di parere).<sup>16</sup> Ciò evidenzia come la domanda non debba essere formulata in astratto, ma in concreto, alla luce della specifica situazione di specie, così da modellare su di essa i principi sanciti, in via generale, dalla Convenzione. La giurisdizione richiedente dovrà a tal fine motivare adeguatamente la richiesta

*Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.

<sup>15</sup> Le differenze principali riguardano la legittimazione attiva, essendo il parere consultivo della Corte europea limitato alle richieste delle sole più alte giurisdizioni; il carattere facoltativo della richiesta (atteso che il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE stabilisce tendenzialmente l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e la facoltà per i giudici non di ultima istanza, con talune eccezioni) e, soprattutto, la natura non vincolante del parere (com'è noto, infatti, la decisione resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia dell'UE è vincolante sia per la giurisdizione nazionale che ha richiesto il rinvio sia per tutte le altre giurisdizioni degli Stati membri). Sull'ulteriore questione della prospettata incidenza negativa del meccanismo previsto dal Protocollo n. 16 (in termini di pregiudizio all'autonomia e all'efficacia del rinvio pregiudiziale) rispetto al fallito progetto di adesione dell'Unione europea alla CEDU si rinvia a N. LAZZERINI, "Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, p. 1 ss., spec. pp. 15-17.

<sup>16</sup> Protocollo n. 16, articolo 1, par. 2.

di parere, producendo gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.<sup>17</sup>

Sotto il profilo della legittimazione attiva, il Protocollo circoscrive il potere di richiedere i pareri soltanto alle “più alte giurisdizioni di un’Alta Parte contraente, designate conformemente all’articolo 10”, ossia alle autorità giudiziarie poste al vertice del sistema giudiziario nazionale. Il limitato novero degli organi nazionali legittimati a sollevare i quesiti alla Corte mira a evitare la proliferazione di domande, contenendo il rischio di un indebito aggravio di lavoro per la Corte EDU. Spetta a ciascuna Parte contraente indicare, al momento della ratifica, le giurisdizioni interne a ciò abilitate: il Protocollo lascia ampia discrezionalità in proposito ai singoli Stati, in modo da valorizzare le specificità dei singoli sistemi giudiziari. Tale libertà è tuttavia condizionata sia dal requisito della natura giudiziaria e non meramente amministrativa dell’organo interessato sia dall’esigenza che tale autorità sia chiamata a esprimersi su giudizi ove possano sorgere questioni di principio relative all’interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti dalla Convenzione.<sup>18</sup>

La richiesta del parere consultivo è meramente facoltativa, a differenza di quanto previsto, invece, dal rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TFUE: le autorità giudiziarie competenti infatti non sono mai obbligate a richiedere un parere consultivo. La natura facoltativa dello strumento è ulteriormente rafforzata dalla possibilità offerta all’autorità giudiziaria richiedente di ritirare la domanda in qualsiasi momento.

Più complesso è il profilo attinente alla definizione dell’oggetto delle possibili richieste di parere consultivo. L’art. 1 del Protocollo n. 16, infatti, limita le tipologie di questioni rilevanti alle sole “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli”. Come già precisato dal *Document de réflexion*, la formula menzionata intende riferirsi alle questioni più importanti relative all’interpretazione e all’applicazione della Convenzione, riguardanti, dunque, come già proposto dal Gruppo dei saggi nel 2006<sup>19</sup> “des questions de principe ou d’intérêt général relatives à l’interprétation de la Convention ou de ses Protocoles”.<sup>20</sup> Il rapporto esplicativo del Protocollo segnala che tale formula è stata a sua volta ispirata, sostanzialmente, dall’art. 43, par. 2, della Convenzione, concernente la possibilità di rinvio alla Grande

<sup>17</sup> Protocollo n. 16, articolo 1, parr. 2 e 3.

<sup>18</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni di A. PAPROCKA, M. ZIÓLKOWSKI, *Advisory opinions under Protocol No 16 to the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, n. 11, p. 274, spec. 278-284.

<sup>19</sup> Rapporto del Gruppo di saggi al Comitato dei ministri in data 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, par. 86.

<sup>20</sup> Document de réflexion, cit., par. 27.

Camera. La formula impiegata può tuttavia esporsi a difficoltà interpretative non essendo agevole, in generale, definire con esattezza il rango di importanza delle questioni giuridiche in rilievo ogniqualvolta sia in gioco la tutela dei diritti fondamentali.

Spetterà certamente alla Corte fornire indicazioni più chiare via via che la prassi applicativa del Protocollo prenderà forma, in particolare attraverso il giudizio preliminare del collegio dei cinque giudici, incaricati di valutare la ricevibilità di una richiesta di parere consultivo.<sup>21</sup> Tra di esse possono rientrarvi, ad esempio, le controversie che segnalano un problema sistemico o strutturale nella violazione di norme convenzionali in uno Stato contraente, potenzialmente destinate a sfociare in “decisioni pilota” della CEDU.

Del resto, nel *Document de réflexion* della Corte è stato ipotizzato che: “Les affaires concernant des questions de principe ou d’intérêt général sur lesquelles il pourrait être rendu des avis consultatifs pourraient aussi englober celles qui concernent la compatibilité avec la Convention d’une loi, d’une règle ou d’une interprétation constante d’une loi par un tribunal. Toutefois, il ne devrait pas s’agir pour la Cour de procéder à un examen abstrait de la législation: la procédure d’avis consultatif devrait être limitée aux questions se posant dans les affaires contentieuses où sont en jeu des droits individuels.”<sup>22</sup> Di conseguenza, le domande di parere consultivo potrebbero essere previste e accettate per un buon numero di questioni di principio o di interesse generale relativo all’applicazione della Convenzione, come quelle che sono solitamente sollevate dinanzi alla Grande Camera, ai sensi dell’art. 43 della CEDU, o davanti alle sezioni semplici, nelle cause di principio.

Anche l’espressione “interpretazione o all’applicazione”<sup>23</sup> dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli ha suscitato perplessità tra i commentatori. Essa sembra richiamarsi direttamente all’endiadi impiegata dall’art. 32 CEDU ove è definita la competenza contenziosa della Corte. Tale norma, nel far riferimento alle questioni “concernenti l’interpretazione e l’applicazione”<sup>24</sup> della Convenzione e dei suoi Protocolli intende distinguere tra questioni di applicazioni in concreto e questioni di pura interpretazione.<sup>25</sup> Tuttavia, l’utilizzo della congiunzione disgiuntiva “o” nell’art. 1 del Protocollo n. 16 consentirebbe alla giurisdizione richiedente di poter sollevare quesiti alla Grande Camera anche in assenza di dubbi

<sup>21</sup> Protocollo n. 16, articolo 2, par. 1.

<sup>22</sup> Document de réflexion, cit., par. 29.

<sup>23</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>24</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>25</sup> V. B. RANDAZZO, *Art. 32*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 620 ss.

interpretativi, rimettendo così alla Corte EDU la decisione del caso concreto, in violazione degli stessi compiti ad essa affidati dal Protocollo.<sup>26</sup>

Nel rivolgere il quesito alla Corte EDU, l'autorità giurisdizionale nazionale è tenuta a osservare quanto indicato nelle apposite Linee Guida sul recepimento della procedura del parere consultivo approvate dalla Corte plenaria.<sup>27</sup> Non deve trattarsi di una questione ipotetica, ma il quesito deve trarre origine da una controversia effettivamente pendente davanti all'autorità giurisdizionale nazionale; l'interpretazione della CEDU e/o dei suoi Protocolli deve essere inoltre necessaria per decidere la controversia pendente dinanzi ad essa.

Nel formulare la richiesta di parere l'autorità giudiziaria nazionale è tenuta a motivare la domanda e a fornire gli elementi rilevanti dei fatti acquisiti nel corso del procedimento, indicando le questioni della Convenzione rilevanti, in particolare i diritti o le libertà invocati. La sospensione del procedimento nazionale non è obbligatoria: spetta dunque all'autorità richiedente decidere in merito, nelle more dell'emissione del parere.

La richiesta di parere è sottoposta ad un esame preliminare di ricevibilità da parte di un collegio di 5 giudici fra i quali figura anche il giudice eletto per il Paese cui appartiene l'autorità giudiziaria richiedente.<sup>28</sup> La Corte può quindi accettare o rigettare la domanda (motivando adeguatamente, nel secondo caso), scoraggiando così le richieste che risultino irricevibili, prima che questa venga sottoposta all'esame della Grande Camera, la quale potrà esprimersi anche attraverso opinioni dissenzienti.<sup>29</sup>

L'elemento più controverso del nuovo meccanismo è rappresentato senza dubbio dall'efficacia giuridica dei pareri.

Occorre distinguere in proposito due profili: da un lato, l'efficacia dei pareri per i giudici nazionali e, dall'altro, l'efficacia dei pareri rispetto alla prassi della CEDU.

Sotto il primo aspetto, l'art. 5 del Protocollo infatti esclude che il parere abbia effetti vincolanti. A tale riguardo, il *Document de réflexion*<sup>30</sup> precisa che

<sup>26</sup> V. ZAGREBELSKI, *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*, Milano, 2015, p. 91 ss., spec. pp. 94-95.

<sup>27</sup> Linee Guida sul recepimento della procedura del parere consultivo introdotta dal Protocollo n. 16 alla Convenzione, approvate dalla Corte plenaria il 18 settembre 2017. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

<sup>28</sup> Protocollo n. 16, art. 2, par. 3. Il giudizio preliminare del collegio dovrà vertere essenzialmente a verificare se la questione sottoposta alla Corte concerne una questione di principio relativa ai diritti e alla libertà garantite dalla CEDU e dai protocolli annessi e se soddisfa i requisiti procedurali stabiliti Protocollo e dal Regolamento della Corte.

<sup>29</sup> Protocollo n. 16, art. 4, par. 2.

<sup>30</sup> *Document de réflexion*, cit., par. 42.

il carattere non vincolante del parere è stato affermato fin dall'opinione espressa dal Gruppo di saggi del 2006 e che esso è perfettamente in linea con l'assenza di efficacia vincolante della funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia, della Corte interamericana dei diritti dell'uomo e della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli.<sup>31</sup>

Si presume, del resto, che gli Stati che abbiano richiesto i pareri tenderanno a conformarvisi. In caso contrario, qualora l'autorità richiedente non dovesse recepire il parere, resterebbe tuttavia impregiudicata la possibilità di attivare dei ricorsi individuali sulla medesima questione.

Rispetto, invece, all'efficacia dei pareri per la prassi della CEDU, la relazione esplicativa del Protocollo precisa che i pareri consultivi, sebbene non vincolanti, integrano la giurisprudenza della Corte, al pari delle sentenze e delle decisioni rese dalla Corte, producendo effetti analoghi ai fini dell'interpretazione delle norme convenzionali: "Les avis consultatifs (...) s'insèrent (...) dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions".<sup>32</sup> È sempre la relazione esplicativa a puntualizzare – con una formula per la verità alquanto sibillina – che i pareri, sia pur privi del carattere vincolante delle decisioni della Grande Camera rese in sede contenziosa, avranno "d'indéniables effets juridiques".<sup>33</sup> Parimenti, il *Document de réflexion* sottolinea che la stessa Corte potrà considerarli come "une jurisprudence valable qu'elle suivrait lorsqu'elle statuerait sur d'éventuelles requêtes ultérieures".<sup>34</sup>

Quanto al rapporto tra la procedura del parere consultivo e il ricorso individuale, il Protocollo non fornisce indicazioni. Esse sono tuttavia ricavabili sia dal Rapporto esplicativo sia dal *Document de réflexion*. In primo luogo, la presentazione di un ricorso individuale non è impedita, in linea generale, dal fatto che la Grande Camera abbia reso in precedenza un parere consultivo sulla medesima questione.<sup>35</sup> In secondo luogo, qualora la giurisdizione richiedente non si sia conformata (integralmente)<sup>36</sup> al parere della Grande Camera i singoli che si reputino lesi nei loro diritti fondamentali

<sup>31</sup> Per un confronto con la funzione consultiva della Corte interamericana sui diritti dell'uomo si veda P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, cit., spec. p. 604-605, in particolare rispetto alla funzione di prevenzione della commissione di violazioni e alla funzione di interpretazione evolutiva del diritto rilevante.

<sup>32</sup> Rapporto esplicativo, cit., par. 27.

<sup>33</sup> Rapporto esplicativo, cit., par. 27.

<sup>34</sup> *Document de réflexion*, cit., par. 44.

<sup>35</sup> Rapporto esplicativo, cit., par. 26 e *Document de réflexion*, cit., par. 45.

<sup>36</sup> Qualora l'autorità giudiziaria richiedente disattenda il parere è tenuta a motivare la propria scelta.

potranno promuovere un ricorso individuale dinanzi alla Corte. Tuttavia, qualora venga proposto un ricorso individuale successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia già stato recepito nell'ordinamento del rinvio gli elementi della domanda giudiziale concernenti le questioni trattate nel parere consultivo dovranno essere dichiarate irricevibili o essere radiate dal ruolo.<sup>37</sup>

Nonostante l'Italia abbia firmato tempestivamente il Protocollo n. 16, essa non ha ancora provveduto a ratificarlo. L'esito dell'*iter* legislativo per la ratifica e l'esecuzione dello strumento appare ancora incerto e i tempi di approvazione piuttosto dilatati. Nella scorsa legislatura (XVII), il Governo aveva presentato, il 30 dicembre 2014, un disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16 (d.d.l. 2801),<sup>38</sup> il quale era stato approvato, in prima lettura, dalla Camera dei deputati, il 26 settembre 2017. Esso era stato poi trasmesso al Senato, senza tuttavia essere approvato in via definitiva dal Parlamento.

Un nuovo schema di provvedimento legislativo (d.d.l. 1124)<sup>39</sup> è stato presentato dal Governo successivo nella legislatura attualmente in corso (XVIII), in data 10 agosto 2018. Quest'ultimo, pur riproducendo nella sostanza gli stessi contenuti del precedente disegno di legge, è ancora fermo all'esame, in prima lettura, della Camera dei Deputati.<sup>40</sup> Il testo, in particolare, introduce una nuova ipotesi di sospensione facoltativa dei processi dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali<sup>41</sup> e designa come autorità legittimate a richiedere il parere consultivo, rispettivamente la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.<sup>42</sup> A differenza del testo originario del primo disegno di legge, l'art. 3, 3° comma, del DDL 1124

<sup>37</sup> Rapporto esplicativo, cit., par. 26.

<sup>38</sup> Disegno di legge n. 2801, *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.*

<sup>39</sup> Disegno di legge n. 1124, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.* Il d.d.l. consta di 4 articoli: articolo 1 (autorizzazione alla ratifica), articolo 2 (ordine di esecuzione), articolo 3 (sospensione del processo), articolo 4 (entrata in vigore).

<sup>40</sup> L'esame in Commissione è iniziato il 23 gennaio 2019.

<sup>41</sup> Art. 3, 2° comma, d.d.l. n. 1124: "Nei casi di cui al comma 1, il giudice può disporre che il processo sia sospeso fino alla ricezione del parere consultivo della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo". Si veda, in tal senso, anche l'art. 3, 2° comma, d.d.l. n. 2801.

<sup>42</sup> Art. 3, 1° comma, d.d.l. n. 1124. Le stesse autorità figuravano anche nell'art. 3, 1° comma, d.d.l. n. 2801.

rimette alla Corte Costituzionale il potere di stabilire se essere abilitata o meno a presentare richieste di parere alla Corte EDU, prevedendo che essa possa provvedere “con proprie disposizioni all’applicazione del Protocollo di cui al comma 1”. La norma attribuisce così autonomia normativa al Giudice delle leggi, da esprimersi mediante regolamento, in conformità agli articoli 14 e 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87. La dottrina<sup>43</sup> ha espresso un’opinione tendenzialmente favorevole ad includere la Corte costituzionale tra le autorità giurisdizionali abilitate a tale strumento, in coerenza con quanto già effettuato da altri Paesi.<sup>44</sup> Non è un caso che lo scorso gennaio sia stata proprio la Corte Costituzionale a rivolgere un formale invito al Parlamento affinché fosse accelerato il processo di approvazione della legge di ratifica e di attuazione del Protocollo n. 16 alla CEDU,<sup>45</sup> nella prospettiva del rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali.

### **3. I fatti di specie, la sentenza *Menesson c. Francia* e i quesiti sollevati dalla *Cour de Cassation***

Il parere consultivo in esame si colloca all’interno di un consolidato filone giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, la quale, a partire dal 2014, si è più volte pronunciata sul tema del bilanciamento tra il margine di apprezzamento degli Stati contraenti in sede di riconoscimento dell’efficacia dello *status filiationis* formato all’estero, in base alla legge locale, di minori nati da maternità surrogata e l’esigenza di tutelare il diritto di questi ultimi alla vita privata e familiare quale sancito dall’art. 8 CEDU.

La domanda di parere consultivo proposta dalla *Cour de Cassation* francese è stata sollecitata dall’incertezza lasciata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo circa la questione del trattamento giuridico dello *status* del genitore intenzionale-*non* biologico, ossia del genitore committente intenzionato a realizzare un progetto parentale non

<sup>43</sup> Sulla legittimazione della Corte Costituzionale a richiedere pareri consultivi alla Corte EDU e sui profili problematici legati all’attivazione della nuova competenza si rinvia al ricco commento (anche in chiave comparatistica) di O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2014, p. 2 ss.

<sup>44</sup> Dubbi e perplessità su questa formula sono stati espressi da M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU)*, cit., p. 24. Occorre segnalare che già nella Legislatura precedente, nel corso della seduta dell’Assemblea della Camera dei deputati del 26 settembre 2017, era stato approvato un emendamento volto ad inserire nell’art. 3 del d.d.l. 2801 il seguente comma: “[I]a Corte costituzionale può provvedere con proprio regolamento sull’applicazione del Protocollo di cui al comma 1 in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87”.

<sup>45</sup> Comunicato dell’11 gennaio 2019, Intitolato “*Dialogo tra Corti*” *Per la piena tutela dei diritti fondamentali il Parlamento Approvi Il “Protocollo 16” per rafforzare il dialogo*” reperibile su [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20190111163258.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf).

praticabile per via naturale, ma privo di qualsiasi legame genetico o biologico con il minore.

In particolare, la richiesta di parere consultivo della *Cour de Cassation* è sorta nell'ambito del procedimento giurisdizionale di *follow-up* volto all'esecuzione in Francia della pronuncia della Corte di Strasburgo resa nel caso *Mennesson c. Francia* il 26 giugno 2014, che costituisce il *leading case* nella materia *de quo* unitamente al caso gemello ad essa riunito: *Labassee c. Francia*.<sup>46</sup>

Questi in breve i fatti di causa. Le gemelle Mennesson erano nate in California a seguito del ricorso a maternità surrogata gestazionale (di tipo solidaristico)<sup>47</sup> da parte di una coppia coniugata, eterosessuale, di cittadini francesi, la quale non poteva avere figli per problemi di infertilità. Solo il padre intenzionale era anche il padre biologico delle bambine avendo quest'ultimo messo a disposizione il proprio materiale genetico per la formazione degli embrioni – tramite fecondazione *in vitro* con ovocita di donatrice anonima – poi successivamente impiantati nell'utero della madre surrogata. A seguito della nascita delle bambine, quest'ultima, in ottemperanza agli accordi contrattualmente assunti, aveva rinunciato a vantare qualsiasi pretesa genitoriale sulle minori; le autorità californiane avevano quindi emesso, in conformità alla legge locale, due certificati di nascita attestanti la co-genitorialità sulle gemelle di entrambi i genitori intenzionali. Tuttavia, al rientro della famiglia in Francia, le autorità francesi (amministrative, prima, e giudiziarie, poi)<sup>48</sup> avevano negato il riconoscimento dello *status filiationis* dei genitori committenti, impedendo la trascrizione dei relativi certificati di nascita nei competenti registri di stato civile, sulla scorta

<sup>46</sup> Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, (ricorsi n. 65192/11 e 65941/11), *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* con nota di J. GUILLAUMÉ in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.; L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss.; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 523 ss.; P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_jurisprudence\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_in\\_the\\_area\\_of\\_cross-border\\_surrogacy.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf); M. WELLS-GRECO, H. DAWSON, *Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, vol. 16, p. 315 ss.; R. BARATTA, *Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 413 ss.

<sup>47</sup> Conformemente al diritto dello Stato della California, la madre surrogata non aveva ricevuto alcun compenso ma solo il rimborso delle spese mediche sostenute durante la gravidanza.

<sup>48</sup> *Cour de Cassation*, Prima Camera Civile, sentenza 6 aprile 2011 (ricorso n. 10-19.053) e Prima Camera Civile, sentenza 13 settembre 2013 (ricorso 12-30.138).

dell'inderogabile divieto di ricorrere alla maternità surrogata imposto dal diritto francese (limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico).<sup>49</sup>

Dopo aver esaurito tutti i possibili rimedi di diritto interno dinanzi ai tribunali francesi, i coniugi Mennesson e le loro figlie si erano quindi rivolti alla Corte EDU, lamentando la violazione del diritto al rispetto della vita familiare e privata, quale garantito dall'articolo 8 della CEDU, asserendo che il rifiuto di riconoscere il loro vincolo familiare costituiva un'interferenza illegittima ai sensi del par. 2 della suddetta disposizione.

Muovendo dalla premessa che gli Stati contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento in relazione alla maternità surrogata, a causa della mancanza di consenso in materia tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e delle delicate implicazioni etiche e morali sottese a siffatta pratica,<sup>50</sup> la Corte di Strasburgo ha valutato la proporzionalità dell'ingerenza sul diritto invocato rispetto allo scopo da essa perseguito (*ex art. 8, par. 2, CEDU*) alla luce dell'obbligo degli Stati contraenti di garantire il principio dell'interesse superiore del minore. Quest'ultimo, sancito dall'art. 3, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, assume infatti un ruolo prioritario ogni qualvolta la filiazione venga in rilievo.<sup>51</sup>

Nelle sentenze *Mennesson e Labassee* la Corte di Strasburgo è giunta così a escludere che vi fosse stata una violazione dell'articolo 8 della CEDU da parte delle autorità francesi rispetto al diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare, atteso che tutte le difficoltà pratiche derivanti dal mancato riconoscimento in Francia del rapporto genitoriale stabilito negli Stati Uniti, pur essendo reali, non erano comunque insormontabili.<sup>52</sup> Pertanto, in

<sup>49</sup> Art. 16-7 del *Code civil*: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle." Tale norma è definita di ordine pubblico dall'art. 16-9 dello stesso codice.

<sup>50</sup> La risoluzione (2015/2229(INI)) del Parlamento europeo sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia (par. 115) ha, ad esempio, condannato la maternità surrogata giudicandola lesiva dei diritti e della dignità della donna, a causa dello sfruttamento del corpo umano per fini riproduttivi e il legame con interessi di carattere economico. In senso analogo, nel 2016 la Commissione Affari Sociali del Consiglio d'Europa ha respinto il cd. Rapporto DE SUTTER, *Human Rights and Ethical Issues related to surrogacy*, favorevole al riconoscimento della pratica procreativa. Parimenti negativa è stata in Italia la presa di posizione del Comitato per la Bioetica, *Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso*, del 18 marzo 2016.

<sup>51</sup> *Mennesson c. Francia*, par. 81; *Labassee c. Francia*, par. 60. Per una disamina complessiva della rilevanza del principio del superiore interesse del minore nel contesto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, p. 87-110.

<sup>52</sup> Ogni volta che l'accesso a un diritto o a un servizio in Francia richiedeva la prova del rapporto di filiazione, i ricorrenti erano infatti obbligati a produrre i documenti dello stato civile californiano, accompagnati da una traduzione giurata. Inoltre, non avendo le minori ottenuto la cittadinanza francese, i trasferimenti da uno Stato all'altro risultavano complessi e vi erano incertezze sulla futura

relazione a tale segmento del diritto convenzionale in rilievo, lo Stato convenuto aveva assicurato un ragionevole equilibrio tra i diversi interessi in gioco, nel rispetto del proprio margine di apprezzamento. Al contrario, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 8 in relazione al diritto delle minori (e non anche dei genitori intenzionali) al rispetto della loro vita privata, posto che tale prerogativa implica il diritto di ciascun individuo di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, ivi compreso il proprio rapporto di filiazione.<sup>53</sup> Secondo la Corte, infatti, il diniego del riconoscimento della responsabilità genitoriale aveva gravemente minato l'identità delle bambine in seno alla società francese, condannandole ad uno stato di incertezza giuridica, non potendo, in particolare, queste ultime acquisire, in base alla legge dello Stato di origine, né la nazionalità francese né i diritti successori nei riguardi dei genitori intenzionali.<sup>54</sup>

Il principio di diritto enunciato nelle sentenze *Mennesson* e *Labassee* non comporta tuttavia un obbligo generale e assoluto di riconoscimento dello *status* straniero, applicabile in modo automatico rispetto a *entrambi* i genitori intenzionali. La conclusione raggiunta dalla Corte EDU nei due casi sopra citati, infatti, discende dal valore prioritario attribuito alla realtà biologica del rapporto di filiazione, ossia, nel caso di specie, dalla sussistenza di un legame genetico tra il padre committente e le minori coinvolte,<sup>55</sup> il quale, a sua volta, è valorizzato alla luce del superiore interesse dei minori interessati, ossia della piena formazione della loro identità. La realtà biologica, dunque, deve sempre prevalere, in forza del *best interest of the child*, anche quando essa sia stata ottenuta attraverso un progetto di "genitorialità sociale" realizzato all'estero tramite la conclusione di un accordo di maternità surrogata,

stabilità dell'unità familiare. Sussistevano parimenti dubbi circa la prosecuzione della vita familiare in caso di morte di uno dei padri biologici o di separazione dei genitori.

<sup>53</sup> *Mennesson c. Francia*, par. 96; *Labassee c. Francia*, par. 75. Nel valutare la questione, la Corte ha applicato i principi già elaborati in *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* e *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, casi in cui la Corte EDU era stata chiamata a verificare la compatibilità della Convenzione con il rifiuto, rispettivamente, dei tribunali lussemburghese e greco, di riconoscere due adozioni legalmente stabilite all'estero. Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (ricorso n. 76240/01), par. 123. Si veda in proposito P. KINSCH, *La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, No. 4, p. 817. Corte EDU, sentenza del 3 maggio 2001, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (ricorso n. 56759/08), par. 58. Si veda P. FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

<sup>54</sup> *Mennesson c. Francia*, par. 80; *Labassee c. Francia*, par. 59.

<sup>55</sup> *Mennesson c. Francia*, par. 100; *Labassee c. Francia*, par. 79: "This analysis takes on a special dimension where, as in the present case, one of the intended parents is also the child's biological parent. Having regard to the importance of biological parentage as a component of identity ... it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established and the child and parent concerned demand full recognition thereof".

consentito dalla legge locale straniera ma vietato dalla legge interna dello Stato di origine del genitore.

L'importanza del legame genetico tra il genitore intenzionale e i minori nati a seguito di gestazione per altri ai fini dell'obbligo di riconoscimento dello *status* familiare straniero trova riscontro anche nella prassi successiva della Corte di Strasburgo.

Ciò emerge, in primo luogo, dall'analisi del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*,<sup>56</sup> ove era stato chiesto alla Corte europea dei diritti dell'uomo di valutare la compatibilità con la CEDU del rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri di stato civile il certificato di nascita straniero di un minore nato a Mosca a seguito di maternità surrogata gestazionale (e commerciale), per sua contrarietà all'ordine pubblico italiano, e il conseguente allontanamento del minore dai genitori committenti (con successiva dichiarazione dello stato di adottabilità del bambino). Nel caso di specie, una coppia di coniugi italiani, ormai in età avanzata, dopo alcuni tentativi infruttuosi di fecondazione assistita, aveva presentato domanda di adozione in Italia di un minore ai sensi della legge n. 184/1983, ottenendo un'autorizzazione ad adottare, ma non minori in tenera età. I due cittadini italiani si erano quindi rivolti ad una clinica privata russa con l'intento di aggirare il divieto di maternità surrogata stabilito dall'art. 12, 6° comma, della legge n. 40/2004 recante norme in materia di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, al rientro in Italia con il neonato, l'ufficiale di stato civile italiano del comune di residenza della famiglia aveva rifiutato il riconoscimento del certificato di nascita rilasciato dalle autorità amministrative russe per motivi di ordine pubblico. Erano stati quindi avviati vari procedimenti interni, di natura anche penale (per i reati di falsa attestazione e per la violazione della legge sulle adozioni), a carico della coppia committente, nel corso dei quali era emersa, tramite l'esame del DNA, l'assenza di qualsiasi legame genetico tra i genitori intenzionali ed il minore. Non potendosi pronunciare sulla domanda relativa alla riconoscibilità del rapporto di filiazione in Italia per motivi strettamente procedurali, non avendo i ricorrenti preventivamente esaurito tutti i rimedi di diritto interno sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa soltanto sulla seconda doglianza del ricorso.

Con una prima decisione, la seconda sezione della Corte di Strasburgo ha ritenuto che la misura dell'allontanamento del minore dai genitori committenti (con conseguente affidamento ad una casa famiglia e nomina di un tutore) costituisca una violazione dell'art. 8 della CEDU (in particolare, del diritto al rispetto della vita privata del minore), rappresentando una

<sup>56</sup> Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza, 27 gennaio 2015 e sentenza della Grande Camera, 24 gennaio 2017.

soluzione estrema che poteva essere giustificata soltanto in caso di pericolo grave e imminente per il minore e che, nella fattispecie, risultava contraria al superiore interesse del bambino.<sup>57</sup> Successivamente, la Grande Camera,<sup>58</sup> pronunciandosi sulla questione in conformità all'articolo 43 della CEDU, ha capovolto l'esito del giudizio della Sezione semplice, escludendo che vi fosse stata qualsiasi violazione del suddetto obbligo convenzionale. Allontanando infatti il minore dalla coppia committente le autorità italiane avevano operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, tutelando l'interesse superiore del minore ed evitando il consolidamento di una situazione familiare creata all'estero in modo fraudolento. La Grande Camera ha altresì valorizzato la particolare brevità del legame della permanenza del minore con i genitori intenzionali e l'assenza di qualsiasi legame biologico tra il minore e i genitori intenzionali, essendo stato il piccolo concepito con fecondazione doppiamente eterologa, cioè con gameti maschili e femminili provenienti da donatori anonimi.

Più di recente, la Corte EDU ha confermato l'obbligo di riconoscimento dello *status filiationis* creato all'estero tramite gestazione per altri rispetto a un *single*-padre intenzionale biologico dei minori interessati.<sup>59</sup> La giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo è parsa così dare peso esclusivamente al legame genetico tra il nato a seguito di maternità surrogata e il padre committente, nell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dall'orientamento sessuale del genitore coinvolto, ciò che giustifica la possibilità di addivenire ad analoghe soluzioni, pur in assenza allo stato di ricorsi individuali sul punto, anche rispetto al riconoscimento di *status filiationis* derivanti da una coppia dello stesso sesso ove il padre intenzionale sia anche il padre genetico del minore. Principio quest'ultimo

<sup>57</sup> Sentenza del 27 gennaio 2015. In proposito si veda il mio commento O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.; nonché S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.

<sup>58</sup> Sentenza del 24 gennaio 2017. Su di essa si veda il commento di L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SidiBlog* al seguente indirizzo <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>.

<sup>59</sup> Corte EDU, sentenza 21 luglio 2018, *Bowet e Foulon c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e n. 10410/14, ove la Corte EDU ha applicato il principio *Mennesson/Labassee* al di fuori del contesto di un matrimonio eterosessuale, stabilendo il riconoscimento di un rapporto parentale creato in India a seguito di maternità surrogata (solo) a favore del padre genetico, cittadino francese. I certificati di nascita stranieri indicavano la madre surrogata indiana come madre legale dei minori.

che, in effetti, è stato per lo più affermato dalla giurisprudenza nazionale degli Stati contraenti all'indomani delle sentenze *Menesson* e *Labassee*.<sup>60</sup>

Successivamente,<sup>61</sup> la Corte, facendo di nuovo leva sul principio *Menesson/Labassee*, ha rinvenuto una violazione dell'articolo 8 della CEDU in relazione al diritto al rispetto della vita privata in un caso in cui l'ufficiale di stato civile francese aveva rifiutato di trascrivere nel registro competente due certificati di nascita rilasciati dalle autorità ucraine a favore di due bambini nati a seguito di maternità surrogata in Ucraina da parte di una coppia eterosessuale di cittadini francesi.

Da un'attenta analisi delle sentenze *Menesson* e *Labassee* emerge che la violazione dell'articolo 8 della CEDU, relativamente al diritto dei minori al rispetto della vita privata, è derivata sia dal rifiuto di trascrivere i certificati di nascita stranieri nel registro dello stato civile francese sia dall'impossibilità, secondo la giurisprudenza francese, di stabilire la genitorialità legale del genitore intenzionale (e biologico) attraverso qualsiasi altro metodo alternativo.<sup>62</sup>

Tuttavia, le implicazioni giuridiche della prassi menzionata rimanevano incerte. La Corte EDU non aveva chiarito, in particolare, se il riconoscimento della paternità in relazione al padre biologico comportasse anche il riconoscimento della maternità legale per la moglie-madre intenzionale, quando quest'ultima non abbia alcun legame biologico con il minore. Le autorità nazionali degli Stati contraenti si erano trovate dunque di fronte ad un dilemma. Da un lato, il principio *Menesson/Labassee* avrebbe potuto essere interpretato in modo restrittivo, così da derivarne il dovere per le autorità competenti degli Stati contraenti di limitare il riconoscimento del rapporto di filiazione al padre intenzionale-biologico, rifiutando allo stesso tempo lo *status* di genitore legale rispetto alla mera madre intenzionale. Tale interpretazione conduceva così ad un parziale riconoscimento di un rapporto di filiazione, ancorché stabilito interamente e legalmente all'estero: la soluzione di un riconoscimento parziale dello *status* familiare nello Stato di origine appare in effetti coerente con l'esigenza di rispettare il margine di apprezzamento statale espresso dal divieto domestico di ricorrere alla tecnica della maternità surrogata. D'altra parte, il principio *Menesson/Labassee* poteva essere letto in termini più estensivi, così da autorizzare le autorità nazionali dello Stato d'origine a riconoscere lo *status* di entrambi i genitori intenzionali, senza che a ciò si opponesse l'assenza di legame genetico da

<sup>60</sup> Si vedano in Italia: Corte di appello di Trento, ordinanza 23 febbraio 2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 792 ss.; Corte d'Appello di Venezia, ordinanza 16 luglio 2018. E in Germania: *Bundesgerichtshof*, sentenza 10 dicembre 2014 (Az. XII ZB 463/13), in *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 2015, p. 261 ss.; *Bundesgerichtshof*, 5 settembre 2018 (XII ZB 224/17).

<sup>61</sup> Corte EDU, sentenza 19 gennaio 2017, *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13.

<sup>62</sup> *Menesson c. Francia*, par. 100; *Labassee c. Francia*, par. 79.

parte della madre intenzionale (ma pur sempre in forza della presenza di *almeno* un collegamento genetico con i minori, essendo peraltro statisticamente assai elevata la percentuale di casi in cui il nato derivi da una maternità surrogata gestazionale). Ad una tale interpretazione si frapponeva facilmente l'argomento secondo cui una simile apertura avrebbe completamente neutralizzato la politica interna dello Stato del foro in tema di maternità surrogata promuovendo, in definitiva, il superamento del divieto legislativo in materia ed annullando qualsiasi margine di apprezzamento statale. Quest'ultimo, come visto, può certamente subire restrizioni imposte dall'esigenza di tutelare diritti fondamentali contrapposti, ma non può essere completamente oltrepassato.

All'indomani delle sentenze *Mennesson e Labassee*, la Corte di Cassazione francese ha modificato il proprio indirizzo interpretativo riconoscendo che le norme di stato civile applicabili alla fattispecie (rispettivamente, l'art. 47 del *Code Civil* e l'art. 7 del decreto del 3 agosto 1962) dovevano essere interpretate alla luce della CEDU, consentendo così la registrazione del certificato di nascita di un bambino nato con maternità surrogata all'estero, ma solo quando il padre intenzionale, indicato nel certificato, è anche il padre biologico.<sup>63</sup> Secondo questo rinnovato orientamento, l'esistenza di un accordo di gestazione per altri non esclude di per sé la trascrivibilità in Francia del certificato di nascita redatto all'estero, purché quest'ultimo non sia né irregolare né falsificato e i fatti ivi dichiarati corrispondano alla realtà biologica. Restava, tuttavia, impossibile garantire un analogo riconoscimento nei riguardi della madre intenzionale priva di legami biologici con i minori. Laddove fosse stata sposata con il padre biologico, quest'ultima avrebbe potuto avvalersi della possibilità di adottare il figlio del marito, nel rispetto delle condizioni legislative stabilite dalla normativa francese e purché l'adozione fosse risultata nell'interesse superiore del minore.

Con decisione del 16 febbraio 2018 della *Cour de réexamen des décisions civiles* l'assemblea plenaria della *Cour de Cassation* è stata investita della domanda di riesame del ricorso in cassazione proposto per motivi di diritto dai coniugi *Mennesson* avverso la decisione della Corte di appello di Parigi del 18 marzo 2010 che aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero. L'assemblea plenaria della Corte di Cassazione ha ritenuto

<sup>63</sup> *Cour de Cassation*, Assemblea plenaria, sentenze n. 619 del 3 luglio 2015 (ricorso n. 14-21.323 e 15.50002); *Cour de Cassation*, Prima Camera civile, sentenza n. 824 del 5 luglio 2017 (ricorso n. 15-28.597). In proposito si vedano: M. MEILHA-PERRI, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, vol. 16, p. 275 ss.; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Gestation pour autrui internationale: changement de cap à la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1819 ss.

che la portata del margine di discrezionalità degli Stati parti al riguardo rimaneva incerta alla luce della giurisprudenza della Corte europea e ha così deciso di sospendere il procedimento sul merito del ricorso e di rivolgere alla Corte una richiesta di parere consultivo, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 16.

La *Cour de Cassation*, in particolare, con lettera del 12 ottobre 2018, ha chiesto alla Corte europea dei diritti dell'uomo di chiarire: (1) se, negando la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita di un bambino nato all'estero a seguito di maternità surrogata rispetto alla madre intenzionale in qualità di madre anche legale – allorquando la trascrizione dell'atto è stata ammessa rispetto al padre intenzionale se è anche padre biologico del bambino – lo Stato oltrepassi il proprio margine di apprezzamento stabilito dall'art. 8 CEDU, precisando altresì se la risposta al quesito possa variare nell'ipotesi in cui il bambino sia stato concepito con gameti della madre intenzionale (maternità surrogata tradizionale); (2) e se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, la possibilità per la madre intenzionale non biologica di adottare il figlio del coniuge-padre biologico soddisfi i requisiti di cui all'articolo 8 della Convenzione.

Il 3 dicembre 2018 il collegio di cinque giudici della Grande Camera ha dichiarato ricevibile la domanda, rimettendola così all'esame della Corte.

#### **4. I principi enunciati dalla Corte di Strasburgo in relazione al riconoscimento dello *status* della madre intenzionale di minore nato all'estero tramite maternità surrogata: *nihil sub sole novum?***

La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai quesiti formulati dalla *Cour de Cassation* non desta particolare stupore tra gli studiosi della materia.<sup>64</sup> Essa risulta, per certi aspetti, piuttosto prevedibile alla luce del percorso argomentativo seguito dalla Corte a partire dai casi *Menesson* e *Labassee*, i cui principi di diritto preludevano già, per lo meno in filigrana, all'esito che è stato poi effettivamente raggiunto dalla Grande Camera.

<sup>64</sup> Per alcuni primi commenti si rinvia a 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* reperibile su <http://www.sidiblog.org/2019/05/16/il-riconoscimento-della-genitorialita-a-favore-del-genitore-non-biologico-nel-parere-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo-del-10-aprile-2019>; I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SidiBlog* <http://www.sidiblog.org/2019/05/06/il-primo-parere-reso-dalla-corte-europea-dei-diritti-delluomo-ai-sensi-del-protocollo-n-16-alla-cedu-il-nuovo-strumento-alla-prova-del-dialogo-tra-giudici-sul-delicato-tema-della-maternita/>; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, reperibile all'indirizzo [http://questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata\\_28-05-2019.php](http://questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php).

Con il suo primo parere consultivo quest'ultima ha infatti chiarito, all'unanimità dei suoi membri, che la legislazione nazionale dello Stato richiedente è tenuta a consentire la possibilità di riconoscere la filiazione con la madre intenzionale in forza del diritto del minore al rispetto della vita privata. Tuttavia, l'art. 8 CEDU non impone che tale riconoscimento assuma la forma della diretta trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita emesso all'estero<sup>65</sup> (così come, al contrario, stabilito nei riguardi del padre intenzionale biologico in forza del principio espresso dalle sentenze *Mennesson e Labassee*). In tale ipotesi, secondo il parere consultivo della Corte, il rapporto con la madre intenzionale può essere costituito in modo separato, attraverso modalità interne diverse quale, ad esempio, una domanda di adozione del bambino. Tuttavia, quale che sia la procedura stabilita a tal fine dalla legislazione nazionale, essa deve poter essere attuata nello Stato contraente *rapidamente ed efficacemente*, nel rispetto dell'interesse superiore del minore.<sup>66</sup>

Prima di pronunciarsi sul merito dei quesiti, la Grande Camera ha precisato, in via preliminare, la natura e i confini del proprio mandato ai sensi del Protocollo, chiarendo, in primo luogo, che il nuovo meccanismo procedurale non mira a trasferire la controversia di specie alla Corte, ma piuttosto a fornire all'autorità richiedente indicazioni sulle questioni di rilevanza convenzionale ai fini della definizione del caso di specie.<sup>67</sup> In secondo luogo, essa ha evidenziato che i pareri consultivi devono essere circoscritti ai profili che sono direttamente connessi ai fatti di causa in base al combinato disposto degli articoli 1, par. 1, e 2 del Protocollo: pertanto, il parere non poteva pronunciarsi sulla questione del riconoscimento dello *status* della madre intenzionale quando questa è anche biologicamente legata al minore (maternità surrogata tradizionale),<sup>68</sup> né sul diritto alla vita familiare dei minori o dei genitori intenzionali o sul diritto alla vita privata di questi ultimi.<sup>69</sup>

Chiariti questi aspetti preliminari, la Grande Camera ha quindi riformulato i quesiti sollevati dalla *Cour de Cassation* chiarendo che essa avrebbe risposto alle seguenti domande: 1) se il diritto al rispetto della vita

<sup>65</sup> Parere, cit., par. 53.

<sup>66</sup> Parere, cit., par. 55.

<sup>67</sup> “[T]he Court has no jurisdiction either to assess the facts of a case or to evaluate the merits of the parties’ views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law, or to rule on the outcome of the proceedings. Its role is limited to furnishing an opinion in relation to the questions submitted to it. It is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case”. Parere, cit., par. 25.

<sup>68</sup> Parere, cit., parr. 28 e 29.

<sup>69</sup> Parere, cit., par. 30.

privata dell'art. 8 CEDU, nel contesto di una maternità surrogata gestazionale, nell'imporre il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre intenzionale biologico impone anche il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale-non biologica; 2) e se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, l'art. 8 CEDU richieda che tale riconoscimento avvenga nella forma necessaria della trascrizione nel registro di stato civile o se, al contrario, esso consenta altre tecniche di riconoscimento, quale l'adozione.

Rispetto alla prima questione, la Grande Camera ha ritenuto che l'obbligo convenzionale di offrire una possibilità di riconoscimento al rapporto di filiazione in rilievo discende dalla valutazione combinata di due elementi: il principio del superiore interesse dei minori e il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti nella materia in esame.

Da un lato, la Corte, nel radicarsi sul principio secondo cui, ogni qualvolta la situazione di specie coinvolga un minore, il principio del superiore interesse del minore deve prevalere, rileva che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra un minore nato da maternità surrogata praticata all'estero e la madre intenzionale-non biologica ha conseguenze negative su diversi aspetti del diritto del bambino al rispetto della vita privata.<sup>70</sup> Parimenti è lo stesso principio del superiore interesse del minore ad imporre che la persona giuridicamente incaricata di crescere e accudire il minore possa essere identificata così da garantire la possibilità per il bambino di vivere in un ambiente stabile, adeguato ai suoi bisogni.

La Grande Camera ha inoltre sottolineato che, nel contesto della maternità surrogata, l'interesse superiore del minore non implica soltanto l'esigenza di evitare profili di incertezza giuridica nell'identità del minore (che siano lesivi del suo diritto alla vita privata), ma impone anche di considerare altri fattori di pari rilevanza, che non depongono necessariamente in favore del riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, quali la protezione contro il rischio di pratiche abusive collegate alla maternità surrogata (plasticamente evidenti nel caso *Paradiso e Campanelli*) e la possibilità del minore di conoscere le proprie origini.<sup>71</sup>

Tuttavia, l'obbligo di garantire i *best interests of the child* preclude una generale e assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione rispetto alla madre committente e impone che ciascuna situazione

<sup>70</sup> Tra di essi, vi è, ad esempio, il rischio per il minore di non ottenere la cittadinanza della madre committente, di non poter vantare diritti successori nei riguardi della stessa in caso di suo decesso o di non ricevere alcuna protezione nel caso in cui la madre rifiuti di prendersene cura o cessi di farlo. Parere, cit., par. 40.

<sup>71</sup> Parere, cit., par. 41.

sia esaminata in concreto alla luce delle particolari circostanze del caso in rilievo.<sup>72</sup>

Dall'altro lato, se è pur vero che, in materie come la maternità surrogata, ove l'approccio legislativo statale risulta fortemente frammentato,<sup>73</sup> il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti tende ad essere piuttosto ampio, tuttavia, quando, come nella fattispecie in rilievo, vengono in gioco la questione dell'identità di un individuo e gli altri aspetti della vita privata attinenti all'esigenza di fruire di una crescita sana ed equilibrata in un adeguato ambiente domestico, il margine lasciato agli Stati si riduce,<sup>74</sup> imponendo alle autorità nazionali di garantire una forma di riconoscimento interna del rapporto di filiazione controverso.

Rispetto alla seconda questione, invece, la Grande Camera muove dalla considerazione che il superiore interesse del minore in un caso come quello di specie impone che lo stato di incertezza rispetto alla questione della maternità legale sia risolto nel più breve possibile tempo ("as short-lived as possible"),<sup>75</sup> trovandosi il minore, fino a che non venga riconosciuto il suo *status*, in una situazione di particolare vulnerabilità, rispetto a svariati aspetti del suo diritto alla vita privata.

La Grande Camera precisa inoltre che l'art. 8 CEDU non impone un obbligo generale agli Stati di riconoscere *ab initio* un rapporto di filiazione con la madre intenzionale. Piuttosto tale disposizione richiede che, nel superiore interesse del minore, da accertare in concreto e non in astratto, sia garantito il riconoscimento del legame stabilito legalmente all'estero almeno quando esso sia diventato una "*practical reality*".<sup>76</sup> spetta in via di principio non alla Corte ma *prima e soprattutto* alle autorità nazionali valutare se e quando, nelle concrete circostanze del caso, la suddetta relazione abbia assunto la forma di una realtà pratica.

Ai fini della CEDU non interessa quindi con quale tecnica avvenga il riconoscimento di una tale relazione nello Stato di origine: caso per caso, altri metodi alternativi alla trascrizione del certificato di nascita nel registro di stato civile potranno essere ritenuti adeguati.<sup>77</sup> Ciò che rileva, invece, è che al più tardi quando, in base alle circostanze di ciascun caso, il rapporto tra il bambino e la madre designata sia diventato una realtà pratica esista un

<sup>72</sup> Parere, cit., par. 42.

<sup>73</sup> Sul punto la Grande Camera richiama un ampio studio comparatistico sull'approccio tenuto dagli Stati europei sia sull'ammissibilità della pratica della maternità surrogata (parere, cit., par. 23) sia sui metodi per il riconoscimento del relativo rapporto di filiazione creato all'estero per effetto di maternità surrogata (parere, cit., par. 24).

<sup>74</sup> Parere, cit., parr. 43-46.

<sup>75</sup> Parere, cit., par. 49.

<sup>76</sup> Parere, cit., par. 52.

<sup>77</sup> Parere, cit., par. 53.

meccanismo efficace che consenta di riconoscere quella relazione e che la procedura permetta di prendere rapidamente una decisione, in modo che il minore non sia trattenuto in una situazione di incertezza giuridica: requisiti del “tempestivamente ed efficacemente” (*promptly and effectively*).<sup>78</sup>

Spetterà comunque alle autorità giudiziarie francesi, investite della vicenda di specie e incaricate di esaminare i fatti di causa ai fini della sua risoluzione, stabilire se la forma di riconoscimento consentita nell’ordinamento interessato è compatibile o meno con i requisiti sopra esposti.<sup>79</sup> Il diritto francese, in effetti, facilita l’adozione del figlio del coniuge (*step-child adoption*), la quale è scandita da vari requisiti (tra i quali quello soggettivo secondo cui il genitore adottante deve essere sposato con il genitore biologico) e può assumere la forma sia di un’*adoption plénière* sia di un’*adoption simple*.<sup>80</sup>

Dall’esame del parere consultivo emergono, a mio avviso, tre profili su cui possono essere svolte alcune brevi riflessioni.

In primo luogo, l’aspetto certamente più interessante, anche in una prospettiva generale, è quello legato alla definizione dei limiti oggettivi del mandato che la Grande Camera è legittimata a svolgere nel quadro della nuova funzione di nomofilachia preventiva.

Mentre riguardo ai ricorsi individuali promossi ai sensi dell’art. 34 CEDU, la Corte solitamente modella il proprio ragionamento sui fatti del caso di specie, quando la Corte è chiamata a esercitare la sua funzione consultiva in base al Protocollo n. 16, la Grande Camera non ha giurisdizione né per valutare i fatti del caso, né per decidere l’esito del procedimento.<sup>81</sup>

Tale limitazione non emerge immediatamente dalla lettura dell’art. 1, par. 2,<sup>82</sup> del Protocollo né dalla sua Relazione esplicativa.<sup>83</sup> Essa, tuttavia, compare nelle Linee Guida predisposte dalla Corte: “...the Court has no jurisdiction either to assess, where relevant, the facts of a case or to evaluate the merits of

<sup>78</sup> Parere, cit., parr. 54-55.

<sup>79</sup> Parere, cit., par. 58.

<sup>80</sup> Nel diritto francese l’*adoption simple* differisce dall’*adoption plénière* sotto vari aspetti: in particolare, in relazione ai legami con la famiglia di origine, alla responsabilità parentale, all’acquisto del cognome da parte del minore adottato, ai diritti successori rispetto all’adottante, alle modalità di acquisto della cittadinanza francese e alla revocabilità. A seguito della legge del 7 maggio 2013 (LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), l’adozione del figlio del coniuge (*step-child adoption*) è consentita in Francia anche alle coppie sposate dello stesso sesso.

<sup>81</sup> Parere, cit., par. 25.

<sup>82</sup> “La giurisdizione che presenta la domanda può chiedere un parere consultivo solo nell’ambito di una causa pendente dinanzi ad essa”.

<sup>83</sup> Ove ci si limita ad affermare che “... lo scopo della procedura, che non è quello di trasferire la causa alla Corte, ma piuttosto di conferire all’autorità giudiziaria che presenta la richiesta i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione durante l’esame della causa pendente dinanzi a essa”. Relazione esplicativa al Protocollo n. 16, par. 11.

the parties' views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law or to rule on the outcome of the proceedings. The role of the Court is limited to furnishing an opinion on the requests submitted to it. Ultimately, it is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case".<sup>84</sup>

In questo perimetro circoscritto si inserisce la questione accennata e non trattata della maternità surrogata tradizionale. La Grande Camera ha limitato il proprio parere consultivo ad aspetti direttamente connessi al procedimento pendente a livello nazionale cosicché il parere non poteva occuparsi dell'ipotesi in cui la madre intenzionale sia anche la madre genetica del nato. Tuttavia, nel corso delle proprie argomentazioni di diritto, la Corte si è lasciata sfuggire una considerazione che sembra andare nel senso di imporre un riconoscimento diretto del rapporto di filiazione, probabilmente nella stessa forma consentita per il riconoscimento del padre intenzionale-biologico: "the need to provide a possibility of recognition of the legal relationship between the child and the intended mother applies with even greater force in such a case".<sup>85</sup> Occorre rilevare in proposito che la Corte EDU ha finora ignorato le implicazioni giuridiche della maternità surrogata tradizionale, ipotesi quest'ultima certamente più rara ma non per questo trascurabile. Tale eventualità comporterebbe la riconsiderazione del principio "*mater semper certa est*" che tradizionalmente lega la maternità legale alla gestazione. La Corte, come visto, ha limitato espressamente il suo giudizio all'ipotesi opposta. Si ha così l'impressione che essa restringa eccessivamente lo spazio di utilità del parere preventivo.

In secondo luogo, sarà interessante valutare come l'autorità richiedente effettuerà il giudizio sull'osservanza delle condizioni stabilite dai paragrafi 54 e 55 del parere (tempestività e efficienza), ai fini dell'esame della conformità delle misure alternative alla trascrizione nel registro di stato civile per il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale-non biologica. Sarà importante, in particolare, verificare quale forma di adozione, stabilita dal diritto francese verrà ritenuta compatibile con tali requisiti. Vi è di più. Preliminare all'individuazione di un meccanismo di riconoscimento efficace è, secondo il parere, la valutazione che saranno chiamate a svolgere le autorità nazionali al fine di stabilire se e quando, nelle circostanze concrete del caso, la relazione tra la madre intenzionale-non biologica e il minore è diventata una "realtà pratica".<sup>86</sup> Un aspetto quest'ultimo di complessa e

<sup>84</sup> Linee guida, cit., par. 6. 2.

<sup>85</sup> Parere, cit., par. 47.

<sup>86</sup> Parere, cit., parr. 52 e 54.

incerta rilevazione, sul quale la Grande Camera non ha fornito criteri o minime indicazioni.

Infine, mi sembra parimenti vago il riferimento fatto dal parere ai profili del superiore interesse dei minori (protezione del minore da rischi di abusi derivanti da maternità surrogata e possibilità del minore di conoscere le sue origini)<sup>87</sup> che possono tendere a negare il riconoscimento dello *status*, atteso che il parere non spiega in che modo e quando questi fattori possono prevalere nel giudizio complessivo del riconoscimento.

### **5. La possibile incidenza del parere nell'ordinamento giuridico italiano e il coordinamento con la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193/2019**

Il parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo appare particolarmente interessante nell'ottica dell'ordinamento giuridico italiano, sia perché l'Italia, così come la Francia, vieta espressamente il ricorso alla maternità surrogata, la quale, per usare le parole di un *obiter dictum* della Corte Costituzionale "... offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane ...",<sup>88</sup> sia perché è uno degli Stati contraenti della Convenzione che non sono parte del Protocollo. Dunque, pur nell'affinità della politica legislativa interna radicata sul disvalore di una siffatta pratica procreativa e dell'obbligo comune di rispettare i vincoli convenzionali derivanti dall'art. 8 CEDU in questa materia, le soluzioni raggiunte in tema di riconoscimento dello *status* di figlio nato all'estero a seguito di gestazione per altri potrebbero divergere *anche* in ragione della diversa posizione che le autorità nazionali dei due Paesi terranno rispetto al parere consultivo dello scorso aprile.

La situazione giurisprudenziale italiana in materia di riconoscimento di *status* derivanti da maternità surrogata risulta complessivamente frammentata alla luce degli sviluppi emersi nel corso di questi ultimi anni ed appare ovviamente condizionata dalla giurisprudenza della Corte EDU sopra menzionata.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Parere, cit., par. 41.

<sup>88</sup> Corte Cost., sent. 18 dicembre 2017 n. 272, par. 4.2. In proposito si rinvia a S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

<sup>89</sup> Cfr. sul tema, *ex multis*: A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2018, p. 839 ss.; 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 *Riv. dir. int.*, 2017, p. 1070 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalprivatistici ed europei e sviluppi nazionali. Convegno interinale SIDI di Salerno 18-19 gennaio 2018*, Napoli, p. 137 ss.

Le soluzioni in punto di efficacia dello *status de quo* variano a seconda della natura della fattispecie, ossia, in particolare, delle caratteristiche del genitore intenzionale interessato.

In primo luogo, rispetto al *padre intenzionale-biologico*, sia quest'ultimo eterosessuale o omosessuale, la tendenza giurisprudenziale italiana recente è nel senso di garantire il riconoscimento diretto del certificato straniero di nascita del minore o dell'eventuale provvedimento giurisdizionale straniero che attesta il rapporto di filiazione in applicazione del principio *Mennesson e Labassee*.<sup>90</sup>

Questione ben più complessa è, invece, quella attinente al trattamento giuridico della *madre intenzionale* quando questa è *anche la madre genetica* del minore nato all'estero tramite maternità surrogata. Su questo aspetto manca ancora una prassi interna, a causa invero della rarità dei casi di maternità surrogata tradizionale. In assenza di chiare indicazioni, si potrebbero ipotizzare due vie: o un riconoscimento immediato dello *status* di madre legale della madre intenzionale-genetica alle stesse condizioni consentite per il padre intenzionale-genetico o la necessità di ricostruire lo *status* di madre legale attraverso una domanda di adozione (piena ovvero legittimante, laddove la donna, eterosessuale, sia anche coniugata con il padre biologico).<sup>91</sup> La prima via, in effetti, potrebbe fare leva sul principio di diritto enunciato in tema di tecniche di procreazione medicalmente assistite (PMA) rispetto al riconoscimento in Italia dello *status* stabilito all'estero della madre genetica-non gestante nella sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016.<sup>92</sup> Con tale pronuncia infatti la sezione prima della Suprema

<sup>90</sup> Corte di appello di Trento, ordinanza 23 febbraio 2017, cit.; Corte d'Appello di Venezia, ordinanza 16 luglio 2017, cit.

<sup>91</sup> Com'è noto, in Italia esistono due modelli di adozione. L'adozione "legittimante" o "piena", la quale consente l'adozione (nazionale o internazionale) di bambini in stato di abbandono (art. 6 della legge 184/1983): essa equipara gli adottanti ai genitori naturali e il minore perde ogni rapporto giuridico con i propri genitori biologici. Essa è concessa alle sole coppie eterosessuali sposate. L'adozione "non legittimante" o "non piena" è fondata, invece, è stabilita dall'art. 44, 1° comma, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Essa è concessa "in casi particolari", indicati dalle lettere da a) a d) della norma. A differenza dell'adozione legittimante, l'adozione in casi particolari è stata interpretata nel tempo in modo elastico e risulta accessibile anche ai singoli ed alle coppie eterosessuali non sposate. L'adozione in casi particolare, che deve essere concessa solo se previa valutazione dell'interesse superiore del minore, non consente alcuni effetti derivanti dall'adozione piena, quali, ad esempio, l'instaurazione di un rapporto di parentela con i parenti del genitore adottivo né il diritto all'eredità da parte di quest'ultimo in caso di morte del figlio.

<sup>92</sup> Corte di Cassazione, sentenza 30 settembre 2016 n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813 ss. Tra i molti commenti sulla sentenza si vedano quelli di M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità "same-sex" e minori nati con maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 674 ss.; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 169 ss.; G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della*

Corte ha imposto la trascrizione nei registri di stato civile del comune di Torino di un atto di nascita straniero, validamente formato in Spagna sulla base del diritto spagnolo, concernente un minore nato, tramite PMA, da “due madri” (l’una genetica e l’altra gestante). Le due donne, rispettivamente una cittadina italiana e una cittadina spagnola, si erano sposate in Spagna dove avevano successivamente divorziato. Il minore, in quel caso, risultava legato biologicamente ad entrambe le donne, avendo l’una donato il proprio materiale genetico per la fecondazione con gamete maschile di donatore anonimo e avendo, invece, l’altra portato avanti la gravidanza fino al parto. La Corte di Cassazione ha escluso che il riconoscimento in Italia dello *status* del figlio contrastasse con l’ordine pubblico. Da un lato, infatti, il divieto in Italia di una tale tecnica procreativa non costituisce un principio di ordine pubblico, in quanto le scelte legislative in materia non sono costituzionalmente obbligate.<sup>93</sup> Dall’altro, il principio *mater semper certa est* non assurge al rango di valore costituzionale riconducibile all’ordine pubblico. Non sarebbe neppure rilevante, in senso contrario al riconoscimento, l’argomento secondo cui è fatto divieto in Italia alle coppie omosessuali di avere figli, da dedurre, implicitamente, dall’impossibilità per le coppie dello stesso sesso di generare e allevare figli e quale risultante dalla legge 20 maggio 2016 n. 76 recante la disciplina delle unioni civili e delle convivenze di fatto, nota anche come “legge Cirinnà”, non esistendo un vincolo costituzionale in tal senso e venendo invece in rilievo sia ragioni di non discriminazione sia la libertà dei singoli di autodeterminarsi.<sup>94</sup> Ad una tale apertura si opporrebbe tuttavia un ostacolo: la stessa sentenza infatti distingue tra il caso di specie da essa risolto (la PMA non consentita) e la maternità surrogata affermando che il caso di specie attiene a: “...una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità ... la fattispecie nella quale una donna doni l’ovulo alla propria *partner* (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un’ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un’ipotesi di

*Cassazione*, in *Foro it.*, 2016, p. 3349 ss.; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 185 ss.

<sup>93</sup> Cfr. par. 10.1 della sentenza. Per una critica all’idea di un ordine pubblico costituzionalizzato rinvio al mio scritto O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, cit. Di segno opposto invece: F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 259 ss.

<sup>94</sup> Cfr. par. 12.1 della sentenza. La Corte di Cassazione ha raggiunto tale soluzione valorizzando il principio del superiore interesse del minore, il quale, nel caso di specie, si traduceva nel diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all’estero nei confronti della madre genetica (donatrice dell’ovulo), e nella connessa tutela dell’identità personale e sociale del minore, che altrimenti avrebbe patito pregiudizi e incertezze sul piano giuridico.

genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)",<sup>95</sup> lasciando dunque intendere che l'esito raggiunto dal giudice di legittimità non potrebbe essere trasferito *sic et simpliciter* nel contesto della maternità surrogata. Restano comunque incerte le conclusioni sulla questione qui in rilievo, posto che quanto affermato dalla Cassazione sembra riferirsi ad un'ipotesi di maternità surrogata gestazionale.

Rispetto, invece, al caso di una coppia di *genitori intenzionali entrambi privi di qualsiasi collegamento genetico* con il minore nato all'estero da maternità surrogata, la posizione del giudice di legittimità italiano è netta nell'escludere qualsiasi forma di riconoscimento per contrarietà con l'ordine pubblico. Con sentenza n. 24001/2014<sup>96</sup> la sezione prima della Corte di Cassazione ha negato, infatti, qualsiasi forma di riconoscimento al certificato di nascita straniero del minore, dichiarando lo stato di abbandono del bambino e dunque la sua adottabilità. Nel caso di specie, si trattava in particolare di un minore nato in Ucraina tramite maternità surrogata di tipo commerciale e fecondazione "doppiamente" eterologa. La decisione in esame ha fatto leva sul principio secondo cui il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è di ordine pubblico, essendo posto a presidio di beni giuridici fondamentali.<sup>97</sup> La decisione *de quo*, sia pur resa temporalmente qualche mese dopo i casi *Menesson e Labassee* riespande il margine di apprezzamento discrezionale statale alla luce delle specifiche circostanze del caso di specie. In tal caso, infatti, nessuno dei due genitori, cittadini italiani eterosessuali, coniugati in Italia, era legato biologicamente al figlio e agli stessi era stata più volte negata l'idoneità ad adottare minori. La coppia aveva altresì violato la legge ucraina sulla maternità surrogata, poiché essa impone che il nato abbia un legame genetico almeno con uno dei genitori intenzionali.

Infine, ai fini del riconoscimento dello *status* di *genitore intenzionale-non biologico*, occorre fare riferimento ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale ha negato, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dello *status filiationis* rispetto al genitore

<sup>95</sup> Cfr. par. 10.2 della sentenza.

<sup>96</sup> Corte di Cassazione, sentenza 11 novembre 2014 n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 427 ss.

<sup>97</sup> "Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". Sentenza par. 3.1.

intenzionale-non biologico (*partner* maschile di una coppia sposata dello stesso sesso), offrendo, tuttavia, in tale ipotesi, come via alternativa per assicurare il superiore interesse del minore, la possibilità per il genitore intenzionale di richiedere all'autorità giudiziaria italiana l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. *d*), della legge n. 184/1983.

Con una sentenza lungamente attesa dell'8 maggio 2019 n. 12193, infatti, la Corte di Cassazione italiana ha negato il riconoscimento, per violazione dell'ordine pubblico, di un provvedimento giurisdizionale canadese che attribuiva la co-genitorialità di due minori nati in Canada tramite maternità surrogata gestazionale in favore del genitore intenzionale-non biologico. Il progetto genitoriale riguardava una coppia maschile dello stesso sesso, regolarmente coniugata in Canada, ove uno dei coniugi aveva la cittadinanza italiana. Ribadendo la posizione espressa dalla sentenza n. 24001/2014 sopra citata, le Sezioni Unite hanno confermato che il divieto della maternità surrogata stabilito dalla legge n. 40/2004 deve essere inteso come principio di ordine pubblico, essendo quest'ultimo posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante, costituzionalmente tutelata, e l'istituto dell'adozione, garantito con legge ordinaria (n. 184/1983), il quale rappresenta l'unico mezzo idoneo a costituire in Italia un rapporto di filiazione in situazioni in cui manchi qualsiasi legame biologico tra il minore interessato e i genitori intenzionali. La tutela di tali valori, ritenuti prevalenti sull'interesse concreto dei minori coinvolti, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente e in astratto dal legislatore,<sup>98</sup> non escluderebbe, tuttavia, secondo la Cassazione, la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale intenzionale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, come l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. *d*), della

<sup>98</sup> Merita segnalare, a questo proposito, che le Sezioni Unite hanno raggiunto una tale conclusione attraverso una valutazione del principio del superiore interesse del minore compiuta in astratto (in via preventiva e legislativa) e non in concreto. Per un esempio contrario di apprezzamento in concreto del superiore interesse del minore rispetto ad un caso di maternità surrogata prima che quest'ultima pratica fosse vietata nell'ordinamento italiano si veda invece Corte di appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss., e, su di essa C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, ivi, p. 589 ss. Con tale sentenza il Tribunale di Bari aveva riconosciuto in Italia *due parental orders* emanati dal giudice inglese che attribuivano lo *status* di genitori alla madre committente (non genetica) e al padre committente (genetico) rispetto a due figli avuti ricorrendo alla maternità surrogata nel Regno Unito. Sulla decisione della Corte di Appello di Bari hanno inciso alcuni fattori: in particolare, la legalità del comportamento dei coniugi rispetto al diritto dello stato di nascita inglese (e di origine del padre), nonché la circostanza che la nascita dei bambini era avvenuta prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 (e, dunque, prima dei divieti di maternità di surrogata e di fecondazione eterologa da essa stabiliti). La Corte di Appello ha, infine, valorizzato la circostanza che i figli avessero trascorso in Italia ormai dieci anni con la madre intenzionale-non biologica.

legge n. 184/1983 da parte del padre non biologico.<sup>99</sup> La sentenza della Cassazione ha così annullato l'ordinanza della Corte di appello di Trento,<sup>100</sup> la quale aveva applicato, ad una coppia di due padri nel contesto della maternità surrogata, i principi enunciati dalla sezione prima della Corte di Cassazione con la sentenza n. 19599/2016.

Sebbene, come visto, l'Italia non sia ancora parte del Protocollo e il parere non sia vincolante (nemmeno per gli Stati che hanno ratificato lo strumento), non può escludersi, tuttavia, che l'autorevolezza di questa pronuncia possa influenzare, indirettamente, i prossimi sviluppi giurisprudenziali italiani rispetto alla posizione del genitore intenzionale-non biologico.

In particolare, sia in assenza di ratifica del Protocollo sia in caso contrario, è astrattamente ipotizzabile la proposizione di futuri ricorsi individuali dinanzi alla Corte EDU ai sensi dell'art. 32 CEDU al fine di lamentare l'incompatibilità dell'istituto italiano dell'adozione in casi particolari con i requisiti imposti dall'art. 8 CEDU in tema di tempestività ed efficienza. Il principio affermato al par. 58 dal parere consultivo del 10 aprile 2019 costituirebbe invece un ostacolo per la richiesta di un *nuovo parere preventivo* su tale aspetto da parte delle più alte giurisdizioni italiane a ciò abilitate, una volta che il Protocollo dovesse essere ratificato: "it is not for the Court to express a view in the context of its advisory opinion on whether French adoption law satisfies the criteria set forth at paragraphs 54 to 55 above. That is a matter for the domestic courts to decide (see paragraph 25 above), taking into account the vulnerable position of the children concerned while the adoption proceedings are pending."<sup>101</sup> Resterebbe tuttavia impregiudicata, come visto, la possibilità di promuovere un ricorso individuale sul punto una volta che la questione sia stata decisa dall'autorità domestica competente. La futura prassi francese (o di altri Stati contraenti parti del Protocollo) successiva al parere in oggetto potrebbe altresì supportare l'esperibilità di ricorsi di questo tipo nei confronti dello Stato italiano.

<sup>99</sup> Cfr. par. 13.4 della sentenza. La possibilità di creare lo *status* del genitore intenzionale-non biologico nel contesto della maternità surrogata tramite adozione in casi particolari sarebbe peraltro in linea con quanto deciso dal Tribunale per i minorenni di Roma nel 2015, quando è stata dichiarata per la prima volta l'adozione in casi particolari in favore del padre intenzionale-non biologico, rispetto ad una coppia *same-sex* maschile, alla luce di un'interpretazione "convenzionalmente orientata" dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983. Cfr. Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza 23 dicembre 2015.

<sup>100</sup> Corte di appello di Trento, ordinanza 23 febbraio 2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 792 ss.

<sup>101</sup> Parere, cit., par. 58.

## 6. Considerazioni conclusive

Il parere consultivo reso dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019 costituisce il primo banco di prova del nuovo meccanismo processuale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU.

La prospettiva di analisi sin qui condotta rivela, in modo evidente, le fragilità in cui può incorrere, in concreto, la nuova tecnica di dialogo tra corti nella tutela dei diritti umani. È, tuttavia, prematuro tentare di formulare un giudizio certo e complessivo sugli effetti del parere consultivo e sulle sue reali potenzialità: solo la prassi di *follow-up* che seguirà in Francia e negli altri Stati contraenti potrà infatti fornire chiavi di lettura più chiare ed esaustive. L'esame fin qui svolto consente comunque di avanzare alcune riflessioni conclusive sia di carattere generale, sul funzionamento del nuovo meccanismo processuale, sia di carattere specifico, sul merito del tema trattato dal parere.

Nel primo senso, mi pare che i profili maggiormente controversi riguardino, da un lato, la portata del parere e la delimitazione dell'oggetto delle questioni sottoponibili alla Corte e, dall'altro, la questione dei suoi effetti sia negli Stati contraenti (del Protocollo e anche della sola CEDU), sia rispetto alla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, in relazione al primo profilo, l'atteggiamento eccessivamente restrittivo della Grande Camera rispetto ai limiti oggettivi del proprio intervento nomofilattico preventivo può sfociare in conclusioni troppo generiche che possono svilire il ruolo consultivo della Corte, senza risolvere i concreti dubbi interpretativi e applicativi del giudice del rinvio, così da lasciare spazio per la successiva (ri)proposizione di ricorsi individuali. Rispetto al secondo profilo, invece, il parere consultivo in esame rappresenta solo il primo passo verso l'edificazione di un nuovo scenario giuridico in cui spetterà alla stessa Corte EDU chiarire quali effetti avranno i pareri consultivi, nella loro generica forma di "precedenti" non vincolanti rispetto alla prassi successiva della Corte nell'ambito della funzione contenziosa (cd. diritto vivente dalla CEDU).

Nel secondo senso, ossia guardando alle questioni concrete trattate dalla Grande Camera nel primo parere, occorrerà valutare che cosa accadrà nei prossimi mesi nell'ordinamento giuridico del rinvio (Francia), ove è attesa la decisione della *Cour de Cassation*. Pare assai probabile che quest'ultima decida di conformarsi all'indirizzo espresso dalla Grande Camera, avviando così una prassi di riconoscimento dello *status filiationis* rispetto alla madre intenzionale-non biologica di minori nati all'estero tramite gestazione per altri (di tipo gestazionale) attraverso lo strumento dell'adozione (piena o semplice), accanto all'obbligo di trascrizione del certificato straniero (o del provvedimento giurisdizionale straniero) attestante la paternità legale del

padre intenzionale-biologico. La tecnica della ricostruzione *ex post* nello Stato di origine, con strumenti giuridici distinti, di uno *status* familiare stabilito legittimamente, e in modo unitario, all'estero pare una via inevitabile. Essa dovrebbe valere, per ovvi motivi di ragionevolezza ed uguaglianza, anche rispetto al genitore intenzionale-non biologico di una coppia dello stesso sesso (ove naturalmente l'altro *partner* sia anche genitore biologico). Il rischio della proposizione di nuovi ricorsi individuali contro la Francia da parte di madri intenzionali-non biologiche resta comunque possibile, sia che la *Cour de Cassation* scelga di non conformarsi all'orientamento della Grande Camera, sia che, al contrario, la Corte francese recepisca il parere consultivo. Infatti, in questa seconda ipotesi, il genitore intenzionale interessato, tramite ricorso ex art. 34 CEDU, potrebbe lamentare dinanzi alla Corte la violazione dell'art. 8 della Convenzione, qualora la forma di adozione applicata nel caso concreto dalle autorità francesi non soddisfi realmente i requisiti della tempestività e dell'effettività stabiliti dalla Grande Camera.

Per quanto riguarda gli altri Stati parti della Convenzione, è probabile che quelli che hanno ratificato il Protocollo, pur nell'esercizio della discrezionalità consentita dall'art. 5 dello stesso, seguiranno l'orientamento adottato dalla *Cour de Cassation*.

Per gli Stati contraenti della CEDU, che, come l'Italia, non hanno ratificato il Protocollo il quadro giuridico in materia pare maggiormente incerto. Essi potrebbero, infatti, conformarsi indirettamente al parere, facendone valere la generica autorevolezza, al fine di evitare successivi ricorsi dinanzi alla Corte EDU. Tuttavia, essi potrebbero anche, e al contrario, semplicemente ignorare tale presa di posizione, continuando a garantire soluzioni diversificate (e potenzialmente meno protettive del diritto dei minori al rispetto della vita privata), suscitando così, inevitabilmente, anche in questo caso l'avvio di nuovi ricorsi individuali. In particolare, nella prospettiva giuridica italiana, non è da escludere che, proprio a seguito della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12193/2019, il genitore intenzionale-non biologico di una coppia maschile dello stesso sesso (o di una coppia di sesso diverso), nel quadro di una maternità surrogata realizzata all'estero, dopo aver esperito inutilmente tutti i ricorsi di diritto interno in Italia, possa proporre un ricorso individuale dinanzi alla Corte di Strasburgo per lamentare la violazione dell'art. 8 CEDU sulla base di una pretesa incompatibilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. *d*) della legge 184/1983 rispetto ai requisiti della tempestività e dell'efficienza enunciati dal parere consultivo. Un tale ricorso potrebbe avere altresì l'obiettivo di premere sul legislatore interno affinché riveda le norme sullo stabilimento della filiazione della legge 40/2004 e/o le norme dettate in

materia di adozione dopo lo stralcio della *step-child adoption* dal testo della legge n. 76/2016 istitutiva delle unioni civili e della disciplina della convivenza di fatto (cd. legge Cirinnà).

Il grado di conformità agli indirizzi espressi dalla Grande Camera da parte delle autorità nazionali sarà la cartina di tornasole della reale efficacia del Protocollo n. 16. Laddove infatti dovesse emergere un orientamento di sostanziale diffidenza, in Francia e/o negli altri Stati contraenti, potrebbero risultare fondate le critiche mosse al meccanismo circa la sua inidoneità a diventare un efficace strumento di dialogo tra corti in materia di diritti umani. Certamente, nel merito della richiesta oggetto del parere analizzato, lo scenario giuridico che emerge circa il bilanciamento delle istanze contrapposte dei diritti fondamentali coinvolti nei casi di maternità surrogata, resta ancora lontano da una definizione chiara e soddisfacente di tutte le situazioni giuridiche in rilievo.