



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2019, n. 2

Editoriale

Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, diritti fondamentali e dialogo tra giudici p. 1
Guido Raimondi

Saggi e Articoli

In tema di informazioni sui Paesi di origine nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale p. 4
Giovanni Cellamare

Comentarios sobre el reto de una estrategia española de seguridad aeroespacial y ciertas lagunas jurídicas p. 17
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi) p. 35
Antonio Ruggeri

Commenti e Note

To trust or not to trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d'arresto europeo e sistema comune di asilo p. 64
Valentina Carlino e Giammaria Milani

The challenge of today's Area of Freedom, Security and Justice: a re-appropriation of the balance between claims of national security and fundamental rights p. 90
Roila Mavrouli

The tale of the European sandcastle: on the convergence and divergence of national detention systems across the European Union p. 120
Christos Papachristopoulos

La nécessaire harmonisation du visa humanitaire dans le droit de l'Union Européenne au prisme de l'asile p. 140
Chiara Parisi



Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità “*intenzionale*”: il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano p. 160
Luigimaria Riccardi

Il difficile cammino verso una “tutela integrata” delle donne vittime di violenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: sviluppi normativi e perduranti profili di criticità p. 184
Valeria Tevere



IL PRIMO PARERE CONSULTIVO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO TRA MATERNITÀ SURROGATA
E GENITORIALITÀ "INTENZIONALE": IL POSSIBILE IMPATTO
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Luigimaria Riccardi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La richiesta di parere alla Corte EDU: considerazioni generali. – 3. Le questioni sottoposte alla Corte EDU dalla Corte di Cassazione francese. – 4. Il parere consultivo della Corte EDU: tra maternità surrogata, genitorialità "intenzionale" e riconoscimento del legame di filiazione. – 5. Segue: sul riconoscimento della rilevanza dei rapporti familiari di fatto. – 6. Il possibile impatto del parere nell'ordinamento italiano: questioni di diritto internazionale privato e processuale. – 7. Segue: sul riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero. – 8. Segue: l'adozione come strumento alternativo di riconoscimento del legame di filiazione? – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Il Protocollo n. 16¹ alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è in vigore – per gli Stati che lo hanno ratificato² (per l'Italia il processo di ratifica è ancora in corso)³ – dal 1° agosto 2018.

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottorando di ricerca in "Scienze Giuridiche", curriculum in Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Pisa. Indirizzo e-mail: luigimaria.riccardi@outlook.it.

¹ Il Protocollo n. 16 è stato adottato il 28 giugno 2013 dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa – su impulso della dichiarazione finale della Conferenza di Brighton del 19 aprile 2012 – ed aperto il 2 ottobre 2013 alla firma ed alla ratifica degli Stati membri. Sul Protocollo 16, v., tra gli altri, C. ZANGHÌ, *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2013, n. 43, p. 24; A.G. LANA, *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni*, in *Diritti dell'uomo*, 2014, n. 3, p. 641; E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 1, p. 117; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali (prime riflessioni in vista della ratifica del Prot. 16 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo)*, Torino, 2015; S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections on Protocol No. 16*, in *European Human Rights Law Review* 2018, n. 3, p. 220.

² Il Protocollo n. 16 è stato ratificato da 13 Stati, ovvero: Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Olanda, San Marino, Slovenia e Ucraina. V. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=4c9HZu4j.

³ L'Italia ha firmato il protocollo in questione all'atto dell'apertura della procedura, ma non ha ancora depositato lo strumento di ratifica. A tal riguardo, v. il disegno di legge sulla ratifica e l'esecuzione del

Esso introduce un meccanismo molto simile a quello di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea⁴, ancorché privo del carattere obbligatorio proprio di quest'ultimo, da una parte, e ad altri strumenti di dialogo con Corti e Tribunali internazionali⁵, dall'altra.

L'art. 1 definisce l'oggetto nonché la legittimazione e i presupposti della relativa richiesta⁶, la quale "può" e non "deve" essere inoltrata dalle autorità competenti. In particolare, il Protocollo consente alle più alte giurisdizioni⁷ di un'Alta Parte contraente di richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU o Corte)⁸ pareri

Protocollo presentato alla Camera, disponibile su <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/11/PDL-1124.pdf>. Per un commento al disegno di legge in questione, v. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3, pp. 3-6.

⁴ Art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. V. anche 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, n. 38, p. 229; J. H. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights - A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 2014, n. 4, p. 630.

⁵ È possibile fare riferimento alla competenza della Corte Internazionale di Giustizia che, ai sensi dell'art. 96, par. 1 della Carta delle Nazioni Unite, può fornire pareri consultivi su richiesta dell'Assemblea Generale o del Consiglio di Sicurezza su qualsiasi questione giuridica, oppure a quella del Tribunale del Diritto del Mare ai sensi dell'art. 138 del Regolamento del Tribunale in questione. In particolare, una competenza molto simile sia a livello sostanziale che procedurale a quella prevista dal Protocollo n. 16 può essere riscontrata nell'art. 64 della Convenzione americana sui diritti umani, ove si afferma che: "*The member states of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states. [...].*". V., tra gli altri, J. PASQUALUCCI, *Advisory Practice of The Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, in *Stanford Journal of International Law*, 2002, n. 38, p. 241 e spec. p. 246; H. TIGROUDJA, *La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in A. ONDOUA, D. SZYMCAK (cur.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, 2009, pp. 67-85; C.M. QUIROGA, P. KRUPA, *The American Convention On Human Rights: Crucial Rights and Their Theory and Practice*, Cambridge, 2016; T. ANTKOWIAK, A. GONZA, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford, 2017.

⁶ Per un'analisi delle caratteristiche del nuovo strumento si vedano E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*. cit.; v. anche I. ANRÒ, *Il protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Eurojus.it*, 2018, disponibile su <http://rivista.eurojus.it/il-protocollo-16-in-vigore-dal-1-agosto-2018-una-nuova-ipotesi-di-forum-shopping-tra-le-corti/>; ID., *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.it*, 6 maggio 2019, disponibile su <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/>.

⁷ La locuzione "le più alte giurisdizioni" fa riferimento alle autorità giudiziarie al vertice del sistema giudiziario nazionale e, al contempo, sembra ricomprendere anche quelle che, sebbene inferiori alla Corte costituzionale o alla Corte suprema, risultano tuttavia di una certa rilevanza in quanto sono le "più alte" per una particolare tipologia di questioni. Sul punto, v. O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?* in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, n. 2, p. 293.

⁸ Sulla Corte EDU, v. tra gli altri, J. CHRISTOFFERSEN, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2011; A. FØLLESDAL (ed.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013; C. BINDER, K. LACHMAYER, *The European Court of Human Rights and Public International Law. Fragmentary or Unity?* Baden-Baden,

consultivi su questioni di principio relative all'*interpretazione* o all'*applicazione* dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli. Allo stesso tempo, la procedura sottesa a tale richiesta ha suscitato molteplici criticità, soprattutto nel dialogo tra Corti nazionali e Corte EDU⁹.

In ogni caso, si può affermare che il Protocollo in questione ha introdotto una significativa innovazione nel sistema di tutela dei diritti fondamentali¹⁰ e nel rapporto tra sistema giuridico nazionale e sovranazionale¹¹.

Il 10 aprile 2019 la Corte EDU, su richiesta della *Cour de cassation* francese, ha pronunciato il primo parere consultivo su uno dei temi più problematici emersi negli ultimi anni in materia di rapporti di famiglia, ovvero quello dello *status* dei figli nati a

2014; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *European Court of Human Rights*, in S. SCHMAHL, M. BREUER, *The Council of Europe*, Oxford, 2017, p. 227 ss.; J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2017.

⁹ Per un esame generale delle criticità riscontrate nel sistema di dialogo tra Corti nazionali e Corte EDU alla luce del Protocollo n. 16, v., ad es., K. DZEHTSIAROU, *Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy*, in S. FLOGAITIS ET AL. (eds.), *The European Court of Human Rights and Its Discontents: Turning Criticism into Strength*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2013, p. 116 e spec. p. 133; L. A. SICILIANOS, *L'elargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - A propos du Protocole no 16 & la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n. 97, p. 9 e spec. p. 28.

¹⁰ Ciò può essere compreso tenendo conto, da un lato, del rango che la CEDU possiede negli ordinamenti nazionali e, dall'altro lato, dal ruolo talvolta ambiguo della Corte EDU, a metà tra quello di un giudice del caso concreto e quello di una corte quasi costituzionale. V. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, n. 1, pp. 150-173; F. POCAR, *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, p. 8; L. R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2008, n. 19, p. 125. Per un esame generale della CEDU, v. A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, II ed., Milano, 2018.

¹¹ Sul dialogo tra ordinamento nazionale e sovranazionale, v. J. GERARDS (ed.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law: a Comparative Analysis*, Cambridge, 2014; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in ID. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 3-114; B. THORARENSEN, *The advisory jurisdiction of the ECtHR Under Protocol No. 16: Enhancing Domestic Implementation or a Symbolic Step?*, in O.M. ARNARDÓTTIR, A.C. BUYSE (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations Between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Abingdon, New York, 2016, pp.79-100.

seguito della gestazione per altri, c.d. maternità surrogata¹². Il parere¹³ in questione ravviva l'ampio dibattito nell'opinione pubblica sul tema della maternità surrogata, presentando anche un'importanza particolare sotto il profilo del diritto internazionale privato, soprattutto a causa della mancanza di un orientamento omogeneo delle legislazioni e delle giurisdizioni degli Stati contraenti della CEDU nella materia oggetto di analisi.

Il presente contributo prenderà le mosse da un esame ricostruttivo della natura e delle modalità di richiesta del parere alla Corte EDU dal punto di vista tecnico, cercando di evidenziare i punti critici dello strumento in questione. Questi ultimi, infatti, possono risultare ancora più evidenti sul piano concreto nel momento in cui il tema oggetto della richiesta di parere si presenti caratterizzato da una diffusa sensibilità giuridica e oggetto di una disciplina non uniforme a livello europeo ed internazionale. Si procederà poi ad introdurre il caso concreto e le questioni sottoposte alla Corte EDU. In questo caso, un'analisi della giurisprudenza francese in materia di maternità surrogata e riconoscimento degli atti di stato civile di nascita prodotti in un altro Stato verrà considerata. Infine, una riflessione verrà svolta sul parere emesso dalla Corte e sul possibile impatto che lo stesso può avere nell'ordinamento giuridico italiano, tenendo conto anche delle problematiche in materia diritto internazionale privato connesse alla circolazione e riconoscimento di atti di stato civile prodotti in un altro Stato e il rispetto del limite di ordine pubblico internazionale.

2. La richiesta del parere alla Corte EDU: considerazioni generali

Prima di analizzare il caso concreto oggetto del parere in esame, è importante premettere qualche breve cenno all'oggetto e alle modalità di richiesta del nuovo strumento ai sensi del Protocollo n. 16.

¹² Esistono diversi tipi di maternità surrogata, a seconda che l'ovulo provenga o meno dalla coppia committente. Nel primo caso si parlerà di surrogazione di maternità omologa – o surrogazione per gestazione – in cui la madre surrogata riceve ovulo della madre committente; nel secondo caso, avremo surrogazione di maternità eterologa – o surrogazione per concepimento e gestazione – in cui l'apporto della surrogata non si limita alla fase gestazionale, fornendo anche l'ovulo che sarà destinato ad essere fecondato con il liquido seminale dell'uomo della coppia committente. Nel primo caso, quindi, avremo due tipi di madre: la madre committente o "sociale" che è anche la madre genetica, in quanto fornisce il proprio materiale genetico per la gravidanza, e la madre biologica, ossia colei si impegna a portare a termine la gravidanza; nel secondo caso saranno configurabili addirittura tre tipi di maternità, ossia la madre "sociale" (committente), la madre biologica (la madre surrogata) e la madre genetica (che fornisce l'ovocita), che può essere anche un soggetto terzo rispetto alla surrogata. Per una distinzione tra i diversi tipi di surrogazione, si veda M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, n. 2, p. 358 e ss. Più specificatamente, sulla maternità sociale e la rilevanza sul piano giuridico interno ed internazionale, V. F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, nn. 7-8, p. 712.

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, parere consultivo del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, *Relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, disponibile su [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380431-8364345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Come indicato dall'art. 1 del Protocollo 16, le richieste di pareri consultivi devono riguardare “*questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla convenzione o dai suoi protocolli*” sorte nell'ambito di una causa pendente avanti alle corti nazionali abilitate ad utilizzare tale strumento.

La formula utilizzata dall'art. 1 del Protocollo n. 16 non è priva di ambiguità nella misura in cui menziona, in termini piuttosto ampi, sia “*l'interpretazione*” che “*l'applicazione*” quali presupposti della richiesta consultiva. La stessa espressione si ritrova anche all'art. 32 CEDU che sancisce che “*la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*”. In quest'ultimo caso la dottrina ha ravvisato la distinzione tra questioni di applicazione in concreto e questioni di pura interpretazione¹⁴. Inoltre, è stato evidenziato¹⁵ anche che il Protocollo n. 16 non statuisce che la richiesta sia finalizzata ad ottenere l’“*interpretazione e applicazione*”, ma l’“*interpretazione o applicazione*”, rilevando così una distinzione piuttosto problematica nella misura in cui un'alta giurisdizione ritenesse chiara l'interpretazione della CEDU, ma avesse dubbi in merito all'applicazione¹⁶. Per tali ragioni, in dottrina è stato evidenziato anche che quello che si richiede alla Corte tramite il parere consultivo dovrebbe essere inquadrato in un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio al giudice nazionale che potrà, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio¹⁷.

Al fine di comprendere i confini interpretativi dell'art. 1 può venire in aiuto il rapporto esplicativo¹⁸ al Protocollo 16 promosso dalla stessa Corte EDU. Esso evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1 del Protocollo 16, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della CEDU. Infatti, sebbene venga al tempo stesso sottolineato il diverso scopo delle possibili procedure attivabili¹⁹, la disposizione in questione sancisce che il rinvio di un

¹⁴ V. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, p. 607.

¹⁵ V. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., pp. 94-95.

¹⁶ Infatti, se ciò accadesse, l'alta giurisdizione remittente avrebbe modo di adire la Corte EDU in merito alla decisione del caso concreto, su cui peraltro la stessa esclude di volersi pronunciare in sede di Protocollo n. 16. Ciò anche perché quest'ultima in tal caso avrebbe bisogno di esaminare nel merito l'intero fascicolo della causa.

¹⁷ V. E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?* in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., p. 81 e ss.

¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rapporto esplicativo al protocollo n. 16*, disponibile su https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rapporto esplicativo*, cit., par. 9. Bisogna aggiungere che il rapporto esplicativo del protocollo n. 11, che aveva introdotto l'istituto del rinvio alla Grande Camera, evidenzia che una “*questione grave sull'interpretazione*” può porsi in caso di sentenza manifestamente in contrasto con una pronuncia precedente, mentre una questione grave relativa all'applicazione della CEDU o dei suoi protocolli può riscontrarsi quando la sentenza impone una modifica rilevante del diritto o della prassi nazionale senza sollevare, di per sé, alcuna questione grave relativa all'interpretazione CEDU. Una questione “*grave*” di carattere generale è, invece, rappresentata da una questione di importante interesse

caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando: “*la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un’importante questione di carattere generale*”.

Con riguardo ai presupposti della richiesta, invece, l’autorità giurisdizionale nazionale deve rispettare le condizioni procedurali²⁰ previste all’art. 1 par. 3 del Protocollo 16, tenendo conto delle Linee Guida approvate dalla Corte plenaria il 18 settembre 2017²¹. Inoltre, nelle stesse linee guida, la Corte ha osservato che *può esserci la possibilità che l’organo giurisdizionale in questione concluda che la causa pendente davanti ad essa, a suo avviso, sollevi una nuova questione concernente il diritto convenzionale, o che i fatti del caso non si prestino ad una semplice applicazione della giurisprudenza della Corte, o la possibilità di individuare un’incongruenza nella giurisprudenza europea. In tali circostanze, l’organo giurisdizionale interessato può avvalersi della possibilità di presentare una richiesta di parere consultivo*²².

Al fine di chiarire e facilitare la comprensione dell’oggetto della richiesta di parere, la Corte EDU, in un suo documento di riflessione, ha cercato di indicare alcuni parametri di riferimento per le alte giurisdizioni remittenti ipotizzando alcuni casi-tipo in cui può sorgere una questione di questa natura, ovvero:

- in primo luogo, ai casi di violazioni strutturali o sistemiche²³;
- in secondo luogo, ai casi in cui sorga la necessità di capire la compatibilità con la CEDU di una legge, di un regolamento o un principio stabilito in via giurisprudenziale, sebbene venga precisato che ciò non debba tradursi in una revisione astratta della legislazione di uno Stato, nel rispetto del costante orientamento sul punto offerto dalla giurisprudenza della stessa Corte EDU, dovendo il parere essere sempre richiesto nell’ambito di un contenzioso nazionale²⁴.

politico o generale. Nella formula del Protocollo n. 16, invece, l’aggettivo “grave” è stato omissso, ponendo l’accento sulle questioni di principio.

²⁰ In primo luogo, è previsto che l’autorità giudiziaria che presenta la richiesta deve avere recepito la necessità e l’utilità di richiedere un parere consultivo alla Corte, in modo da essere in grado di spiegare le ragioni che la hanno indotta a farlo. In secondo luogo, l’autorità giudiziaria che presenta la richiesta deve trovarsi nella posizione di esporre il contesto giuridico e fattuale rilevante, consentendo in questo modo alla Corte di concentrarsi sulla/e questione/i di principio relativa/e alla interpretazione o all’applicazione delle Convenzione o dei suoi Protocolli. V. anche Corte europea dei diritti dell’uomo, *Rapporto esplicativo*, cit., par. 11.

²¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N. 16 to the Convention*, disponibili su https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

²² V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion*, cit., par. 5.

²³ Si deve evidenziare che i delegati dei Paesi Bassi e della Norvegia avevano proposto – nell’ambito dei lavori preparatori – di limitare a tali ipotesi la nuova competenza consultiva. V. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction*, par. 28, disponibile su https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf.

²⁴ *Ibid.* par. 29. Anche il rapporto esplicativo sopra citato, ai sensi del par. 10, precisa che la procedura non è pensata, ad es., per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa, sebbene la dottrina abbia già evidenziato come questo in realtà sarebbe il caso in cui il parere della Corte potrebbe essere più utile. Sul punto, si rinvia a V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, cit., p. 94.

In ogni caso, spetta alla stessa Corte EDU pronunciare l'ultima parola sulla ricevibilità della domanda di parere.

Dal punto di vista soggettivo, il giudizio sul parere consultivo della Corte EDU ammette la possibilità di interventi di parti terze. A tal riguardo, l'art. 3 del Protocollo 16 conferisce al Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e all'Alta Parte contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria che ha richiesto il parere, il diritto di presentare osservazioni per iscritto e di prendere parte a tutte le cause all'esame della Grande Camera nelle procedure relative alla richiesta. In ogni caso, l'art. 3 prevede la facoltà del Presidente della Corte di invitare ogni altra Alta Parte contraente o persona a presentare le proprie osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze, quando ciò sia nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia.

L'art. 4 impone, invece, alla Corte di motivare i pareri consultivi emessi ai sensi del Protocollo e consente ai giudici della Grande Camera di esprimere un'opinione separata, dissenziente o concordante. I pareri così espressi devono poi essere comunicati all'autorità giudiziaria che presenta la richiesta e all'Alta Parte contraente cui appartiene tale autorità. In questo caso, ci si può chiedere se ed in che misura le motivazioni espresse dalla Corte possano interagire con l'autorità giurisdizionale remittente, soprattutto per quanto concerne le opinioni separate e dissenzienti.

Infine, è importante evidenziare che i pareri consultivi, ai sensi dell'art. 5, non sono vincolanti, essendo emessi esclusivamente nell'ambito di un dialogo tra le Corti, in rapporto di complementarità. Ne consegue che l'autorità richiedente può decidere circa gli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale, potendo anche disattenderlo. Per tali ragioni, ciò non esclude, dunque, che colui che è stato parte nella causa in cui si è richiesto il parere, successivamente alla sua conclusione, possa vantare il proprio diritto a proporre ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 della Convenzione.

In ogni caso, sembra potersi sostenere che neppure la Corte EDU, una volta investita del ricorso, sia vincolata al parere consultivo emesso, così come a qualsiasi altro precedente della sua giurisprudenza²⁵.

3. Le questioni sottoposte alla Corte EDU dalla Corte di Cassazione francese

L'assemblea plenaria della *Cour de cassation* francese ha richiesto il parere in esame il 5 ottobre 2018²⁶. La richiesta è stata giudicata ricevibile dalla Corte EDU il 3 dicembre 2018 ed il giorno successivo la questione è stata assegnata alla Grande Camera.

Appare necessario soffermare preliminarmente l'attenzione sul caso concreto.

²⁵ A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Sidiblog.it*, disponibile 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/>.

²⁶ La richiesta di parere è disponibile su https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html.

In particolare, l'Assemblea plenaria della *Cour de cassation* è stata adita dalla *Cour de réexamen* delle decisioni civili in riferimento alle richieste di riesame²⁷ delle decisioni n. 10-19.053 del 6 aprile 2011²⁸ e n. 12-30.138 del 13 settembre 2013²⁹, con le quali la prima camera civile della *Cour de cassation* aveva dichiarato l'impossibilità di trascrivere direttamente all'anagrafe francese gli atti di nascita di minori nati, o presumibilmente nati, a seguito di maternità surrogata rilasciati da autorità straniera. A sostegno di tale rifiuto, la *Cour de cassation* aveva stabilito la nullità, in virtù dell'art. 16-7 del Codice civile francese, delle convenzioni relative alla procreazione o alla gestazione per altri ed aveva considerato l'atto straniero contrario alla concezione francese dell'ordine pubblico internazionale.

È importante ricordare che la Francia era stata condannata dalla Corte EDU per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU. Infatti, con le sentenze del 26 giugno 2014 *Menesson c. France* e *Labassee c. Francia*³⁰, *Foulon et Bouvet*³¹ del 21 luglio 2016, e *Laborie c. France*³² del 19 gennaio 2017, la Corte aveva già stabilito che il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita dei minori nati a seguito di maternità surrogata violava in maniera significativa il diritto al rispetto della vita privata³³ e sollevava una grave questione di compatibilità di tale situazione con l'interesse superiore del minore. Inoltre, la Corte aveva sottolineato che tale considerazione fosse di particolare rilievo nelle situazioni in cui il genitore c.d. "di intenzione" fosse anche il genitore biologico (nei casi citati, il padre). Aveva, quindi, dedotto che, impedendo il riconoscimento, nel diritto interno, della filiazione del minore con la menzione del padre biologico, lo Stato francese avesse esorbitato dal suo margine di apprezzamento.

²⁷ Bisogna precisare che il parere viene richiesto dalla Corte francese proprio nell'ambito del giudizio di riesame del caso in questione a seguito della sentenza della Corte EDU, reso possibile dall'adozione in Francia di una legge che consente la revisione dei giudizi a seguito della condanna dello Stato da parte della Corte EDU. Per la legge in questione, si rinvia a <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo>.

²⁸ La decisione è consultabile on line alla pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html.

²⁹ La decisione è consultabile on line alla pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1092_13_27172.html.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. France*; ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*. Sulle sentenze si veda M.M. GIUNGI, *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 953 e ss. e la nota di J. GUILLAUMÉ in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2016, ricorsi nn. 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c. France*.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13, *Laborie c. France*. V. anche A.B. CAIRE, *L'ultime condamnation de la France par la CEDH en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui? A propos de l'affaire Laborie c/ France*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1229.

³³ V. Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, Prel Doc No. 3A, 2015, disponibile su <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. V. anche M.N. SHUÚILLEABHÁIN, *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2018, n. 33, p. 104.

Prendendo atto di tali pronunce, come riportato dalla stessa *Cour de cassation*, l'orientamento giurisprudenziale nazionale è mutato nel senso che l'esistenza di un contratto di maternità surrogata non impedisce necessariamente la trascrizione nei registri dello stato civile francese di un atto di nascita straniero se quest'ultimo non è falsificato o irregolare e se i fatti ivi dichiarati corrispondono alla realtà biologica. In particolare, nel 2015 la *Cour de cassation* aveva mutato la propria giurisprudenza, stabilendo, con le decisioni n. 619 e 620 del 3 luglio 2015³⁴, che l'esistenza di un contratto di maternità surrogata non costituiva, di per sé, un ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita prodotto all'estero, purché non fosse irregolare o falsificato e purché i fatti ivi dichiarati corrispondessero alla realtà biologica. Due anni dopo, però, con le decisioni n. 824, 825, 826 e 827 del 5 luglio 2017³⁵, la *Cour de cassation* aveva nuovamente cambiato giurisprudenza, adottando una posizione intermedia, ossia pur ribadendo l'impossibilità di trascrivere direttamente gli atti di nascita – e riprendendo l'interpretazione della nozione di “realtà” dedotta dall'art. 47 del Codice civile francese – aveva però riconosciuto la possibilità di una trascrizione parziale, cioè della sola filiazione paterna. La *Cour de cassation* aveva, quindi, stabilito che l'atto di nascita straniero di un minore nato attraverso il processo gestazionale della maternità surrogata poteva essere trascritto solo parzialmente nello stato civile francese, menzionando il padre, ma non la madre c.d. “di intenzione”.

Pertanto, secondo la *Cour de cassation* ove il padre di intenzione sia effettivamente quello biologico, la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata, da cui risulti il legame di filiazione con il padre, non può essere negata. Tuttavia, secondo il giudice francese, la giurisprudenza della Corte EDU non chiarisce quali sono gli obblighi dello Stato con riferimento alla posizione della madre con la quale non vi è un legame biologico.

Nel caso specifico, i quesiti sottoposti alla Corte europea sono stati i seguenti:

- 1) se il rifiuto di registrare lo *status* di filiazione acquisito all'estero nei riguardi della madre intenzionale in assenza di qualsiasi legame di tipo genetico costituisca una violazione dell'art. 8 CEDU. Ossia, se rientri nell'ambito del margine di apprezzamento concesso allo Stato ai sensi dell'art. 8 della CEDU la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita di un minore nato all'estero da maternità surrogata quando vi sia indicata la madre committente come madre di diritto, accettando invece la trascrizione per quanto riguarda il padre con il quale vi è un legame biologico, e se in tal caso occorra distinguere a seconda del fatto che sia stato utilizzato o meno del materiale genetico della madre committente nel processo di fecondazione;
- 2) se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del coniuge (ossia del padre biologico), creando in tal modo un rapporto di tipo genitoriale, rappresenti una

³⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, decisioni n. 619 e n. 620 del 3 luglio 2015. Le sentenze sono disponibili su https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html.

³⁵ Le sentenze sono brevemente riassunte in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201707.pdf, ove è reperibile un link al testo integrale.

modalità alternativa alla registrazione compatibile con gli obblighi derivanti dall'art. 8 della CEDU.

Mediante la propria richiesta di parere, la *Cour de cassation* ha sostanzialmente chiesto alla Corte EDU di precisare gli effetti e le conseguenze delle proprie precedenti pronunce, *Menesson c. Francia*, *Labassee c. Francia*, *Foulon et Bouvet c. Francia* e *Laborie c. France* in tema di maternità surrogata e genitorialità "intenzionale".

4. Il parere della Corte EDU: tra maternità surrogata, genitorialità "intenzionale" e riconoscimento del legame di filiazione

La pronuncia della Corte EDU, oltre ad essere di grande rilevanza per il delicato tema su cui verte, ovvero la maternità surrogata, risulta di grande interesse perché contribuisce a chiarire le caratteristiche del nuovo strumento volto, più in generale, alla protezione dei diritti fondamentali.

L'importanza del tema oggetto della pronuncia si riflette anche dal punto di vista soggettivo, nelle parti che hanno partecipato attivamente al giudizio. Infatti, nell'ambito della procedura hanno presentato le proprie osservazioni, oltre agli attori del processo nazionale, anche l'*Ombudsman* francese, il Centro di studi di genere dell'Università di Trento, oltre a cinque organizzazioni non governative. Hanno presentato le proprie osservazioni anche alcuni Stati che non hanno ratificato ad oggi il Protocollo, quali Regno Unito, Repubblica Ceca e Irlanda.

Dal punto di vista oggettivo, la Corte EDU ha compiuto dapprima un'indagine comparativa su 43 Stati parti alla Convenzione, escludendo la Francia³⁶. Da tale indagine è emerso che la maternità surrogata è consentita in 9 Stati, tollerata in 10 ed esplicitamente o implicitamente vietata in 24 Stati. In 31 di tali Stati (ivi compresi 12 in cui tale pratica è vietata) è possibile che il legame di filiazione con il padre venga riconosciuto quando sia stato utilizzato il suo materiale biologico. In 24 Stati (ivi compresi 9 che vietano la maternità surrogata) è possibile riconoscere lo *status* di filiazione con la madre anche se non vi è alcun legame genetico. La procedura per stabilire tale *status* varia a seconda degli ordinamenti.

Alla luce di ciò, il quadro giuridico internazionale sembra ancora piuttosto lontano da una, se pur minima, armonizzazione generale.

A complicare il processo decisionale, la Corte EDU ha ricordato la funzione del Protocollo, ovvero quella di rendere il proprio parere con riferimento a una questione di principio relativa all'interpretazione o all'applicazione della CEDU senza che ciò comporti un trasferimento della controversia nazionale avanti a sé³⁷. Inoltre, essa ha

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Avis Consultatif*, cit., par. 22. Per un'analisi, invece, delle pratiche di gestione della procreazione assistita attuate all'estero e recepite nell'ordinamento giuridico francese, v. J. FOYER, *Réception en France des GPA étrangères*, in *Répertoire de Droit international*, maggio 2017.

³⁷ Ivi, par. 24.

ribadito di non avere giurisdizione per valutare i fatti o le argomentazioni delle parti, essendo poi compito del giudice nazionale trarre le conclusioni dal suo parere per la soluzione del caso di specie e sottolineando che il valore aggiunto di tali pareri risiede anche nell'offrire un ausilio interpretativo al giudice nazionale anche per casi simili³⁸. La Corte ha ricordato quindi di doversi limitare ai due quesiti sottoposti dalla *Cour de cassation*, tenendo conto del caso di specie: dunque, poiché la controversia avanti al giudice *a quo* riguardava un'ipotesi di maternità surrogata in cui non è stato utilizzato il materiale biologico della madre, la Corte ha precisato che il proprio parere non avrebbe tenuto conto dell'ipotesi in cui – al contrario – esso sia utilizzato nel procedimento di surrogazione di maternità³⁹.

In ogni caso, nel rispondere alla prima questione, la Corte ha preso in considerazione due elementi fondamentali:

- 1) il superiore interesse del minore⁴⁰;
- 2) il margine di apprezzamento degli Stati⁴¹.

Più precisamente, con riferimento al superiore interesse del minore, la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza in cui si afferma la preminenza di tale interesse⁴². In più, sebbene la stessa abbia ricordato che nelle sentenze *Menesson e Labassee*: “*France [might] wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that are prohibited on its own territory*”, ciò non può riflettersi negativamente sui minori coinvolti, che verrebbero pregiudicati nei propri diritti ove rimasse incerto il loro *status* di filiazione, incontrando difficoltà nel riconoscimento della propria nazionalità, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori⁴³. Allo stesso tempo, è stato evidenziato che, nel contesto della maternità surrogata, *l'interesse superiore* del minore non risiede solo nella tutela del proprio diritto alla vita privata e personale ai sensi dell'art. 8 della CEDU⁴⁴, componendosi di elementi che non depongono a favore del riconoscimento dello *status* di filiazione con i genitori committenti, dovendo essere tutelato il suo diritto a conoscere le proprie origini e dovendo egli essere protetto da eventuali abusi⁴⁵. Tuttavia, considerando il diritto alla vita privata

³⁸ Ivi, par. 26.

³⁹ Ciò potrebbe essere interpretato che forse in altri casi le sue conclusioni sarebbero state diverse. Ivi, par. 28-30.

⁴⁰ V. P. MCELEAVY, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: prioritising return or reflection?* in *Netherlands International Law Review*, 2015, n. 62, p. 365.

⁴¹ Ivi, par. 37. Sul margine di apprezzamento, v., tra gli altri, R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, p. 95; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Defensibility of the Margin of Appreciation Doctrine in the ECHR: Value-Pluralism in the European Integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, p. 1162; J.P. COT, *Margin of appreciation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2007, disponibile su www.mpepil.com.

⁴² Ivi, par. 38.

⁴³ Ivi, par. 40.

⁴⁴ V. G. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, n. 4, p. 1028; e 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, n. 3, p. 612.

⁴⁵ Ivi, par. 41.

e personale del minore e la necessità di individuare una persona responsabile per la sua crescita e educazione, ha ritenuto che una generale ed assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre committente è incompatibile con il suo superiore interesse, il quale richiede che sia effettuata una valutazione in ragione delle specifiche circostanze del caso⁴⁶.

Con riferimento, invece, al margine di apprezzamento, la Corte ha sottolineato che, come già sancito nelle sentenze *Mennesson, Labassee, Foulon et Bouvet* e *Laborie* quando sono coinvolti diversi interessi, il margine di apprezzamento deve essere ampio, rilevando al contempo che, come già rilevato, con riferimento alla maternità surrogata non c'è consenso unanime tra gli Stati contendenti. Tuttavia, quando è in gioco un aspetto fondamentale dell'identità personale, come il riconoscimento dello *status* di filiazione, la necessità di restringere tale margine⁴⁷ diventa essenziale e propedeutica alla protezione del minore stesso. Nel caso di specie, secondo la Corte, diversi aspetti dell'identità personale risultano intrecciarsi tra loro, trattandosi in particolare di capire e determinare l'ambiente in cui il minore deve vivere e le persone responsabili della sua crescita, tutto ciò giustificando una restrizione ulteriore del margine di apprezzamento degli Stati⁴⁸.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha risposto al primo quesito affermando che, in un caso come quello di specie, tenendo conto del superiore interesse del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale deve prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, indicata come madre nel certificato di nascita⁴⁹. Essa ha evidenziato, inoltre, che, sebbene non sia l'ipotesi del caso in esame, la possibilità di riconoscere tale *status* appare ancora più necessaria quando nella maternità surrogata è stato utilizzato il materiale genetico della madre committente⁵⁰.

Con riferimento al secondo quesito, è stato precisato che la necessità di consentire il riconoscimento del legame di filiazione con la madre non implica necessariamente che gli Stati siano obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i dettagli del certificato di nascita redatto all'estero⁵¹. A tal proposito, la scelta di consentire tale riconoscimento rientra nel margine di apprezzamento degli Stati⁵² e dipende, dal punto di vista tecnico, dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Infatti, non è necessario che il riconoscimento della relazione tra madre e figlio avvenga dal principio, ovvero dalla nascita del bambino, ma solo quando questa si è tradotta in una realtà concreta. Il giudizio sul punto spetta necessariamente alle autorità nazionali secondo le proprie regole interne.

Come si vedrà nel paragrafo successivo, una possibile soluzione o facilitazione sostanziale per riconoscere tale relazione può passare attraverso l'adozione. Tuttavia, se

⁴⁶ Ivi, par. 42.

⁴⁷ Ivi, par. 44.

⁴⁸ Ivi, par. 45.

⁴⁹ Ivi, par. 46.

⁵⁰ Ivi, par. 47, il quale recita: “[...] *la nécessité d’offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l’enfant et la mère d’intention vaut a fortiori dans un tel cas*”.

⁵¹ Ivi, par. 50.

⁵² Ivi, par. 51.

da un lato, tale procedura, secondo la Corte EDU, consente di valutare il superiore interesse del minore nel caso concreto, dall'altro lato, non si presenta scevra da problematicità pratiche soprattutto alla luce del margine di apprezzamento e delle regole di diritto internazionale privato riguardanti il riconoscimento (o meno) dell'atto di nascita prodotto all'estero alla luce del principio di ordine pubblico internazionale.

Inoltre, nonostante la Corte EDU rammenti che considerazioni etiche proprie degli Stati membri possono indurre questi ultimi a condannare le pratiche connesse alla maternità surrogata e a contrastare il rischio di abusi, il margine di apprezzamento per lo Stato che è chiamato ad effettuare il riconoscimento risulta assai ridotto a fronte dell'interesse superiore del minore, alla protezione della sua identità e del diritto di crescere in un ambiente che gli garantisca stabilità e benessere.

5. Segue: sul riconoscimento dei rapporti familiari di fatto

Il processo argomentativo seguito dalla Corte EDU sembra mostrare il supporto anche al riconoscimento della rilevanza dei rapporti familiari di fatto tra il genitore ed il figlio. Conseguentemente essi si confermano meritevoli di tutela alla luce del diritto alla propria vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. In tal senso, il parere dà pieno sviluppo alla impostazione già espressa nei casi *Menesson, Labassee, Foulon et Bouvet e Laborie*.

È possibile anche richiamare il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015⁵³ e la successiva sentenza della Grande Camera del 24 gennaio 2017⁵⁴. Infatti, nel caso in questione, la Corte ha offerto, anche se implicitamente, alcune indicazioni sulla valutazione della rilevanza dei rapporti di fatto e sulla loro interazione con la protezione del legame di filiazione, ma ha lasciato aperte questioni tutt'altro che secondarie. In particolare, proprio la posizione dei bambini nati da madre surrogata è rimasta particolarmente critica, e le profonde diversità di approccio tra gli Stati non prospettavano (né prospettano) una soluzione positiva.

Tuttavia, nel parere in esame una nozione di famiglia che va al di là del carattere biologico del rapporto tra il minore e i genitori, anche “*intenzionali*”, è stato valorizzato. La Corte non ha inteso negare la particolare rilevanza del legame genetico, ma ha ribadito che si tratta di un elemento in presenza del quale lo Stato non può sottrarsi all'obbligo del riconoscimento della filiazione, come già affermato nel caso *Menesson*. Significativo è il passaggio già menzionato del parere nel quale è stata considerata l'ipotesi che un legame genetico sussista tra la madre intenzionale (anche donatrice dell'ovulo fecondato)

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italia*. Per un commento, v. I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 3, p. 2.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 27 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italia*. Per un commento, v. L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SidiBlog.it*, 2017, disponibile su <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>.

e il figlio nato da gestazione per altri, sottolineando come in tal caso il margine di apprezzamento dello Stato si riduca a favore del riconoscimento del rapporto con il figlio⁵⁵.

La Corte ha dato rilievo agli orientamenti degli Stati membri i quali evidenziano che, pur mancando un *consensus* circa la configurazione di un obbligo positivo di riconoscere il rapporto genitoriale sulla base del certificato rilasciato all'estero, è riscontrabile una tendenza favorevole al riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali anche quando si tratti di un rapporto di fatto e non propriamente di coniugio. In questo caso, a mero titolo esemplificativo, si può notare che una tendenza positiva è stata registrata pochi mesi prima del parere *de quo*, ove il *Bundesgerichtshof* tedesco, nella sentenza del 5 settembre 2018⁵⁶, ha statuito il diritto del minore nato a seguito di maternità surrogata a ottenere la registrazione del suo *status* di figlio anche nei confronti del genitore intenzionale.

Sulla base di queste argomentazioni gli Stati sono tenuti a garantire una qualche forma di riconoscimento anche al genitore intenzionale, sia pure più circoscritta rispetto alla automatica trascrizione del certificato ottenuto all'estero.

6. Il possibile impatto del parere nell'ordinamento italiano: questioni di diritto internazionale privato e processuale

Tenendo conto delle conclusioni a cui è pervenuta la Corte EDU, è interessante svolgere qualche riflessione sugli orientamenti giurisprudenziali presenti nell'ordinamento giuridico italiano e, precisamente, sulle questioni sotto il profilo della registrazione della filiazione stabilita all'estero, da una parte, e della disciplina dell'adozione, dall'altra parte, anche alla luce del limite dell'ordine pubblico internazionale.

Ad oggi, le presenti tematiche si presentano ancora prive di una disciplina giuridica e di un orientamento giurisprudenziale omogeneo.

7. Segue: sul riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero

Prendendo in esame il potenziale riconoscimento dell'atto di nascita prodotto in un altro Stato, è possibile osservare subito che la Corte di cassazione ha evidenziato più di una volta che merita prestare attenzione al limite dell'ordine pubblico. Infatti, la Corte ha affermato che quest'ultimo non può intendersi come limitato ai soli valori condivisi della comunità internazionale, ma, al contrario, come comprensivo di principi e valori

⁵⁵ Ivi, par. 47.

⁵⁶ La sentenza è reperibile su <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=88279&pos=0&anz=1>.

esclusivamente propri, per la cui individuazione è necessario considerare l'ordinamento nella sua completezza⁵⁷.

In generale, nel nostro ordinamento la l. 40/2004 consente solo la procreazione assistita da parte delle coppie sterili o infertili ai sensi dell'art. 4, 1° comma, ma vieta penalmente la maternità surrogata ai sensi dell'art. 12, 6° comma. Tuttavia, nel caso in cui la nascita avvenga in uno Stato che ammette tale pratica e il bambino acquisti – in base alle norme di quello Stato seguendo i principi dello *ius sanguinis* oppure dello *ius soli* – la cittadinanza di quello Stato, la successiva registrazione del certificato ottenuto all'estero che attribuisca la genitorialità anche a favore del coniuge privo di legami genetici con il bambino non dovrebbe essere impedita⁵⁸.

Prendendo ad esempio l'ordinamento giuridico italiano, in base all'art. 33, 1° comma, della L. 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, lo *status* di figlio è determinato dalla legge nazionale acquisita alla nascita o da quella di uno dei genitori, se quest'ultima risulta più favorevole. Ciò si giustifica proprio in virtù del principio del *favor filiationis* al quale la legge di riforma si ispira. Esso esprime l'obiettivo materiale preminente, che condiziona anche la disciplina del rinvio di cui all'art. 13 comma 3, ossia il rinvio *in favorem*⁵⁹. Il provvedimento straniero potrà avere efficacia in Italia ai sensi

⁵⁷ È in tale prospettiva che la Corte intende quindi inquadrare il divieto, penalmente sanzionato, di surrogazione di maternità, così come la tutela della dignità della gestante e l'osservanza delle norme in materia di adozione. Peraltro, tale divieto non si pone neppure in contrasto “[...] con la tutela del superiore interesse del minore [...] ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York richiamata nel ricorso. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'adozione [...] la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte della legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare al caso concreto”. V. Corte di cassazione, sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001. Sul limite dell'ordine pubblico internazionale, in generale, v. tra gli altri, G. BARILE, *Ordine pubblico internazionale e costituzione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1973, n. 56, p. 727; G. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1976, n. 13, p. 469; P. ZICCARDI, *Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, n. 1, p. 5. In particolare, v. A. VIVIANI, *Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 847; C.E. TUO, *Armonia delle decisioni e ordine pubblico*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2013, p. 507; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello 'status' da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, n. 4, p. 1070; A. DI BLASE, *Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione*, in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari*, Roma, 2019, p. 63.

⁵⁸ 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*, cit.

⁵⁹ Con specifico riferimento alla tematica qui considerata, V. P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, n. 276, p. 92 e ss.; ID., *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, p. 296. Sui riflessi in ordine alla disciplina del rinvio, v. anche A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2010, n. 352, p. 460 e ss.

dall'art. 65 o attraverso l'applicazione dell'art. 66 se provvedimenti di volontaria giurisdizione e potrà, pertanto, essere inserito nel registro dello stato civile⁶⁰.

Ciò riflette il *favor* per il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero. Esso costituisce una modalità di espressione della tendenza a livello internazionale ed europeo all'accoglimento generalizzato del principio del mantenimento della stabilità delle situazioni personali, presente – con riferimento agli *status* personali in genere – nella legislazione italiana e dell'Unione europea (UE), essendo strumentale anche alla regolamentazione della circolazione delle persone nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁶¹. A livello internazionale, va nella medesima direzione anche la disciplina relativa al valore della certificazione estera di stato civile, regolamentata dalla Convenzione dell'Aja del 1961⁶² sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri, che circoscrive il controllo da parte dell'operatore italiano ai casi in cui siano presenti dubbi sulla provenienza e l'autenticità degli atti.

Tuttavia, è bene ricordare che la stessa legge di riforma fa salvo il limite dell'ordine pubblico internazionale. Infatti, solo se nel caso concreto non emergano elementi di contrasto con tale limite o in misura tale da prevalere sull'interesse superiore del minore, la filiazione dovrà essere trascritta nei registri di stato civile anche a favore del genitore intenzionale. In ogni caso, è importante osservare che, alla luce del *favor filiationis*, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico al riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di filiazione assume connotati diversi a confronto dei casi nei quali

⁶⁰ L'art. 19 del d.p.r. 396 del 3 novembre 2000 statuisce che: “1. Su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero. Tali atti devono essere presentati unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritta, da parte della competente autorità straniera”. Pertanto, solo in caso di dubbio ragionevole l'ufficiale di stato civile deve chiedere l'intervento del magistrato. Sul punto, v. Circolare del Ministro di Grazia e giustizia del 7 gennaio 1997 ai Procuratori Generali della Repubblica presso le Corti di appello, *contenente istruzioni per gli Uffici dello stato civile per l'applicazione degli articoli dal 64 al 71 della legge n. 218/1995*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 224. Un sistema analogo è stato poi instaurato nell'UE dal Regolamento 2201/2003/CE del Consiglio, *relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000*, del 27 novembre 2003, in GUUE L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1.

⁶¹ Sempre nell'ambito dell'UE, ai fini della semplificazione dei requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'ottica della agevolazione della libera circolazione dei cittadini europei, v. Regolamento 2016/1191/UE del Parlamento europeo e dal Consiglio, *che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012*, del 6 luglio 2016, in GUUE L 200 del 26 luglio 2016, p. 1, in vigore dal febbraio 2019. V. anche Corte di giustizia, sentenza del 2 dicembre 1997, *Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, causa C-336/94, par. 21, nella quale la Corte di giustizia ha statuito che gli enti nazionali competenti – nel caso specifico enti in materia di previdenza sociale – e i giudici nazionali di uno Stato membro sono obbligati ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato.

⁶² Convenzione dell'Aja sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri – adottata sotto gli auspici della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato – è stata firmata all'Aja il 5 ottobre 1961 ed è entrata in vigore il 14 gennaio 1965.

esso viene più frequentemente invocato, che in genere valgono ad impedire l'applicazione di leggi straniere più limitative dei diritti garantiti dall'ordinamento italiano⁶³.

Ora, sebbene il sistema di diritto internazionale privato italiano permetta, alle indicate condizioni, di procedere al riconoscimento della filiazione, assicurando in questo modo un'identità al minore e una maggiore certezza dei rapporti giuridici, la prassi giurisprudenziale italiana sembra ancora connotata da una disomogeneità interna, soprattutto con riferimento alla possibilità del riconoscimento del rapporto di filiazione per le coppie dello stesso sesso. Anche se risulta piuttosto complesso ricostruire le differenti impostazioni seguite dai giudici italiani, si cercherà di seguito di sottolineare gli orientamenti principali.

In generale, per quanto riguarda il riconoscimento della filiazione tramite gestazione per altri, la prevalente giurisprudenza di merito italiana ha affrontato la delicata questione attinente a coppie di persone dello stesso sesso. Da tale giurisprudenza emerge una tendenza favorevole al riconoscimento mediante registrazione o trascrizione della sentenza o, rispettivamente, del certificato ottenuto all'estero. A mero titolo esemplificativo, in una recente sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 15 giugno - 4 luglio 2018⁶⁴ (la quale riconosceva che anche la madre non biologica del minore nato da procreazione medicalmente assistita è genitore *ab origine*) è stato sottolineato che ormai non pochi ufficiali di Stato civile stanno provvedendo direttamente a formare atti di nascita indicanti una genitorialità omosessuale e numerose corti di merito ne prendono atto⁶⁵.

Inoltre, la maggior parte dei provvedimenti ricavabili dalla prassi italiana si riferiscono sia a casi nei quali sussiste un legame biologico con entrambi i genitori "*committenti*", sia a casi nei quali sono presenti legami biologici con uno soltanto dei genitori⁶⁶, lasciando inesplorata l'ipotesi del riconoscimento dello *status* di genitore in assenza di un legame genetico. In quest'ultimo caso, tuttavia, la Corte di Cassazione, in una pronuncia dell'8 maggio 2019 a Sezioni Unite⁶⁷, ha statuito la non riconoscibilità del provvedimento straniero di accertamento del rapporto di filiazione in caso di ricorso alla maternità surrogata. Essa cassava l'ordinanza della Corte d'Appello di Trento del 23

⁶³ V. J. FOYER, *Problèmes des conflits de lois en matière de filiation*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, n. 193, p. 90 ss., e spec. pp. 91-92, il quale si riferisce a questa problematica in termini di "*ordre public inversé*" nel senso che la legge del foro potrebbe apparire inconciliabile con un principio di ordine pubblico prevalente, nella specie il principio della tutela del minore. V. anche R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, e spec. p. 333.

⁶⁴ V. Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 15 giugno 2018 - 4 luglio 2018, n. 145, disponibile su <http://www.dirittifondamentali.it/media/2645/corte-dappello-di-napoli-4-luglio-2018-n145.pdf>.

⁶⁵ Corte d'Appello di Napoli, n. 145, cit., p.7.

⁶⁶ V. Tribunale di Torino, decreti del 21 maggio (disponibile su <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/20180704164753.pdf>) e 11 giugno 2018 (disponibile su <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/07/20180704164735.pdf>).

⁶⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193. La sentenza è reperibile su http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/12193_05_2019_no-index.pdf.

febbraio 2017, la quale, al contrario, aveva disposto invece la trascrizione nei registri dello stato civile, ravvisando nel divieto di surrogazione di maternità previsto nel nostro ordinamento un principio di ordine pubblico internazionale, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, dal quale discenderebbe di conseguenza il necessario affievolimento del diritto alla conservazione dello *status filiationis* acquisito all'estero.

8. Segue: l'adozione come strumento alternativo di riconoscimento del legame di filiazione?

È importante osservare che secondo il governo francese, tutti i procedimenti di adozione di madri committenti sono andati a buon fine. Tuttavia, esso ha sottolineato che l'adozione è concessa solo ove i genitori siano coniugati.

Nel caso di specie, la Corte EDU ha fatto cenno anche ad alcune considerazioni dell'*Ombudsman* francese, dalle quali emergerebbero elementi incerti circa le modalità di adozione della madre committente, per esempio con riferimento alla necessità di raccogliere il valido consenso della madre surrogata. Essa, tuttavia, non ha aggiunto altro nell'analisi, affermando che la compatibilità con i principi esposti della legge sull'adozione francese sfugge al proprio ambito di giudizio.

Nella prassi italiana, è possibile rilevare che nella motivazione della sentenza n. 12193/2019⁶⁸, la Corte di Cassazione ha valorizzato la possibilità di ricorrere al rimedio dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, 1° comma, lett. *d*) della L. 183/1984. Ai sensi della legge in questione, si tratta di uno strumento applicabile in caso di "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*". L'"*impossibilità*" *de quo* è intesa come riferibile non soltanto alla mancanza delle condizioni di fatto, ma anche di diritto (si pensi, ad es., all'insussistenza del rapporto di coniugio; infatti l'art. 44, 3° comma, prevede che "*nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1, l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato*"). Nella prassi italiana è possibile riscontrare casi nei quali provvedimenti di adozione ex art. 44, 1° comma, lett. *d*), sono stati pronunciati a favore del convivente⁶⁹ o del *partner* dello stesso sesso del genitore di un minore⁷⁰, valorizzando la presenza del legame affettivo tra il bambino e l'aspirante genitore⁷¹.

Il ricorso allo strumento dell'adozione di cui all'art. 44, 1° comma, lett. *d*), sembra fornire l'opportunità di superare le difficoltà di utilizzazione dell'adozione a favore del coniuge allorché questa venga richiesta da coppie di persone dello stesso sesso, dati i

⁶⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 12193, cit.

⁶⁹ Tra le prime pronunce, v. Corte d'Appello di Firenze, sentenza del 4 ottobre 2012, n. 1274.

⁷⁰ V. Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, n. 299; Corte d'Appello di Roma, sentenza del 23 dicembre 2015, n. 7127; Corte di Cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962; Corte d'Appello di Milano, sentenza del 9 febbraio 2017; Corte di Cassazione, sentenza del 16 aprile 2018, n. 9373; Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza del 10 ottobre 2018.

⁷¹ V. G. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, p. 335 e spec. pp. 336-339.

limiti imposti dalla L. 76/2016 sulle unioni civili, che non consente di estendere a queste ultime le disposizioni in materia di filiazione e di adozione⁷².

Non sarebbe possibile aggirare le limitazioni in questione celebrando il matrimonio all'estero, ove consentito, dal momento che gli articoli 32-*bis* e 32-*quinquies* della L. 218/95 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato stabiliscono che il matrimonio celebrato all'estero da cittadini italiani o fra un cittadino italiano ed uno straniero produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, e dunque sottostà alle stesse limitazioni stabilite dalla disciplina italiana sulle unioni civili⁷³.

L'apertura all'adozione in casi particolari a favore del convivente eterosessuale permetterebbe di evitare trattamenti discriminatori nei confronti delle coppie dello stesso sesso. A mero titolo esemplificativo, è possibile citare la sentenza della Corte EDU nel caso *X et al. c. Austria* del 19 febbraio 2013⁷⁴ secondo la quale, ove uno Stato contraente contempli l'istituto dell'adozione del figlio del *partner* a favore delle coppie conviventi di sesso diverso “*il principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso*”⁷⁵. La medesima sentenza è stata recentemente richiamata dalla sentenza 690 e 691/2016⁷⁶ della Corte di Appello di Milano la quale, rimarcando che la valutazione deve solo concentrarsi sull'esistenza di un rapporto stabile e duraturo sotto il profilo affettivo, educativo e materiale e che l'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando non può costituire alcuna limitazione, ha statuito che l'adozione, se risponde all'interesse del minore e vi è il consenso di tutti i soggetti interessati, non può essere ostacolata se non per il prevalere di pregiudizi legati ad una concezione dei vincoli familiari non più rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale.

Proprio l'interpretazione evolutiva della Corte EDU⁷⁷ della nozione di vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU è giunta ad affermare che nell'ambito della vita familiare deve annoverarsi il rapporto fra persone dello stesso sesso, rapporto che non può quindi essere escluso dal diritto di famiglia con la conseguenza che non già le aspirazioni o i desideri degli adulti debbano avere necessariamente pari riconoscimento da parte dell'ordinamento, bensì i diritti dei minori.

Anche in Italia la Corte di Cassazione, con sentenza del 31 maggio 2018 n. 14007, ha dichiarato l'efficacia in Italia di provvedimenti stranieri di adozione a favore di coppie di persone dello stesso sesso, escludendone la contrarietà all'ordine pubblico⁷⁸. In questo

⁷² V. l'art. 20 della L. 76/2016 estende al *partner* dell'unione la qualifica di “*coniuge*” precisando, tuttavia, che tale estensione “*non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente dalla legge né alle disposizioni della L. 184/1983*”.

⁷³ 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*, cit.

⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X et Autres c. Autriche*.

⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *X et Autres*, cit., par. 151.

⁷⁶ Corte di Appello di Milano, sentenza del 9 febbraio 2017, nn. 690 e 691/2016.

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, ricorso n. 68453/13, *S.e K. c. Austria*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2016, ricorso n. 68453/13, *P. c. Croazia*.

⁷⁸ Il caso riguardava un provvedimento di adozione “*piena*” a favore di due donne coniugate in Francia, ciascuna delle quali aveva adottato il figlio partorito dall'altra.

caso, però, la Cassazione ha basato la sua decisione sull'art. 24⁷⁹ della Convenzione dell'Aja del 1993⁸⁰ per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale. Va segnalato che l'art. 23 della Convenzione dell'Aja richiede che la decisione sul riconoscimento tenga conto del "*preminente interesse del minore*". L'art. 35 della l. 183/1984 ha attuato il principio in questione introducendo la formula del "*contrasto con i principi fondamentali che regolano il diritto di famiglia valutati in relazione al superiore interesse del minore*". Pertanto, in generale, il ruolo preminente che riveste, nella valutazione, l'interesse del minore (che normalmente corrisponde a vedere l'adozione riconosciuta) deve indurre ad applicare la clausola come un'*extrema ratio*.

Pertanto, nella giurisprudenza italiana sembra evincersi una sempre più marcata tendenza – anche se non pienamente condivisa – ad indicare l'adozione in casi particolari come valida alternativa – tra i vari strumenti a disposizione nello Stato – per lo stabilimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale. Tale soluzione non consente di avere un riconoscimento automatico di tale relazione, ma di passare attraverso la procedura adottiva, la quale dovrebbe e potrebbe consentire un accertamento caso per caso della soluzione maggiormente rispondente, da un lato, al superiore interesse del minore, e consentendo, dall'altro lato, di verificare eventuali abusi.

Tuttavia, ciò solleva differenti problematiche pratiche. A mero titolo esemplificativo, ci si può chiedere cosa succederebbe se nel procedimento di adozione il genitore intenzionale non venisse ritenuto idoneo all'esito dei controlli ivi effettuati o se la madre surrogata rifiutasse di prestare il proprio consenso. Sul punto la prassi giurisprudenziale della Corte di Strasburgo risulta ancora assai vaga, soprattutto nel delineare potenziali strumento di tutela.

9. Conclusioni

L'impostazione seguita dalla Corte EDU appare sicuramente di grande importanza teorica e pratica.

Alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, la protezione dell'interesse del minore trova indubbiamente un riconoscimento privilegiato. Tuttavia, la Corte tiene a precisare che nella valutazione dell'interesse in questione devono rientrare anche altri elementi da considerare attentamente. Ad es., si può fare riferimento ai possibili abusi connessi all'accordo di gestazione per altri – si pensi al fatto che l'accordo di maternità surrogata prevede di solito un corrispettivo rischiando così di mercificare la nascita dei

⁷⁹ L'art. 24 della Convenzione dell'Aja del 1993 statuisce che: "*Il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se essa è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore*".

⁸⁰ La Convenzione dell'Aja per la protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale è stata conclusa all'Aja il 29 maggio 1993 e ratificata in Italia con L. n. 476 del 1998.

bambini favorendo il c.d. “turismo procreativo”⁸¹ – oppure l’esigenza di tutela di interessi anch’essi fondamentali a fronte di pratiche gravemente lesive di valori fondamentali come, ad es., alla possibilità di sfruttamento delle donne economicamente svantaggiate⁸².

Si tratta di valutazioni che richiedono un esame concreto e specifico caso per caso e non in astratto, al fine di stabilire la sussistenza di eventuali violazioni del limite di ordine pubblico internazionale ostativo al riconoscimento della filiazione.

Allo stesso tempo, l’analisi del parere della Corte EDU e del suo possibile impatto nell’ordinamento giuridico italiano può evidenziare che in assenza, allo stato attuale, di una normativa uniforme a livello internazionale sulla maternità surrogata⁸³ e sui meccanismi di riconoscimento degli *status* personali⁸⁴, ogni valutazione circa l’idoneità degli atti stranieri (sia di natura amministrativa sia di natura giurisdizionale) a produrre effetti nello Stato d’origine risulta rimessa alla competenza dei singoli ordinamenti nazionali. Tale discrezionalità è, tuttavia, ridimensionata dall’esigenza di rispettare i vincoli derivanti dalla CEDU. Gli Stati contraenti di origine dei genitori committenti, pur restando liberi di disciplinare, a livello interno, il fenomeno della surroga di maternità, sono comunque tenuti a osservare gli obblighi risultanti dall’interpretazione di recente elaborata - sebbene ancora parzialmente - dalla Corte EDU in relazione al riconoscimento

⁸¹ Sul turismo procreativo, v. S. MOHAPATRA, *Stateless Babies and Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2012, n. 2, p. 412; 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.; H. FULCHIRON, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Journal du droit international*, 2014, p. 563 ss.; D. SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Journal du droit international*, 2015, n. 2, p. 429 e ss.

⁸² Il rischio di coercizione e di compromissione dell’autonomia decisionale può essere relativamente alto se il bambino nasce, ad es., in un territorio d’oltremare con requisiti di consenso che potrebbero essere più lassisti. Tutto ciò dovuto anche a molteplici fattori socio-culturali ed economici caratterizzanti i territori in questione, che possono sollevare reali preoccupazioni di sfruttamento di genere. Sul punto, v. K. BRUGGER, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, n. 3, p. 665.

⁸³ Sulla necessità di una disciplina uniforme sul tema del rapporto di filiazione derivante dalla maternità surrogata, v. Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato, *The Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements* (cd. “*Parentage/Surrogacy Project*”), 2012, disponibile su <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>; Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, p. 159, reperibile su [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL-JURI_NT\(2012\)462488](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL-JURI_NT(2012)462488); Commission Internationale de l’État Civil (CIEC), *La maternité de substitution et l’état civil de l’enfant dans les Etats membres de la CIEC*, 2014, consultabile su <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>; Consiglio d’Europa, Assemblea parlamentare, *Children’s rights related to surrogacy*, Explanatory memorandum by Ms Petra De Sutter, rapporteur, 2016, disponibile su <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>. V. anche K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 2011, n. 8, p. 627 e ss.; E. DAVIS, *The Rise of Gestational Surrogacy and The Pressing Need for International Regulation*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2012, p. 120 ss.; H. BAKER, *A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There ‘Lessons’ to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?*, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013, p. 411.

⁸⁴ P. LAGARDE (cur.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013.

degli effetti di talune tipologie di accordi di surrogazione conclusi all'estero⁸⁵. In tali situazioni l'esigenza degli Stati contraenti di tutelare i propri interessi nazionali, generalmente espressi nei divieti di maternità surrogata e nella tutela dei principi (di ordine pubblico internazionale) dell'indisponibilità dello *status* delle persone, del corpo e della dignità umana, sembra scontrarsi ancora con il difficile compito di garantire un equo bilanciamento con la tutela degli *status* personali (e, più in generale, dell'identità personale) e del superiore interesse del minore. Inoltre, non bisogna trascurare che tutto ciò potrebbe avere importanti riflessi anche nell'UE⁸⁶.

Riguardo al rimedio dell'adozione in casi particolari – che non interrompe il rapporto con la famiglia d'origine – pur considerando la possibilità di successo che tale strumento offre a favore del minore della creazione di un legame solido con tutti i propri genitori, ci si può chiedere se ed in che misura esso sia ontologicamente adeguato, quale strumento alternativo, alle esigenze connesse alla filiazione. Infatti, l'adozione ex art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/1983, costituisce un rimedio attivabile solo su iniziativa del genitore intenzionale e, dunque, non garantisce l'acquisizione dello *status* di figlio sulla base del progetto di genitorialità condiviso dalla coppia. Non sono poi da sottovalutare i problemi connessi al consenso della madre gestazionale – problema cui si accenna vagamente nel parere in esame (par. 57) – nei casi di ricorso alla maternità surrogata. Si tratta, fra l'altro, di stabilire se la rinuncia – espressa e libera – ad avanzare pretese di esercizio della genitorialità formulata al momento della conclusione del contratto di gestazione equivalga ad un consenso valido ai fini dell'adozione. La Corte EDU ha suggerito dei criteri di valutazione circa l'adeguatezza dello strumento adottivo, riguardanti la rapidità e – nell'ottica della necessità di evitare il prolungarsi di situazioni di incertezza riguardo allo *status* del figlio – l'effettività della procedura di adozione e la presenza e validità del consenso prestato dalla madre gestazionale.

Per tutte queste ragioni, la registrazione dello *status* di figlio sulla base della certificazione acquisita all'estero sembra rispondere meglio all'interesse superiore del minore, oltre che alla realizzazione del progetto di genitorialità mediante procreazione medicalmente assistita. Si ritiene, inoltre, che su un tema così delicato sia imprescindibile un intervento da parte del legislatore, per dare risposta ad alcuni interrogativi che rimangono insoluti e che si è cercato di individuare nel presente lavoro, primo fra tutti il fatto che la maternità che risulta dall'atto di nascita straniero allo stato attuale della

⁸⁵ C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, n. 3, p. 589 ss. Per i riflessi che un riconoscimento diffuso degli accordi di surrogazione può avere nell'ambito del diritto dell'Unione europea, v. C. THOMALE, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?* in *Journal of Private International Law*, 2017, n. 2, p. 463.

⁸⁶ Sulla rilevanza di questo tema e di altri nell'ambito dell'UE si rinvia a P. MENGOZZI, *Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 69; E. CARACCILO DI TORELLA, P. FOUBERT, *Surrogacy, Pregnancy and Maternity Rights: a Missed Opportunity for a More Coherent Regime of Parental Rights in the EU*, in *European Law Review*, 2015, vol. 40, n. 1, p. 52; G. DE BAERE, *Shall I Be Mother? The Prohibition on Sex Discrimination, the Un Disability Convention, and the Right to Surrogacy Leave Under EU Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 2015, n. 74, p. 44.

legislazione è in contrasto con le previsioni della legge regolatrice della filiazione stessa. Infatti, sebbene l'art. 33 della l. 218/1995 rinvii alla legge di nazionalità del minore che risulta dall'atto di nascita straniero, nel caso di applicazione della legge italiana essa attribuisce ad oggi la maternità alla donna che ha partorito e non a quella che ha stipulato l'accordo di maternità surrogata, ai sensi dell'art. 269, 3° comma, del Codice civile.

In ogni caso, il parere in esame rappresenta un indiscusso stimolo a riconsiderare la normativa italiana sull'attribuzione della genitorialità ai membri di unioni registrate, nonché sulla accessibilità dell'istituto dell'adozione e la rapidità delle relative procedure. Il parere, se pure non vincolante, ha la capacità di diventare un parametro di riferimento e orientare in materia le più alte giurisdizioni a livello internazionale. Ciò diviene ancora più rilevante soprattutto nel caso italiano data la mancata ratifica da parte dell'Italia al Protocollo n. 16. Ci si può chiedere, infatti, che effetti può avere un parere per uno Stato che non ha ratificato il Protocollo 16, dato che esso non è vincolante neppure per gli Stati che lo hanno ratificato.

ABSTRACT: Il presente articolo ha ad oggetto l'analisi del primo parere consultivo reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) il 10 aprile 2019 in ambito di maternità surrogata, riflettendo sui suoi possibili effetti nell'ordinamento giuridico italiano. L'articolo ricostruisce, in primo luogo, le modalità di richiesta del parere, evidenziando le potenziali criticità di sistema. In secondo luogo, vengono delineate le questioni sottoposte alla Corte EDU e la sua giurisprudenza, sottolineando le questioni giuridiche riguardanti il rispetto del margine di apprezzamento, di riconoscimento degli atti di stato civile prodotti all'estero e del limite dell'ordine pubblico internazionale.

KEYWORDS: Corte europea dei diritti dell'uomo – parere consultivo – maternità surrogata – genitorialità intenzionale – riconoscimento della filiazione.

THE FIRST ADVISORY OPINION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS BETWEEN SURROGACY AND “*INTENTIONAL*” PARENTING: THE POSSIBLE IMPACT IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This article aims to carry out an analysis of the first advisory opinion of the European Court of Human Rights (ECHR) issued last 10 April 2019 in the area of surrogacy and its possible effects in the Italian legal system. Firstly, the article will carry out a reconstruction of the procedures in order to request the opinion, highlighting the potential system criticalities. Secondly, the questions submitted to the ECHR and its decisions will be evaluated, outlining the legal issues concerning the

respect of the margin of appreciation, recognition of civil *status* documents produced abroad and the limit of international public order.

KEYWORDS: European Court of Human Rights – Advisory Opinion – Surrogacy – Intentional Parenting – Recognition of Parentage.