



OSSERVATORIO SUL CONTENZIOSO EUROPEO DEI DIRITTI UMANI N. 2/2019

1. IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA IL PRIMO PARERE CONSULTIVO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: QUALCHE INDICAZIONE (ANCHE) PER IL LEGISLATORE ITALIANO?

Lo scorso 10 aprile la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emanato il [parere consultivo](#) riguardante il riconoscimento legale da parte della madre intenzionale dello *status filiationis* di un bambino nato all'estero in seguito a un contratto di maternità surrogata.

Come è noto, la richiesta di parere era stata avanzata dalla Corte di Cassazione francese in data 18 ottobre 2018 nell'ambito del caso [Mennesson](#) sul quale la stessa Corte di Strasburgo si era già pronunciata con sentenza del 26 giugno 2014.

I fatti all'origine del caso riguardavano il riconoscimento in Francia del rapporto di filiazione tra i genitori intenzionali ed una coppia di gemelli nati in California a seguito di un contratto di maternità di surrogata. La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo avere rilevato come non vi fosse alcuna violazione del diritto al rispetto della vita familiare né nei confronti dei bambini, né nei confronti dei genitori intenzionali, aveva concluso che vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata nei confronti della coppia di gemelli.

Tale conclusione si basava sul presupposto che il rispetto della vita privata implica il rispetto per l'identità di ognuno ed un aspetto essenziale dell'identità degli esseri umani riguarda proprio il legame parentale. Pertanto, il mancato riconoscimento giuridico in Francia del rapporto di filiazione tra i bambini ed i genitori intenzionali minacciava gravemente il diritto al rispetto della vita privata dei bambini. Per altro, nel caso di specie, il padre intenzionale era anche il padre biologico, circostanza questa che rileva per due ordini di motivi: da una parte, in quanto ha orientato il ragionamento della Corte, dall'altra, in quanto ha aperto la strada ad un cambiamento della legislazione francese in materia.

Per quanto attiene al primo aspetto, la Corte di Strasburgo, dopo avere ribadito che, in materia di maternità surrogata, gli Stati dispongono di un ampio margine di apprezzamento, ha sottolineato come tale margine venga superato qualora, in presenza del legame biologico tra il padre ed il bambino, lo Stato si rifiuti di riconoscere lo *status* di filiazione.

Per quanto riguarda, invece, il secondo profilo, occorre rilevare come, sulla scia del caso [Mennesson](#) la Francia si sia dotata di una legislazione in base alla quale è possibile la registrazione del certificato di nascita di un bambino nato all'estero da un contratto di maternità surrogata nel caso in cui il padre intenzionale sia anche il padre biologico; inoltre,

alla madre intenzionale sposata con il padre biologico è riconosciuta la possibilità di ricorrere all'adozione (facilitata) in modo da legalizzare il suo rapporto con il bambino.

Proprio a seguito di tale modifica normativa e della corresponsione dell'indennizzo disposto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il Comitato dei Ministri, con risoluzione n. 286 del 21 settembre 2017 aveva chiuso il controllo sull'esecuzione della sentenza.

Nell'ambito della procedura interna attivata dai sig.ri Mennesson, la Corte di Cassazione francese, avvalendosi della possibilità offerta dal Protocollo 16, formula la richiesta di parere alla Corte europea nella quale, in particolare, si chiede: se il rifiuto delle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita di un bambino nato all'estero a seguito di contratto di maternità surrogata in cui figurino il padre biologico e la madre intenzionale rientri nel margine di apprezzamento statale e se, in caso di risposta affermativa, il ricorso all'adozione da parte della madre intenzionale sia conforme all'art. 8 della Convenzione.

Per la prima volta, quindi, la Corte europea dei diritti dell'uomo è chiamata ad esercitare la sua funzione consultiva ai sensi del Protocollo 16, entrato in vigore il 1° agosto 2018 ed al momento ratificato solo da 12 Stati tra cui non figura l'Italia (per dei commenti al Protocollo si veda, tra gli altri, C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur.*, 2013, o. 24 ss.; G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta nel sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. int.*, 2013, p. 773; E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2014, p. 117 ss.). Pertanto, il parere in oggetto suscita di sicuro un vivo interesse anche in considerazione degli effetti che sarà destinato a produrre. Al di là, infatti, della sua natura non vincolante non può non considerarsi l'importanza che esso riveste dal punto di vista giuridico. Particolarmente interessante appare la redazione dello stesso, in cui figura una breve ma efficace ricostruzione del caso, il richiamo al diritto internazionale pertinente, il richiamo al diritto comparato, le considerazioni preliminari della Corte e le risposte puntuali ai quesiti sollevati dalla giurisdizione richiedente.

Da segnalare, per altro, che molti dubbi si nutrono sulla non vincolatività del parere, in ragione del fatto che le argomentazioni della Corte sono sostenute da richiami della giurisprudenza precedente che, come è noto, non solo è certamente obbligatoria, ma è anche l'interpretazione autentica della Convenzione, dal momento che i diritti in essa contemplati devono essere tutelati e garantiti secondo l'interpretazione che di essi ne dà la Corte di Strasburgo.

Del resto, nonostante l'art. 5 del Protocollo si limiti ad affermare che «advisory opinions shall not be binding», non si può negare che dall'emanazione dei pareri si producano inevitabilmente degli effetti giuridici. A tale proposito la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (nel documento *Reflection Paper – On the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction* del 20 febbraio 2012) ha puntualizzato che i pareri, pur non essendo giuridicamente obbligatori, avranno, in ogni caso, «undeniable legal effects». Per comprendere la portata di tale affermazione può essere di aiuto il Rapporto esplicativo del Protocollo, in cui, al par. 27 si legge: «Advisory opinions under this Protocol would have no direct effect on other later applications. They would, however, form part of the case-law of the Court, alongside its judgments and decisions. The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions».

È evidente, dunque, l'intenzione dei redattori del Protocollo di fare in modo che la funzione consultiva della Corte abbia lo scopo di favorire il dialogo con le più alte

giurisdizioni nazionali (non a caso il Protocollo 16 fu definito dall'allora Presidente della Corte Spielmann *Protocole du dialogue*) e ciò, nel lungo periodo, avrebbe anche la positiva conseguenza di ridurre il carico di lavoro dei giudici di Strasburgo.

Che questa forma di “dialogo” sia iniziata su una materia così delicata come quella oggetto del parere in commento sta proprio ad indicare la necessità di un confronto su tematiche particolarmente sensibili, tra le quali, certamente, rientra la maternità surrogata.

Appare interessante, dunque, il ragionamento seguito dalla Corte nel rispondere ai quesiti sollevati dalle più alte cariche giurisdizionali francesi.

In primo luogo, viene in rilievo l'indagine comparativa operata dalla Corte su 43 Stati Parti Contraenti della Convenzione (esclusa la Francia) dalla quale emerge che la maternità surrogata è ammessa in nove Stati, in altri dieci è “tollerata” e nei restanti 24 Stati è vietata. Inoltre, in 31 Stati (inclusi 12 in cui vige il suddetto divieto) è riconosciuta la possibilità per il padre intenzionale che è anche padre biologico di effettuare il riconoscimento di paternità per il bambino nato da maternità surrogata; in 19 Stati (inclusi 7 che proibiscono la maternità surrogata) è altresì ammesso il riconoscimento del bambino da parte della madre intenzionale con la quale non vi è alcun legame genetico. In tali ipotesi, le procedure di riconoscimento di siffatto rapporto di filiazione variano da uno Stato all'altro.

Nel parere la Corte conferma che gli ordinamenti interni, nel rispetto del diritto alla vita privata del bambino di cui all'art. 8, devono prevedere la possibilità che lo *status filiationis* sia riconosciuto da parte paterna qualora il padre intenzionale sia anche il padre biologico.

Con riferimento alla possibilità di riconoscimento del bambino da parte della madre intenzionale, la Corte ritiene che devono essere presi in esame due fattori: il superiore interesse del bambino e l'ambito del margine di apprezzamento statale.

Il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale ha, in generale, un impatto negativo su molteplici aspetti del diritto del bambino al rispetto della vita privata, in quanto li pone in una posizione di incertezza giuridica, per esempio non permettendogli di acquisire la cittadinanza della madre, di rimanere nel Paese di residenza della madre (ipotesi queste che non valgono nel caso di specie, in quanto il padre biologico è cittadino francese), di non vedere tutelato il rapporto con la madre in caso di separazione dei coniugi o di morte del padre. Da questo punto di vista, l'impossibilità generale ed assoluta di ottenere il riconoscimento da parte della madre intenzionale «is incompatible with the child's best interests, which require at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case».

Con riferimento al margine di apprezzamento statale, la Corte sottolinea che, sebbene dall'indagine comparativa emerga come su tale tema non vi sia un consenso generale, «where a particularly important fact of an individual's identity was at stake, such as when the legal parent-child relationship was concerned, the margin allowed to the State was normally restricted».

Alla luce di tali considerazioni, ad avviso della Corte il diritto al rispetto della vita privata di un bambino nato all'estero da un contratto di maternità surrogata richiede che il diritto interno preveda la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con la madre intenzionale che sia indicata nel certificato di nascita come “madre legale”.

Con riferimento alla seconda parte della richiesta di parere, vale a dire se l'adozione da parte della madre intenzionale permetta di assicurare il diritto al rispetto della vita privata dei bambini, la Corte, dopo avere sottolineato, come non vi sia un consenso generale tra gli Stati, (varie essendo le procedure per il riconoscimento del rapporto di

filiazione con il genitore intenzionale) sottolinea che l'adozione rientra tra i mezzi che possono assicurare il *best interest of child*. Tuttavia, deve trattarsi di un meccanismo in grado di operare con rapidità in modo da non lasciare il bambino in una condizione di incertezza.

Da rilevare che, con riferimento alla normativa francese, la Corte pone in evidenza la circostanza che la procedura di adozione nell'ipotesi in oggetto è ammessa solo per le coppie di genitori intenzionali uniti da matrimonio.

Interessante, inoltre, l'ultimo paragrafo del parere in cui la Corte, considerata la complessità delle tematiche connesse alla maternità surrogata, sembrerebbe auspicare l'adozione di una convenzione internazionale in materia nella misura in cui essa «observes that the Hague Conference on Private International Law has been working on a proposal for an international convention designed to address these issues on the basis of principles to be accepted by the States acceding to that instrument».

Certo, occorre rilevare come anche tale strada non sia facilmente percorribile da parte di quegli Stati, come l'Italia, per i quali il tema della maternità surrogata suscita ancora molte resistenze nell'opinione pubblica.

Proprio con riferimento all'Italia, tuttavia, particolarmente interessante appare il passaggio del parere in cui la Corte, richiamando il noto caso *Paradiso e Campanelli*, riconosce di aver posto grande enfasi sull'esistenza del legame biologico con almeno uno dei genitori intenzionali. È noto, infatti, che la vicenda che riguardava i coniugi italiani, è stata decisa dai giudici di Strasburgo tenendo in larga considerazione l'assenza del legame biologico con il bambino nato da contratto di maternità surrogata.

Tuttavia, la Corte non esclude che in futuro potrebbe essere chiamata a sviluppare ulteriormente la sua giurisprudenza in questo campo, in particolare in vista dell'evoluzione della questione della maternità surrogata.

Proprio il contenuto del par. 36 del parere, quindi (in cui si legge: «In connection with the foregoing the Court notes that, to date, it has placed some emphasis in its case-law on the existence of a biological link with at least one of the intended parents (...). It observes in that regard that the question to be addressed in the present case explicitly includes the factual element of a father with a biological link to the child in question. The Court will limit its answer accordingly, while making clear that it may be called upon in the future to further develop its case-law in this field, in particular in view of the evolution of the issue of surrogacy») sta ad indicare che la materia della maternità surrogata e tutte le questioni ad essa connesse non possono essere confinate entro una regolamentazione rigida e un orientamento giurisprudenziale univoco. Nel caso in cui, quindi, l'evoluzione di cui parla la Corte dovesse realizzarsi e le legislazioni degli Stati parti della Convenzione dovessero rivelare un orientamento consolidato verso il riconoscimento della maternità surrogata o, comunque, il riconoscimento del rapporto di filiazione tra genitori intenzionali bambino nato da contratto di maternità surrogata al di là dell'esistenza del legame biologico, è chiaro che saremmo in presenza di una riduzione considerevole del margine di apprezzamento statale. Di conseguenza, gli orientamenti giurisprudenziali dei giudici di Strasburgo, anche nei confronti del nostro ordinamento, potrebbero essere decisamente meno cauti.

Proprio in ragione di tali considerazioni, quindi, in questa, come in altre materie particolarmente delicate, il “dialogo” tra Corti supreme nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo non solo è decisamente da auspicare, ma dovrebbe altresì servire da utile punto di riferimento per il legislatore.

FRANCESCA PERRINI