



FRANCESCA PERRINI\*

### I DISCUSSI CONTRASTI TRA LA LEGGE N. 40/2004 SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: UN TEMA SEMPRE DI ATTUALITÀ?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcune considerazioni sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. – 3. La diagnosi preimpianto all'esame della Corte di Strasburgo. – 4. Il dialogo giurisprudenziale sulla fecondazione eterologa. – 5. La delicata questione della maternità surrogata. – 5.1 La sentenza della Grande Camera sul caso *Paradiso e Campanelli*. – 6. Conclusioni.

#### 1. Premessa

La Corte europea dei diritti dell'uomo torna, ancora una volta, a pronunciarsi su tematiche complesse e delicate strettamente collegate alla procreazione medicalmente assistita. E' del 24 gennaio 2017, infatti, la sentenza della Grande Camera con la quale si accoglie il ricorso del governo italiano in materia di affidamento di un minore nato da una contratto di maternità surrogata. Il caso, su cui si dirà oltre, si inquadra nel lungo ed articolato dialogo giurisprudenziale tra Corti interne e Corte di Strasburgo in materia di “reproductive rights”, “children's rights”, “parental rights”, “gestational surrogacy”. Ed è opportuno sottolineare sin d'ora che si tratta di un caso che, sebbene non abbia ad oggetto la legittimità o meno del contratto di maternità surrogata, non si sarebbe verificato (quanto meno non con tali modalità) in presenza di una normativa completa sulla fecondazione eterologa, ovvero di una regolamentazione dei contratti di maternità surrogata.

Già all'indomani dell'adozione della legge n. 40/2004 recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”<sup>1</sup>, numerose erano state le critiche sollevate con riferimento ad alcuni aspetti specifici della disciplina<sup>2</sup>. Del resto, il contenuto della normativa in oggetto non poteva che essere frutto di un inevitabile compromesso in ragione delle posizioni considerevolmente distanti tra loro dettate da motivazioni di ordine

\* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Messina.

<sup>1</sup> Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 24 febbraio 2004, n. 45.

<sup>2</sup> Si veda in proposito C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 531 e ss.; M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), in cui la legge in oggetto viene definita un “insuccesso legislativo”.

etico-morale. L'unico punto su cui si registrava una larga convergenza riguardava la necessità di una regolamentazione della materia, stante la preoccupazione largamente condivisa che l'assenza di regole ed il conseguente *far west procreativo* potesse comportare una seria minaccia per il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

I profili della normativa che da subito hanno suscitato rilevanti perplessità riguardano, innanzitutto, la condizione per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) che deve consistere nell'infertilità o sterilità inspiegata non superabile con altri rimedi terapeutici (art. 4, comma 1)<sup>3</sup> unitamente alla circostanza che deve trattarsi di coppia eterosessuale (art. 5)<sup>4</sup>. Ulteriori limiti sono dati dal divieto di fecondazione di tipo eterologo (art. 4, comma 3)<sup>5</sup> e dal divieto di maternità surrogata (art. 12, comma 6)<sup>6</sup>.

Proprio per alcune di tali criticità il 12 e 13 giugno 2005 la legge in questione fu sottoposta a referendum parzialmente abrogativo che, tuttavia, non portò ad alcun risultato per il mancato raggiungimento del quorum.

È da sottolineare, altresì, come già a quella data se, da una parte, l'ordinamento interno riusciva a licenziare un testo dal contenuto fortemente restrittivo e limitativo dei diritti dei singoli, dall'altra, l'ordinamento internazionale si manifestava decisamente orientato verso posizioni di maggiore apertura. Segnatamente, in ambito Consiglio d'Europa, è da sottolineare che già diversi anni prima era stata adottata, in data 4 aprile 1997, la Convenzione di Oviedo sulla biomedicina<sup>7</sup>. Dal testo di tale importante strumento

<sup>3</sup> “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”.

<sup>4</sup> “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

<sup>5</sup> “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

<sup>6</sup> “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

<sup>7</sup> Sulla Convenzione di Oviedo, si veda C. ZANGHÌ. L. PANELLA (a cura di), *Recenti sviluppi in materia di bioetica. In margine al Progetto di Convenzione sulla bioetica del Consiglio d'Europa*, Torino, 1996; R. SAPIENZA, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 458 e ss. La Convenzione dal titolo “Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina”, è entrata in vigore il 1° dicembre 1999. L'Italia l'ha ratificata con la legge n. 145 del 28 marzo 2001 (pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 24 aprile 2001, n. 95), con la quale è stato recepito anche il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998 sul divieto di clonazione di essere umani, entrato in vigore il 1° marzo 2001. La legge italiana di ratifica contiene, inoltre, la delega al Governo “ad adottare, (...), uno o più decreti legislativi, occorrenti per adeguare, se del caso, l'ordinamento giuridico italiano ai principi ed alle norme della Convenzione e del Protocollo”. Da segnalare che l'Italia non ha, ad oggi, depositato lo strumento di ratifica, verificandosi, a questo punto, la seguente situazione: sul piano interno il procedimento di ratifica è concluso, ma sul piano internazionale manca un passaggio che inficia l'efficacia (e, quindi, l'applicabilità) della Convenzione, dal momento che, in mancanza del deposito dello strumento di ratifica, la Convenzione non può entrare in vigore nel nostro ordinamento (Sulla questione v. S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), in cui a proposito della validità e della efficacia di un trattato internazionale si legge che queste potrebbero “non coincidere istantaneamente (...), in quanto alla validità formale derivante dalla loro inclusione all'interno della legge di autorizzazione alla ratifica non corrisponde automaticamente la relativa efficacia sostanziale. Infatti, rispetto agli “anelli funzionali” dell'esecuzione e dell'adattamento, la fase dell'autorizzazione viene a porsi quale *condizione* di efficacia necessaria, ma non sufficiente, dal momento che il momento della *ratifica* formale, che si perfeziona

internazionale risulta, con riferimento al tema in oggetto, che la Convenzione non si occupa di regolamentare la procreazione medicalmente assistita, ma alcuni suoi articoli sono a questa fortemente collegati, come, per esempio: l'art. 18 sulla ricerca sugli embrioni in vitro<sup>8</sup>; l'art. 21 che impone il divieto di utilizzo del corpo umano o di sue parti a scopo di profitto<sup>9</sup> e l'art. 14 sul divieto di utilizzare tecniche di PMA per selezionare il sesso del nascituro<sup>10</sup>.

Dall'interesse del Consiglio d'Europa verso tali tematiche e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge come la normativa italiana in questione non abbia retto alla prova dei fatti.

Al giudizio della Corte di Strasburgo, inoltre, si aggiunge quello della nostra Corte costituzionale rendendo così non più procrastinabile un intervento del legislatore.

## 2. Alcune considerazioni sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano

È ormai noto come la legge n. 40/2004 sia stata oggetto di pronunce particolarmente rilevanti da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno avuto importanti influenze nelle decisioni della nostra Corte costituzionale e nel dibattito (parlamentare e non) intorno alla necessità di apportare modifiche alla normativa italiana in materia di procreazione medicalmente assistita. Pertanto, prima di esaminare la principale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, vale la pena di ricordare, seppur brevemente, la delicata questione del valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento, questione da sempre dibattuta e pur tuttavia sempre attuale visto l'“interesse” che periodicamente suscita nella nostra Corte costituzionale, anche dopo le famose sentenze “gemelle” del 2007, con le quali la Corte aveva avuto modo di ritornare ancora una volta sul tema in passato già ampiamente trattato del valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento<sup>11</sup>, dando, per la prima volta,

---

con il deposito degli strumenti della medesima ex art. 11 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, assume un sostanziale effetto condizionante non tanto della validità quanto dell'efficacia dei medesimi”).

Il sistema della Convenzione è stato ulteriormente completato dal Protocollo sul trapianto di organi e tessuti di origine umana e dal Protocollo sulla ricerca biomedica, entrambi firmati a Strasburgo, rispettivamente, il 4 dicembre 2001 ed il 25 gennaio 2005, ed entrati in vigore, il primo, l'1 maggio 2006, il secondo, l'1 settembre 2007. Il quadro normativo è poi completato da un quarto Protocollo sui test genetici, firmato anch'esso a Strasburgo, il 27 novembre 2008, non ancora entrato in vigore. L'Italia ha firmato il secondo protocollo in data 28 febbraio 2002 ed il terzo in data 19 ottobre 2005, ma in entrambi i casi non ha, allo stato, proceduto alla ratifica.

<sup>8</sup> Ai sensi del quale: “1. Quando la ricerca sugli embrioni in vitro è ammessa dalla legge, questa assicura una protezione adeguata all'embrione. 2. La costituzione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata”.

<sup>9</sup> “Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto”.

<sup>10</sup> “L'utilizzazione delle tecniche di assistenza medica alla procreazione non è ammessa per scegliere il sesso del nascituro, salvo che in vista di evitare una malattia ereditaria legata al sesso”.

<sup>11</sup> Sull'argomento v. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 3/2007, p. 14; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117 Cost.: un passo avanti, due indietro?*, in *Dir. uomo*, 3/2007, p. 26; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 3/2007, p. 46; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, in *Dir. uomo*, 3/2007, p. 50; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2008, p. 487; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte*

un'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione così come modificato dalla l. cost. n. 3/2001 e chiarendo i rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano<sup>12</sup>.

In particolare, per quanto attiene al rango che la Convenzione occupa nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha puntualizzato che il fatto che l'art. 117 imponga che nell'esercizio della potestà legislativa si rispettino gli "obblighi internazionali" fa ritenere che le norme della Convenzione (e, quindi, in generale tutte le norme pattizie) si situino, nella gerarchia delle fonti del diritto interno, in una posizione intermedia tra la legge costituzionale e la legge ordinaria. A questo proposito la Corte costituzionale individua una nuova categoria di norme: le c.d. "norme interposte"<sup>13</sup>. Pertanto, le norme derivanti da trattati internazionali non hanno più lo stesso rango dell'atto interno con cui vengono recepite (di solito la legge ordinaria) con la conseguenza, da una parte, che non ci sono più i rischi che esse possano essere derogate, modificate o abrogate da atti interni successivi e, dall'altra, che qualora dei contrasti con norme interne dovessero porsi questi ultimi verrebbero risolti comunque dalla Corte costituzionale e nulla esclude che le norme interne vengano dichiarate costituzionalmente illegittime per violazione indiretta dell'art. 117, 1° comma della Costituzione<sup>14</sup>.

Particolarmente interessante ai fini del presente lavoro è, poi, la considerazione secondo la quale il limite di cui all'art. 117 non si riferisce solo alle norme della Convenzione, ma anche all'interpretazione che di esse ne ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte costituzionale, infatti, qualsiasi norma giuridica vive così come essa viene interpretata dall'operatore giuridico. Nel caso della Convenzione europea, pertanto, non può non tenersi in considerazione l'interpretazione che di essa ne dà l'organo istituzionalmente preposto a tale compito<sup>15</sup>. Da ciò deriva, inevitabilmente, che dal

---

*europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 138; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136; A. SACCUCCI, *Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 143; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 173; P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, cit., p. 399.

<sup>12</sup> La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 bis del Decreto legge 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359.

<sup>13</sup> Al par. 6.2 della sentenza n. 349/2007 si legge: "Non v'è dubbio (...) che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta (...) ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione".

<sup>14</sup> V. in proposito B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2015, p. 358.

<sup>15</sup> Al par. 4.6 della sentenza n. 348/2006 si legge: "La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di avere previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. (...).

momento che la prescrizione di cui all'art. 117, 1° comma Cost. si riferisce anche all'art. 46 della Convenzione europea, lo Stato italiano ha l'obbligo costituzionale di rispettare l'impegno convenzionalmente assunto di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'argomento in oggetto è stato ulteriormente "arricchito" dalle successive sentenze della Corte costituzionale n. 311 e n. 317 del 2009<sup>16</sup>.

In particolare, per ciò che attiene al valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale sottolinea come sia "precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo" (sent. n. 311), fermo restando, ovviamente, il margine di apprezzamento statale<sup>17</sup>, con riferimento al quale, peraltro, la stessa Corte stabilisce che "può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze" (sent. 317).

La successiva sentenza n. 49/2015, a proposito degli obblighi che incombono al giudice interno, sembra segnare un arretramento, sollevando dubbi ed incertezze<sup>18</sup>.

Dopo avere ribadito il superiore valore della Costituzione<sup>19</sup>, sembrerebbe che la Corte costituzionale abbia voluto ridimensionare gli effetti della giurisprudenza della Corte europea, ricordando che ogni pronuncia dei giudici di Strasburgo ha un ambito limitato, in quanto essa "ancorchè tenda ad assumere un valore generale e di principio (...) resta pur

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ed esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia".

<sup>16</sup> La sentenza N. 311/2009 è del 16 novembre 2009, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 2 dicembre 2009 n. 48; la sentenza N. 317/2009 è del 30 novembre 2009, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 9 dicembre 2009 n. 49. Per un commento si veda A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni N. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>17</sup> In proposito si veda R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 e ss.; S. GREER, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 359 e ss.

<sup>18</sup> Per un approfondimento si veda G. CALAFIORE, *L'attuazione dello schema delle sentenze gemelle si aggrava con la sentenza n. 49 della Corte costituzionale del 26 marzo 2015*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2015, p. 421 e ss., consultabile al sito [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net); G. GUARINO, *Corte costituzionale e diritto internazionale: noterelle a margine della sent. 49/15*, in *ConsultaOnline*, 2/2015, p. 567 e ss., consultabile al sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposto da Palazzo della Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3/2015, p. 555 e ss., consultabile al sito [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net); P. MORI, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>19</sup> Si legge a tale proposito: "il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (...) è ovviamente subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU".

sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata". Ma ciò che suscita maggiore perplessità è la distinzione operata dalla Suprema Corte tra la giurisprudenza consolidata ed una singola pronuncia, in quanto si sottolinea che solo nella prima ipotesi i giudici interni "non potranno ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia *consolidata* in una certa direzione", specificando che è "solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo".

Se, da una parte, è innegabile il maggiore valore che non può non riconoscersi alla "giurisprudenza consolidata", d'altra parte non si può negare che tale ragionamento potrebbe determinare un deciso passo indietro nei rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano, soprattutto ove si consideri che non è immediatamente evidente cosa debba intendersi per "giurisprudenza consolidata" (la stessa Corte, del resto, ne dà una definizione in senso negativo)<sup>20</sup>.

Di sicuro, tuttavia, il concetto di giurisprudenza consolidata riveste una considerevole importanza per quegli ambiti in cui sono in gioco questioni particolarmente delicate, come quelle, per esempio, legate al tema della procreazione medicalmente assistita. E, proprio intorno a tale tema si è registrato un fervido dialogo giurisprudenziale che ha visto la legge n.40/2004 oggetto di importanti censure che ne hanno determinato via via lo "smantellamento".

### 3. *La diagnosi preimpianto all'esame della Corte di Strasburgo*

Come è noto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che pone seriamente in discussione la maggior parte dei punti cardine della normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita prende avvio con la celebre sentenza del 28 agosto 2012, relativa al caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>21</sup>, nel quale i giudici di Strasburgo erano stati

<sup>20</sup> Si legge, infatti: "Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano".

<sup>21</sup> Sulla sentenza in esame v. V. ZAGREBELSKY, *La irragionevolezza della legge italiana sulla procreazione assistita nel giudizio della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2012, p. 669 e ss.; A. DI STEFANO, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, in *Com. int.*, 2013, p. 745 e ss.; L. POLI, *La diagnosi genetica preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 126 e ss. Sugli orientamenti della giurisprudenza interna in materia di diagnosi preimpianto si veda S. AGOSTA, *Dal mero restyling all'integrale riscrittura giurisprudenziale: più rassicurante e disteso il nuovo "volto del divieto di diagnosi preimpianto sull'embrione"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità del divieto di diagnosi preimpianto previsto dalla legge n. 40/2004 con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I ricorrenti, essendo portatori sani di fibrosi cistica, lamentavano che il divieto di diagnosi genetica preimpianto violasse il loro diritto al rispetto della vita privata e familiare in quanto l'unico modo per poter avere figli non affetti da tale grave patologia era quello di iniziare la gravidanza in modo naturale e ricorrere, poi, all'interruzione terapeutica nel caso di diagnosi prenatale con esito positivo.

Secondo la Corte europea la richiesta non è volta ad ottenere la possibilità di avere un figlio sano, quanto la possibilità di usare la tecnica della diagnosi preimpianto al fine di evitare di mettere al mondo un bambino con una specifica patologia (in questo caso la fibrosi cistica) visto che la coppia aveva già una figlia affetta da questa malattia e aveva dovuto interrompere una seconda gravidanza a seguito di accertamenti medici che diagnosticavano la medesima malattia. Pertanto, ciò di cui la Corte viene investita è la richiesta specifica di evitare che il nascituro possa essere affetto da una grave patologia genetica per la quale non vi è alcuna possibilità di cura.

La Corte fa rientrare il diritto della coppia di evitare la trasmissione della malattia al nascituro nella tutela di cui all'art. 8 della Convenzione europea<sup>22</sup>, secondo l'interpretazione estensiva del concetto di "vita privata" elaborato dalla stessa Corte<sup>23</sup>.

I giudici di Strasburgo, dopo avere fatto riferimento alla teoria del margine di apprezzamento per cercare di valutare se il divieto posto dalla legge n. 40/2004 fosse o meno proporzionato rispetto allo scopo che intende perseguire (e solo in tale caso sarebbe, quindi, ammissibile una limitazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare), sono pervenuti alla condanna nei confronti dell'Italia seguendo un ragionamento che prende in esame il combinato disposto delle norme della legge oggetto della causa con le norme italiane in materia di interruzione di gravidanza<sup>24</sup>. Ed è proprio dal raffronto di tali disposizioni che, a giudizio della Corte, emerge una sorta di irragionevolezza del sistema.

Se da una parte, infatti, l'ordinamento italiano vieta la diagnosi preimpianto, dall'altra, ammette la possibilità di interrompere la gravidanza naturalmente avviata qualora dagli esami effettuati durante la gestazione risulti che il feto sia affetto da una grave patologia.

Alla luce di tale considerazione la Corte ritiene che vi sia sproporzione tra il divieto imposto dalla legge n. 40/2004 e lo scopo da perseguire, in ragione del fatto che l'aborto

---

<sup>22</sup> Par. 53: "La Cour constate que le droit invoqué (...) se limite à la possibilité d'accéder aux techniques de la procréation assistée et ensuite au D.P.I. en vue de procréer un enfant qui ne soit pas affecté par la mucoviscidose, maladie génétique dont ils sont porteurs sains". Par. 54: "En effet, dans le cas d'espèce, le D.P.I. n'est pas de nature à exclure d'autres facteurs pouvant compromettre la santé de l'enfant à naître, tels que, par exemple, l'existence d'autres pathologies génétiques ou de complications dérivant de la grossesse ou de l'accouchement, le test en cause visant le diagnostic d'une « maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic » (voir le rapport du CDBI du Conseil de l'Europe, partie b. « Le Cycle de D.P.I. »). Par. 57: "En l'espèce, la Cour considère que le désir des requérants de procréer un enfant qui ne soit pas atteint par la maladie génétique dont ils sont porteurs sains et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée et au D.P.I. relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de leur vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce".

<sup>23</sup> Il concetto di "vita privata" di cui all'art. 8, infatti, è stato sempre interpretato in senso estensivo dalla Corte fino a ricomprendere il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (*Niemietz c. Germania*, 16 dic. 1992, par. 29), il diritto allo "sviluppo personale" (*Bensaid c. Regno Unito*, del 6 feb. 2001, par. 47), il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, del 29 apr. 2002, par. 61), il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (*Enns c. Regno Unito*, del 10 apr. 2007, par. 71, *A. B. e C. c. Irlanda*, del 16 dic. 2010, par. 212).

<sup>24</sup> Si tratta, in particolare, della legge n. 194 del 22 maggio 1978 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* del 22 maggio 1978, n. 140.

terapeutico provoca sicuramente maggiori sofferenze e traumi per la donna in particolare e per la coppia in generale e che esiste una rilevante differenza tra il non impiantare un embrione affetto da una patologia ed il sopprimere il feto per le stesse motivazioni, con ciò, peraltro, entrando (senza affrontarla) nella delicata questione della diversa valenza da riconoscere al feto ed all'embrione<sup>25</sup>.

Secondo la Corte europea il sistema normativo italiano risulta incoerente proprio perché da una parte vieta la selezione degli embrioni da impiantare e, dall'altra, autorizza l'interruzione della gravidanza nel caso in cui il feto sia affetto dalla patologia che i ricorrenti vorrebbero scongiurare<sup>26</sup>.

Proprio in ragione di tale incoerenza in materia di diagnosi preimpianto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che vi sia stata violazione dell'art. 8 della Convenzione in quanto l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata e familiare era da considerarsi sproporzionata<sup>27</sup>.

La sentenza in oggetto è stata oggetto di critiche nella misura in cui si limita a rilevare il contrasto tra il divieto per la coppia portatrice di una malattia genetica di ricorrere alla diagnosi preimpianto e la possibilità di interrompere la gravidanza. Manca, invece, nel dispositivo una presa di posizione dei giudici in merito alla questione più generale della possibilità di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le sole coppie sterili o infertili. Tuttavia, non era questa la questione che era stata sottoposta all'esame della Corte e, oltretutto, occorrerebbe chiedersi quale sarebbe stato l'esito della decisione se nel nostro ordinamento non fosse stata in vigore la legge sull'interruzione di gravidanza, dato che proprio sull'incongruenza delle due normative (e solo su essa) si fonda l'intero ragionamento della Corte.

Ancora più interessante è poi il seguito della sentenza, in quanto, subito dopo il giudizio, i ricorrenti si rivolgono ad una struttura specializzata che, però, si rifiuta di effettuare la prestazione richiesta. I coniugi Costa e Pavan, quindi, presentano ricorso al Tribunale di Roma per chiedere, in esecuzione della sentenza di Strasburgo, di essere ammessi alla fecondazione in vitro per poter effettuare la diagnosi preimpianto<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Par. 62: “Compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I. dans le sens décrit ci-dessus, la Cour estime que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée. Ainsi, l'article 8 de la Convention a été enfreint en l'espèce”; par. 65: “Les conséquences d'un tel système sur le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants sont évidentes. Afin de protéger leur droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, la seule possibilité dont ils bénéficient est celle d'entamer une grossesse par les voies naturelles et de procéder à des I.M.G. lorsqu'un examen prénatal devait montrer que le fœtus est malade. En l'occurrence, les requérants ont déjà procédé pour cette raison à une I.M.G. une fois, au courant du mois de février 2010”; par. 66: “Dans ce contexte, la Cour ne saurait négliger, d'une part, l'état d'angoisse de la requérante qui, dans l'impossibilité de procéder à un D.P.I., aurait comme seule perspective de maternité celle liée à la possibilité que l'enfant soit affecté par la maladie litigieuse et, d'autre part, la souffrance dérivant du choix douloureux de procéder, le cas échéant, à un avortement thérapeutique”.

<sup>26</sup> Par. 64: “Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie”.

<sup>27</sup> Par. 71: “Compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I. dans le sens décrit ci-dessus, la Cour estime que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée. Ainsi, l'article 8 de la Convention a été enfreint en l'espèce”.

<sup>28</sup> Tribunale di Roma, sez. I civ., ordinanza del 23 settembre 2013. Per un commento si veda A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della Cedu e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Tribunale di Roma, I sez. civ., che dà “seguito” a Corte Edu Costa e Pavan)*, in *Diritti Comparati*, 8 ottobre 2013, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

E' stata rilevata in dottrina l'anomalia della procedura in oggetto, così A. DI STEFANO, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, cit., p. 765 in cui si legge:



L'ordinanza dei giudici romani non solo recepisce il giudicato della Corte europea, ma riconosce anche la necessità di un intervento statale in materia di fecondazione in vitro e diagnosi genetica preimpianto volto ad assicurare il rispetto del principio di uguaglianza e del principio di non discriminazione, aspetti questi sui quali i giudici di Strasburgo avevano ritenuto di non doversi pronunciare.

Per quanto la decisione del Tribunale di Roma sia pervenuta a seguito di una procedura del tutto particolare, non si può non rilevare che, per tale via, si è provveduto all'esecuzione della sentenza della Corte europea, senza la necessità di attendere una modifica della legge n. 40/2004. Il giudice comune, in questo caso, disponendo la non applicazione dell'art. 4 "in conformità a quanto disposto dalla sentenza pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in data 28.8.2012 nei confronti degli odierni ricorrenti essendo invece superabile a monte, ovvero sia attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 13 e 14 della stessa legge, ogni preclusione afferente alla selezione ed alla diagnosi preimpianto prodromica della stessa PMA", ha reso immediatamente effettiva la tutela dei diritti disposta dalla sentenza europea, secondo un apprezzabile esempio di interpretazione conforme della normativa interna alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo operato direttamente dal giudice comune<sup>29</sup>.

#### 4. Il dialogo giurisprudenziale sulla fecondazione eterologa

Come si è detto, altro aspetto della legge n. 40/2004 che ha suscitato critiche riguarda il divieto di fecondazione eterologa, posto dall'art. 4, comma 3.

La Corte europea aveva già avuto modo di pronunciarsi in materia di fecondazione eterologa con riferimento alla normativa austriaca sulla procreazione medicalmente assistita

---

"La complessiva strategia processuale degli interessati sembra così seguire un percorso inedito nel quadro del sistema di garanzie convenzionali, nella misura in cui l'obiettivo della tutela della situazione giuridica lesa è ottenuto in via prioritaria a Strasburgo e solo successivamente, a legislazione immutata, presso il giudice nazionale. Percorso che, se risulta senz'altro coerente con gli obiettivi di *tutela sostanziale* della madre e della coppia alla luce dello *standard* convenzionale, segna tuttavia il rovesciamento, sia pure dettato da circostanze speciali, della *sussidiarietà* del sistema internazionale di protezione dei diritti umani. Ad una valutazione complessiva della vicenda, l'atteggiamento dei ricorrenti da una parte, e del giudice nazionale dall'altra, pur incoraggiando nel merito letture del diritto interno conformi ai parametri (costituzionale e convenzionali) di tutela dell'autodeterminazione e delle stessa identità ed integrità psico-fisica della donna, parrebbe *prima facie* alterare il delicato equilibrio dei rapporti tra sistema convenzionale e diritto interno".

<sup>29</sup> A proposito del "canone dell'interpretazione conforme" si veda A. DI STEFANO, *Tutela del corpo femminile e diritti riproduttivi: biopotere e biodiritto nella vicenda italiana in tema di diagnosi preimpianto*, cit., p. 770, in cui si sottolinea che "esso sembra ricadere nel quadro proprio del modello di "adattamento al diritto convenzionale affidato alla gestione ordinaria dei giudici comuni ed alla mediazione straordinaria del giudice costituzionale nelle sole ipotesi di insuperabile contrarietà del diritto interno al parametro costituzionale interposto della norma convenzionale". E ancora (p. 772): "L'itinerario tracciato a margine della sentenza della Corte EDU ne riconferma dunque, in prospettiva, il ruolo di guida nell'interpretazione delle garanzie convenzionali e di controllore della relativa realizzazione nel contesto peculiare di ogni ordinamento dato. È in questi termini che può dirsi implicitamente ridisegnata, su impulso del giudice di Strasburgo, la gerarchia di valori e principi connessi alla tutela dei soggetti coinvolti – parametro interposto di legittimità costituzionale – che devono guidare l'interprete nello sforzo costante di armonizzazione del diritto interno agli standard internazionali ed europei e di «interpretazione conforme». Da segnalare che l'intera vicenda si conclude l'11 febbraio 2013 con la decisione di un collegio di 5 giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo con la quale è stata rigettata la richiesta di appello presentata dal Governo italiano in merito al caso *Costa e Pavan*."

nella sentenza del 3 novembre 2011 relativa al caso *S. H. e altri c. Austria*<sup>30</sup>, con la quale la Grande Camera ha ribaltato la sentenza della Camera del 1° aprile 2010<sup>31</sup>, che condannava il governo austriaco per violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU. In prima istanza, infatti, i giudici di Strasburgo avevano ritenuto che la normativa austriaca in materia di procreazione assistita non fosse del tutto coerente, in quanto una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in un modo coerente che permetta ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione<sup>32</sup>.

Proprio sulla base della teoria del margine di apprezzamento statale, invece, (particolarmente rilevante in una materia così delicata in cui sono in gioco plurimi interessi e che attiene alla vita privata e intima degli individui)<sup>33</sup>, la Grande Camera giunge a conclusioni differenti e dichiara la non violazione degli artt. 8 e 14, stabilendo che “(l)a marge d’appréciation est généralement étendue lorsque l’Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention”<sup>34</sup> e che “(d)ès lors que le recours à la fécondation in vitro a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d’ordre moral et éthique, lesquelles s’inscrivent dans un contexte d’évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l’espèce touchent à des domaines où il n’y a pas encore une claire communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu’il y a lieu d’accorder à l’Etat défendeur une ample marge d’appréciation”<sup>35</sup>. Pertanto, la normativa austriaca non è da ritenersi in contrasto con l’art. 8 della CEDU, in quanto il diritto al rispetto della vita privata e familiare è garantito nei limiti di cui al margine di apprezzamento statale.

Da segnalare che, sulla base della prima decisione della Corte europea di accoglimento del ricorso contro l’Austria, i Tribunali italiani di Firenze, Catania e Milano<sup>36</sup> sottopongono al giudizio della nostra Corte costituzionale la legittimità costituzionale del

<sup>30</sup> Sul caso in oggetto e sulle ripercussioni che esso ha avuto per l’ordinamento italiano v. C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 497 e ss.

<sup>31</sup> Per un commento a tale sentenza si veda C. CAMPIGLIO, *Il divieto di fecondazione eterologa all’esame della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 624 e ss.; B. LIBERALI, *La decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e il giudice comune italiano: la non manifesta infondatezza della questione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>32</sup> Par. 74.

<sup>33</sup> Particolarmente adatte al caso di specie appaiono le considerazioni sul margine d’apprezzamento in R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine di apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, vol. 8, n. 3, 2014, p. 641 in cui si legge: “il margine di apprezzamento nel sistema della Convenzione ha riguardato soprattutto quei casi nei quali il trattato contenga delle «espressioni giuridiche indeterminate». In questi casi viene riconosciuto agli Stati parti il beneficio di un ‘margine d’apprezzamento’ nell’applicazione del disposto convenzionale e dunque, in ultima analisi, la possibilità di far ricorso ad una interpretazione unilaterale del trattato”, tenendo conto di “una valutazione, per dir così, comparatista della soluzione che a quel determinato problema o conflitto d’interessi viene data all’interno dei vari ordinamenti statali delle parti della convenzione. Se da tale esame emergerà una sostanziale uniformità di vedute, la Corte ne concluderà che esiste una interpretazione se non uniforme, quanto meno internazionalmente (...) accreditata del disposto convenzionale e riterranno che il margine d’apprezzamento statale sia del tutto assente o, comunque, ridotto a dimensioni esigue. Se, invece, da questo esame emergesse una sensibile divergenza di posizioni, allora dovrà riconoscersi l’esistenza di un ampio margine di apprezzamento statale, la cui maggiore o minore estensione dipenderà dalla maggiore o minore consonanza di vedute negli ordinamenti statali esaminati”.

<sup>34</sup> Par. 94.

<sup>35</sup> Par. 97.

<sup>36</sup> Con ordinanze rispettivamente del 6 settembre 2010, 21 ottobre 2010, 2 febbraio 2011.

divieto di fecondazione eterologa posto dalla legge n. 40/2004. E' da sottolineare, altresì, che la Corte si pronuncia solo dopo la sentenza della Grande Camera con ordinanza del 7 giugno 2012 n. 150, potendo così "limitarsi" a operare un rinvio ai giudici comuni, affinché, alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte di Strasburgo, valutino nuovamente i casi loro sottoposti. Tuttavia, la questione continua a non trovare soluzione, in quanto gli stessi Tribunali presentano alla Corte costituzionale una nuova richiesta<sup>37</sup>, alla quale la Corte risponde con la sentenza n. 162 del 9 aprile 2014, depositata in data 10 giugno 2014<sup>38</sup>, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 3 della legge n. 40/2004, "nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili".

In particolare, le conclusioni della Corte costituzionale si basano sul presupposto che la questione della procreazione medicalmente assistita ha implicazione su "plurime esigenze costituzionali" comportando quindi la necessità "di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana".

Secondo la Corte, il su citato divieto non solo "è privo di adeguato fondamento costituzionale", ma non è neanche posto da obblighi internazionali, visto che non è previsto né dalla Convenzione di Oviedo del 1997, né dal relativo Protocollo opzionale del 12 gennaio 1998<sup>39</sup>.

La scelta per la coppia sterile o infertile di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa è "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" e "concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile". Unico limite a tale libertà è dato dal rispetto di altri valori costituzionali.

Tra l'altro, la Corte richiamando il diritto alla salute, anche nella formulazione di cui all'Atto istitutivo dell'OMS ("Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano"), condanna l'impossibilità di ricorrere a tecniche di fecondazione eterologa, nella misura in cui tale impossibilità può turbare la salute psichica della coppia e, quindi, costituire una lesione del diritto alla salute.

La Corte, inoltre, ritiene che la circostanza che la fecondazione eterologa sia praticata in altri Paesi costituisca "un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina". Infatti, la possibilità di ricorrere a tale tipo di pratica fuori dal nostro Stato pone un problema di discriminazione tra coppie che hanno i mezzi economici per recarsi all'estero e sottoporsi a tale trattamento e coppie che non dispongono dei mezzi economici necessari per affrontare tale esperienza. A tale proposito la Corte parla di "un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto

---

<sup>37</sup> Nelle ordinanze dei Tribunali di Firenze e di Catania si pone solo la questione della conformità ai parametri interni, degli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, mentre solo nell'ordinanza del Tribunale di Milano rimane il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea.

<sup>38</sup> Per un commento alla decisione in oggetto si veda A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162*, in *Dir. um. dir. int.*, vol. 8, n. 3, 2014, p. 631 e ss.; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa, ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu (a prima lettura di Corte costituzionale n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, consultabile su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine di apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, cit., p. 638 e ss.; S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 1123 e ss.

<sup>39</sup> V. sopra, par. 1.

fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole”.

Da rilevare che la Corte si pronuncia solo sulla conformità della norma “incriminata” ai parametri interni, limitandosi a ritenere “assorbiti” i contrasti con gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea richiamati dall’art. 117, comma 1, Cost. Tale “silenzio” del giudice delle leggi non è, tuttavia, da ritenersi coerente con il dialogo che si era instaurato tra le due giurisdizioni e che, in ultima analisi, era volto ad assicurare una più incisiva tutela dei diritti fondamentali<sup>40</sup>.

Altro aspetto discutibile della sentenza, riguarda il fatto che essa non amplia la sfera dei soggetti che possono ricorrere alla fecondazione eterologa, ritenendo che “nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi”, rimanendo, quindi, gli stessi per i quali la legge consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, vale a dire “le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi” (art. 5, comma 1). Si tratta di un aspetto che, forse, avrebbe meritato maggiore attenzione visto il dibattito intorno al tema del diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali ed il conseguente legame particolarmente stretto con l’altra questione al centro delle polemiche della legge, vale a dire il divieto di maternità surrogata.

##### 5. *La delicata questione della maternità surrogata*

Il ricorso sempre più frequente a contratti di maternità surrogata conclusi in Stati dove tale pratica è consentita, oltre a suscitare perplessità sul piano etico-morale, pone una serie di problemi dal punto di vista giuridico di non facile soluzione. Da una parte, infatti, possono sorgere conflitti che riguardano la pluralità dei soggetti coinvolti: in primo luogo la coppia che decide di ricorrere a tale strumento per realizzare il proprio desiderio di genitorialità non potendo avvalersi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (i c.d. “genitori intenzionali” o “genitori committenti”); la madre surrogata che (spesso per finalità eminentemente economiche) si presta a condurre la gravidanza; i donatori (per i casi in cui non si usa il materiale biologico del padre committente e/o la madre surrogata non mette a disposizione il proprio materiale biologico, prestandosi alla fecondazione *in vitro*)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> In proposito v. A. COSSIRI, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014*, n. 162, cit., p. 635, in cui si sottolinea: “La sentenza (...) reca una indicazione processuale di carattere generale che conferma un consolidato orientamento (...) e si prospetta foriera di conseguenze imprevedute per il ‘dialogo’ tra le Corti: quando il *thema decidendum* si compone di più questioni tra loro autonome, cioè non collegate da rapporti di pregiudizialità, il Giudice costituzionale si riserva di stabilirne di volta in volta l’ordine di trattazione, dichiarando eventualmente l’assorbimento di alcune di esse (...). Tale decisione implica il potere di selezionare, tra quelli invocati, il parametro di validità in forza del quale pronunciare l’accoglimento, evitando l’esame degli altri. Ne consegue che, quando tra i parametri siano invocate norme internazionali (o anche sovranazionali) per il tramite dell’art. 117, co. 1, la scelta potrebbe costituire anche un espediente – di minima evidenza – utilizzabile per ‘controllare’ il rapporto con gli altri ordinamenti, o più precisamente per decidere in quali casi aprire un ‘dialogo’ con le giurisdizioni europee ed in quali casi, invece, gestire la questione alla stregua di ragionamenti puramente interni, considerando poi assorbita la prospettata doglianza *ex art. 117, co. 1*”.

<sup>41</sup> Per una spiegazione sulle tipologie di maternità surrogata esistenti si veda O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c.*

D'altra parte, ciò che maggiormente desta attenzione (e spesso è fonte di rilevante preoccupazione) è la tutela del soggetto nato da tale pratica, in quanto un primo problema (di non facile soluzione) che si pone nei suoi confronti riguarda la trascrizione dell'atto di nascita straniero, problema che, ad oggi, nel nostro ordinamento non ha trovato una soluzione univoca da parte dei vari Tribunali che via via sono stati chiamati a decidere<sup>42</sup>.

Come è evidente, si tratta di una situazione in cui ad essere a rischio sono, in primo luogo, i diritti del bambino nato a seguito di una siffatta tipologia di contratto. A ciò si aggiunga che le coppie che decidono di realizzare per questa via il loro desiderio di genitorialità sono proprio quelle coppie colpite dai divieti posti dalla normativa in materia di PMA, in quanto affette da sterilità o infertilità

non curabili, ovvero in quanto coppie dello stesso sesso, che danno vita al fenomeno del c.d. "turismo procreativo".

In tale scenario, a volte considerevolmente "confuso", stante la diversità delle normative interne di riferimento che vedono soluzioni molto diverse tra loro, un ruolo centrale è svolto, ancora una volta, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in considerazione della tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Convenzione europea, che gli Stati parti contraenti devono necessariamente garantire.

Particolarmente rilevante è la sentenza del 27 giugno 2015, relativa al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>43</sup>, con la quale la Corte di Strasburgo pone l'attenzione su due questioni di grande interesse, vale a dire lo status giuridico del soggetto nato da maternità surrogata ed il principio del superiore interesse del minore.

I fatti all'origine della causa riguardano le vicende di due coniugi (i ricorrenti) che non possono avere figli, per l'impossibilità della moglie di concepire e di portare a termine una gravidanza. Dopo avere ripetutamente provato con le tecniche di fecondazione artificiale consentite nel nostro ordinamento, la coppia decide di affidarsi ad una clinica specializzata in Russia per procedere alla fecondazione eterologa con il liquido seminale del marito e successivamente alla gravidanza surrogata. Il 27 febbraio 2011 la madre surrogata dà alla luce il bambino, che, secondo la normativa russa, viene registrato come figlio dei Sig.ri Paradiso e Campanelli. Dopo due mesi i ricorrenti ed il bambino giungono in Italia, avendo ottenuto dal consolato italiano in Russia i documenti utili per lasciare il Paese. A questo

---

Italia, in *Cuad. der. trans.*, 2015, p. 421, in cui alla nota 1 si legge: "Com'è noto esistono due tipologie contrattuali di maternità surrogata, la cd. maternità surrogata "tradizionale" e la cd. maternità "gestazionale". La surroga tradizionale implica un contratto tra genitori committenti e una donna fertile, che acconsente all'inseminazione con seme del committente o di donatore e alla gestazione; in tale ipotesi la madre surrogata è la madre genetica del bambino che ne deriva. La seconda tipologia, invece, si ha quando la madre surrogata non è geneticamente legata al bambino: in tal caso l'ovocita viene prelevato da una donatrice o dalla madre committente e fecondato *in vitro* con seme del padre committente o di donatore di sperma; l'embrione viene successivamente impiantato nell'utero della surrogata". Sempre sulla precisazione delle varie forme di maternità surrogata si veda 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*, vol. 10, n. 2, 2016, p. 312, nota 8.

<sup>42</sup> Sul punto v. C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, cit., p. 506 e ss.

<sup>43</sup> Per un commento alla sentenza in esame v. O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., p. 420 e ss.; 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 [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 202 e ss.; A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015, consultabile in [www.sii-isil.org](http://www.sii-isil.org).

punto i ricorrenti chiedono che venga trascritto il certificato di nascita nel registro dello stato civile, ma la richiesta viene respinta perché, nel frattempo, il Consolato italiano di Mosca aveva comunicato sia al Tribunale dei minori competente che al Comune di residenza che l'atto di nascita conteneva delle informazioni false. A carico dei ricorrenti inizia, quindi, un procedimento penale e contestualmente il Tribunale dei minori dichiara lo stato di abbandono e conseguente adottabilità del bambino. A seguito di tale ultima decisione viene anche effettuato il test del DNA dal quale risulta che il Sig. Campanelli non è il padre biologico del minore. Pertanto, il Tribunale dispone, in data 20 ottobre 2011, l'immediato trasferimento del bambino in una casa famiglia nella quale rimane fino al gennaio 2013, quando viene affidato ad un nuovo nucleo familiare.

I coniugi presentano, quindi, un ricorso ai giudici di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 8 nei loro confronti e nei confronti del minore. Tuttavia, la Corte respinge quest'ultimo aspetto del ricorso ritenendo che i coniugi Paradiso-Campanelli non abbiano titolo ad agire per conto del minore, non essendone genitori biologici, adottivi, ovvero affidatari. In effetti, per quanto potrebbe apparire estremamente rigida la posizione dei giudici di Strasburgo nell'escludere la titolarità ad agire anche per conto del bambino da parte dei Sig.ri Paradiso e Campanelli, non si può non essere d'accordo con tale decisione vista l'assenza di qualsiasi legame giuridico e vista altresì la circostanza (di non poco rilievo) secondo la quale al momento del ricorso alla Corte il bambino era già stato sottratto ai ricorrenti. L'unico legame con il minore era, quindi, un legame affettivo che giustifica certamente l'azione dei coniugi, ma non si ritiene che li legittimi di per sé ad agire per conto del bambino.

Per quanto attiene, invece, la valutazione del comportamento delle autorità italiane vengono sollevate dai ricorrenti due questioni: il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita e l'allontanamento del minore. Sulla prima la Corte ritiene di non doversi pronunciare in quanto non è stata osservata la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Particolarmente delicata è, invece, la seconda questione.

In primo luogo, la Corte ribadisce che l'art. 8 si applica nei casi in cui esistano legami familiari di diritto o di fatto. L'articolo in oggetto tutela, infatti, un diritto che deve essere garantito al di là dei legami di parentela e non si può negare che nel caso di specie i coniugi abbiano stabilito con il minore un legame particolarmente importante nei primi mesi di vita del bambino<sup>44</sup>.

Ma il punto su cui la Corte si sofferma è l'allontanamento del minore.

Le autorità italiane hanno disposto l'allontanamento del minore ed il suo affidamento ai servizi sociali sulla base della considerazione che il comportamento dei ricorrenti fosse da ritenersi inadeguato al ruolo di genitori per avere violato la normativa italiana in tema di adozione internazionale e di riproduzione assistita e avere reso dichiarazioni false in merito all'identità del minore, con ciò ponendo in essere una condotta illegale.

L'atteggiamento delle autorità italiane non è, tuttavia, da considerarsi positivamente secondo i giudici di Strasburgo, in quanto non tiene in considerazione il legame familiare di

---

<sup>44</sup> E' la Corte stessa a stabilire, infatti, che *"En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduit par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux de facto. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie (...). Même si le période en tante que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale de facto entre les requérants et l'enfant"* (par. 68).

fatto che si era instaurato tra i ricorrenti ed il neonato nel periodo in cui erano stati insieme. Sebbene, infatti, si fosse trattato di un periodo di tempo breve, è stato pur sempre un periodo molto importante, trattandosi dei primi mesi di vita del bambino. Tra l'altro la Corte sottolinea come il concetto di famiglia sia ormai un concetto che non è necessariamente legato a categorie rigide e prestabilite e che *"La notion de «famille» visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondée sur le mariage, mais peut englober d'autres liens «familiaux» de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance"*<sup>45</sup>. In ogni caso, la Corte ritiene che il ricorso all'allontanamento del minore deve essere un provvedimento del tutto eccezionale, cui ricorrere solo quando vi siano situazioni di pericolo e di rischio per il minore stesso e che sempre deve aversi riguardo in via prioritaria all'interesse del minore *"car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre"*<sup>46</sup>.

A questo proposito la Corte cita la sua precedente giurisprudenza, segnatamente il caso *Wagner et J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007, nel quale si afferma che *"l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité"*<sup>47</sup>.

La Corte sottolinea, inoltre, la circostanza che il minore sia rimasto fino all'aprile del 2013 privo di un'identità, il che vuol dire che per due anni è come se non fosse esistito. Secondo i giudici, il fatto che un neonato venga alla luce da una madre surrogata non deve pregiudicare il diritto ad avere una identità o la cittadinanza, diritto che è tutelato dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989.

Secondo la Corte, quindi, le autorità italiane non sono state in grado di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Tuttavia, il fatto che vi sia stata la violazione dell'art. 8 non comporta l'obbligo per lo Stato di riaffidare il minore ai ricorrenti, proprio in considerazione dei legami affettivi che nel frattempo si sono instaurati tra il minore e la nuova famiglia.

Occorre sottolineare che, nelle more della pronuncia della Corte europea, la nostra Corte di Cassazione con sentenza n. 24001/2014 ha respinto il ricorso di due coniugi che avevano stipulato un contratto di maternità surrogata in Ucraina ed avevano poi, al rientro in Italia, registrato il bambino all'anagrafe come loro figlio<sup>48</sup>. Anche in questo caso, risultava da successivi esami clinici che non vi fosse alcun legame genetico tra il bambino e la coppia di coniugi. La Suprema Corte ha sostenuto l'inammissibilità, stante la normativa italiana in tema di fecondazione assistita di cui alla legge n. 40/2004, di ricorso a pratiche di maternità surrogata, con la conseguente impossibilità di riconoscimento del rapporto di filiazione certificato da un ordinamento straniero. E' evidente come tale posizione si fondi totalmente sul dato dell'assenza del legame genetico tra genitori committenti e bambino nato dalla maternità surrogata.

Diverso orientamento la Corte di Cassazione assume con sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016<sup>49</sup>, dando ragione ad una coppia di coniugi che avevano stipulato altro contratto

---

<sup>45</sup> Par. 67.

<sup>46</sup> Par. 80.

<sup>47</sup> Par. 77.

<sup>48</sup> Per un commento alla sentenza in oggetto si veda C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 235 e ss.

<sup>49</sup> B.L. SANTONICOLA, *In attesa che la Grande Chambre si pronunci sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia, la Corte di Cassazione, assolve una coppia di coniugi che ha fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 648 e ss., consultabile al sito [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net).

di maternità surrogata sempre in Ucraina. In questo caso, essendovi stata la donazione del materiale biologico paterno, era presente il legame genetico con il bambino e la Corte non ritiene che la trascrizione in Italia dell'atto di nascita redatto a Kiev costituisca un illecito, in quanto i coniugi non avevano l'intenzione di rendere false dichiarazioni e, del resto, avevano seguito la procedura consentita dalla legge ucraina. È altamente probabile che la decisione della Corte sia stata influenzata dalla presenza del legame genetico, elemento che, inevitabilmente, non può che ritenersi prevalente rispetto ad ogni altro dato e che è alla base anche della più avanzata giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, ravvisabile nelle sentenze gemelle del 26 giugno 2014 relative ai casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*. In entrambi i casi la maternità surrogata era avvenuta con la donazione del materiale biologico del padre committente, che, quindi, risultava essere anche il padre biologico del bambino. In particolare, la Corte 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<sup>50</sup>.

È evidente che la differenza sostanziale tra questi ultimi casi ed il caso *Paradiso e Campanelli* sta nella rilevanza che la Corte riconosce al legame genetico. Ma è, altresì, da sottolineare la rilevanza dell'oggetto della causa, dal momento che solo su questo (e non su altro) la Corte è chiamata a pronunciarsi. Non deve destare stupore, quindi, l'assenza di valutazioni sulla legittimità o meno delle pratiche di maternità surrogata nelle sentenze citate, dal momento che i giudici sono stati aditi per pronunciarsi, rispettivamente, sulla mancata trascrizione dell'atto di nascita (casi *Mennesson* e *Labassee*) e sull'allontanamento del minore (caso *Paradiso e Campanelli*). Ciò che, invece, desta meraviglia è la rilevanza data alla presenza del legame genetico e all'aver considerato questo criterio come il solo criterio su cui fondare il riconoscimento dello *status filiationis*, non dando alcun peso ad altri elementi, magari meno obiettivi, ma sicuramente più significativi, come, per esempio, il desiderio di genitorialità, il legame affettivo che si era instaurato con la prole. Risulta evidente che la scelta dei giudici di basare le proprie motivazioni esclusivamente sulla presenza del legame genetico sia stata dettata dalla volontà di non entrare nel merito di questioni più complesse e di sicuro più delicate.

### 5.1 La sentenza della Grande Camera sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Dopo due anni dalla prima sentenza, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo torna sul caso *Paradiso e Campanelli*, in data 24 gennaio 2017 con una pronuncia

<sup>50</sup> In particolare nel caso *Labassee* la Corte sottolinea che: “*Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*”. E ancora che: “*Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance e pertanto La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation*”. (Negli stessi termini la Corte si esprime nella sentenza relativa al caso *Mennesson*, rispettivamente ai parr. 99 e 100).



che ribalta la decisione del 2015, suscitando, ad un primo sentire, non poca delusione<sup>51</sup>. In effetti, il fatto che la Corte abbia accolto il ricorso del governo italiano, concludendo per la non violazione dell'art. 8 della Convenzione, potrebbe apparire, a prima vista, come un arretramento nelle posizioni della giurisprudenza della Corte. Tuttavia, si ritiene che una lettura attenta della sentenza potrebbe indurre ad una valutazione quanto meno più cauta.

La Corte, infatti, puntualizza in maniera molto dettagliata quale sia l'oggetto della causa, stabilendo che, diversamente dai casi *Mennesson* e *Labassee*, essa è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle misure adottate dalle autorità italiane con le quali si è disposto l'allontanamento del minore<sup>52</sup>. Pertanto, risulta evidente che l'argomento, pur essendo strettamente collegato alla tematica della maternità surrogata o del diritto ad avere una famiglia, si riferisce alla tutela dei diritti del minore<sup>53</sup>. Ed, infatti, la Corte puntualizza che le questioni giuridiche oggetto della causa sono le seguenti: stabilire se sia o meno applicabile al caso di specie l'art. 8 e, in caso positivo, se la misura di allontanamento del minore sia configurabile come un'ingerenza nel rispetto al diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti e se le misure sono state adottate conformemente alle previsioni del par. 2 dell'art. 8<sup>54</sup>.

Occorre sottolineare come, secondo la Corte, non si sia instaurata tra i ricorrenti ed il minore una relazione di "vita familiare" per la combinazione di una serie di elementi: assenza del legame biologico, brevità del periodo di convivenza, precarietà del legame dal punto di vista giuridico (precarietà che gli stessi ricorrenti, con il loro comportamento illegale avevano contribuito a creare)<sup>55</sup>. E già questa considerazione costituisce un primo e profondo scollamento con quanto deciso dalla Camera nella prima sentenza, nella quale (come si è visto) era stata riconosciuta l'esistenza di una vita familiare *de facto* tra i ricorrenti ed il minore<sup>56</sup>. Secondo la Corte, l'art. 8 si applica al caso di specie sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata<sup>57</sup>. Ne deriva che le misure adottate dalle autorità italiane

---

<sup>51</sup> Sulla sentenza in oggetto v. I. ANRO, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it); L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); V. NARDONE, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 113, consultabile al sito [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net).

<sup>52</sup> Par. 135.

<sup>53</sup> Par. 133: "*Contrairement aux affaires Mennesson et Labassee (...), la présente affaire ne porte pas sur la transcription du certificat de naissance étranger et sur la reconnaissance de la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui (...). La question qui se pose en l'espèce porte sur les mesures adoptées par les autorités italiennes ayant entraîné la séparation définitive de l'enfant et des requérants*".

<sup>54</sup> Par. 134: "*Les questions juridiques au coeur de la présente affaire sont donc les suivantes: tout d'abord, il convient de déterminer si (...) l'article 8 est applicable puis, dans l'affirmative, si les mesures urgentes ordonnées par le tribunal pour mineurs – qui ont entraîné l'éloignement de l'enfant – s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie familiale et/ou de leur vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention et. Le cas échéant, si les mesures en question ont été prises conformément à l'article 8 § 2 de la Convention*".

<sup>55</sup> A tale proposito al par. 156 si legge: "*Même si la fin de leur relation avec l'enfant n'est pas directement imputable aux requérants en l'espèce, elle est tout de même la conséquence de la précarité juridique qu'ils ont eux-mêmes donné aux liens en question en adoptant une conduite contraire au droit italien et en venant s'installer en Italie avec l'enfant. Les autorités italiennes ont rapidement réagi à cette situation en demandant la suspension de l'autorité parentale et en ouvrant une procédure d'adoptabilité*".

<sup>56</sup> Parr. 157-158: "*(...) l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, et malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Cour estime que les conditions permettant de conclure à l'existence d'une vie familiale de facto ne sont pas remplies*". "*Pertant, la Cour conclut à l'absence de vie familiale en l'espèce*".

<sup>57</sup> Par. 164.

costituiscono un'ingerenza nella privata (e non già in quella familiare) dei ricorrenti. Com'è noto, perché tale ingerenza sia da considerarsi legittima occorre che essa rispetti le condizioni di cui al par. 2 dell'art. 8, vale a dire che sia "prevista dalla legge" e sia necessaria ad assicurare, in una società democratica, uno o più dei seguenti obiettivi: sicurezza nazionale, ordine pubblico, benessere economico del paese, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui<sup>58</sup>.

Secondo la Corte, le autorità italiane hanno applicato le norme interne in materia di adozione dichiarando il minore in stato di abbandono e, quindi, l'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti è da ritenersi "prevue par la loi". Le misure adottate, inoltre, rispondevano a scopi legittimi, in quanto miravano alla difesa dell'ordine pubblico e dei diritti e libertà altrui (vale a dire i diritti e le libertà del bambino).

Ad avviso della Corte, quindi, i giudici interni, agendo nell'ampio margine di apprezzamento, hanno realizzato un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco e, pertanto, la conclusione dei giudici di Strasburgo (che hanno deciso con una maggioranza di 11 voti contro 6) è che non vi è stata violazione dell'art. 8. Anche in questo caso si nota, quindi, una scelta dei giudici di Strasburgo di non volere entrare nel merito di questioni più complesse. Scelta che non si ritiene possa essere sempre condivisibile laddove, in materie di questo tipo (e, in genere, in tutte le materie connesse con la tutela dei diritti fondamentali) la giurisprudenza svolge un ruolo fondamentale, nella misura in cui riesce a dare un contributo verso forme più avanzate di protezione.

## 6. Conclusioni

Pare fuori di dubbio che gli obiettivi per i quali la legge n. 40/2004 era stata adottata siano stati disattesi, così come non può non rilevarsi un'amara delusione per i problemi rimasti insoluti dai numerosi divieti contenuti nella normativa.

Da qui l'intervento giurisprudenziale, interno e sovranazionale, volto a garantire quei diritti che la legge non è riuscita a garantire.

Ed è proprio in questo contesto che si inseriscono i numerosi disegni di legge all'esame del nostro Parlamento, volti a modificare la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita<sup>59</sup>. Non si possono, al momento, prevedere gli esiti di tali iniziative legislative, tuttavia alcune considerazioni si impongono.

Innanzitutto, già la loro "numerosità" rivela come il tema sia oggetto di grande attenzione da parte delle forze politiche. Inoltre, vi sono alcuni aspetti sui quali i vari progetti normativi presentano importanti punti di contatto. Dalla lettura dei testi, infatti, emerge che sul tema della fecondazione eterologa le questioni più rilevanti registrano una certa comunità d'intenti, come, ad esempio, il carattere volontario e gratuito della donazione di gameti, il controllo dei donatori e la loro iscrizione in un apposito registro per garantire il diritto alla salute dei soggetti coinvolti, il divieto di maternità surrogata.

<sup>58</sup> Par. 166: "La Cour estime que les mesures adoptées à l'égard de l'enfant – éloignement, placement en foyer sans contact avec les requérants, mise sous tutelle – s'analysent en une ingérence dans la vie privée des requérant". Par. 167: "Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle peut se justifier sous l'angle du paragraphe 2 de cette disposition, c'est-à-dire si elle était «prévüe par la loi», pourusivait un ou plusieurs buts légitimes énumérés dans cette disposition et était «nécessaire, dans une société démocratique», pour atteindre ce ou ces buts".

<sup>59</sup> Tutti consultabili sul sito [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

Da segnalare, inoltre, che tutte le iniziative in questione si sono susseguite a partire dalla citata sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, cui tutte fanno riferimento. Si tratta di un dato significativo se considerato alla luce del fatto che proprio nella citata sentenza si sottolinea come non si sia in presenza di un vuoto normativo, dal momento che esistono “più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo”. Secondo il legislatore invece “si deve (...) evidenziare come la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richieda, rispetto a quella di tipo omologo, lo svolgimento di un’attività nuova e specifica, consistente nella selezione dei donatori di gameti, secondo criteri di sicurezza, al fine di garantire la tutela della salute”<sup>60</sup>.

Da sottolineare, altresì, che l’attenzione del nostro Parlamento è per larga parte rivolta al tema della fecondazione eterologa, mentre tra le iniziative volte a rivedere la normativa nel suo insieme si segnala solo un disegno di legge (n. 1630)<sup>61</sup> che rivede per intero la disciplina ed il cui art. 9, co. 4, si occupa della tutela da apprestare al figlio nato da contratto di maternità surrogata, prevedendo che “In caso di applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita che prevedano il ricorso alla surrogazione di maternità, in violazione di quanto previsto all’articolo 12, comma 5, e ferme restando le relative sanzioni, si procede con la trascrizione dell’atto di nascita formato legittimamente all’estero per garantire il prevalente interesse del minore e il suo diritto alla famiglia”.

Proprio in tema di maternità surrogata, inoltre, è da segnalare, sul piano internazionale, la mancata approvazione del progetto di Raccomandazione dal titolo “*Droits de l’enfant liés à la maternité de substitution*” da parte dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa<sup>62</sup>, nella quale si sottolineava, in particolare, la necessità di vietare i contratti di maternità surrogata a scopo di lucro, di fare in modo che gli Stati riconoscano la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata solo ai propri cittadini<sup>63</sup> e di tutelare i diritti dei bambino nati da un contratto di tale tipo<sup>64</sup>. E’ noto che l’atto in questione, qualora fosse stato adottato non avrebbe avuto valore giuridico vincolante, ma sicuramente sarebbe stato uno strumento di grande valore simbolico e avrebbe potuto essere un punto di riferimento per le future scelte legislative nazionali in materia.

---

<sup>60</sup> Così si legge nella relazione di accompagnamento ai disegni di legge n. 1636 e n. 1975 (Senato della Repubblica) ed alla proposta di legge n. 2632 (Camera dei Deputati).

<sup>61</sup> Il disegno di legge n. 1888 (Senato della Repubblica) e la proposta di legge n. 2645 (Camera dei Deputati) prevedono solo poche modifiche. In particolare, il primo di tali documenti si limita a prevedere la possibilità di ammettere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita anche le coppie che non hanno problemi di fertilità o sterilità, ma solo problemi di trasmissione di malattie genetiche al feto. Il secondo progetto, invece, pone l’accento sull’esigenza di bilanciare il diritto alla vita del nascituro e gli interessi dei potenziali genitori; gli aspetti principali riguardano: il diritto alla vita del concepito, il diritto a conoscere le proprie origini ed il diritto all’anonimato del donatore.

<sup>62</sup> La proposta è stata respinta il 12 ottobre 2016 con 83 voti contrari, 77 voti a favore e 7 astensioni. Il testo è consultabile al sito [www.coe.int](http://www.coe.int). Sull’attività del Consiglio d’Europa in materia di maternità surrogata si veda L. MARINI, I APREA, *Forme di maternità surrogata e desiderio di genitorialità: la “maternità surrogata” nei documenti del CNB e del Consiglio d’Europa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 469 e ss., consultabile al sito [www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net).

<sup>63</sup> In particolare si raccomandava agli Stati membri ed al Comitato dei Ministri di collaborare con la Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato (HCCH) “*en vue, au minimum, de réinstaurer le recours aux conventions de maternité de substitution aux nationaux résidant dans leur propre Etat et pays dans un éventuel instrument multilatéral auquel les travaux de la HCCH sur la filiation et la maternité de substitution seraient à même d’aboutir*”.

<sup>64</sup> Affermando, in primo luogo, il principio secondo il quale “*les Etats membres interdisent toutes les formes de maternité de substitution à but lucratif dans l’intérêt supérieur de l’enfant*” e ancora che “*les Etats membres veillent à ne pas porter atteinte aux droits de l’enfant lorsqu’ils prennent des mesures visant à maintenir l’ordre public et à dissuader le recours à des conventions de maternité de substitution*”.

Ed è noto, altresì, che anche la lunga e discussa vicenda relativa al caso Paradiso e Campanelli non ci sarebbe stata in presenza di una regolamentazione efficace e puntuale dei contratti di maternità surrogata.

Alla luce di quanto precede, è evidente come una modifica della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita nel nostro ordinamento sia necessaria e non più procrastinabile, e ciò anche in ragione delle novità introdotte dal legislatore in materia di nuovi diritti delle famiglie e dell'accesso dibattuto sociale, politico e giuridico intorno alle nuove tipologie di famiglia<sup>65</sup>.

Nuovi interessi si aggiungono a quel già faticoso bilanciamento che la Corte costituzionale ha posto alla base delle sue decisioni e che è stato la ragione fondamentale della bocciatura di numerose parti della normativa. Oggi il rischio è che, dovendosi bilanciare ulteriori interessi nel rispetto dei valori costituzionali che sono alla base del nostro ordinamento, la combinazione di più norme potrebbe portare ad esiti ancora una volta "irragionevoli".

Con riferimento a tematiche così particolarmente delicate, nelle quali ad essere in gioco non sono solo i diritti delle persone direttamente coinvolte, ma anche quelli del nascituro e a dover essere oggetto di attenzione è spesso la sfera più intima delle persone, il legislatore è chiamato a garantire che il sistema normativo nel suo complesso risulti coerente ed armonico.

---

<sup>65</sup> In particolare si veda in proposito la legge 20 maggio 2016, n. 76 "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in *Gazzetta Ufficiale* del 21 maggio 2016, n. 118. Sull'argomento v. M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). In generale, sul dibattito intorno al tema dei diritti delle coppie omosessuali v. S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 21 settembre 2011; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 22 agosto 2015; G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela nazionale e sovranazionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11 novembre 2015.