

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU

**L'obbligo di riconoscimento della genitorialità
intenzionale tra diritto interno e CEDU:
Riflessioni a partire dal primo parere consultivo
della Corte Edu su GPA e trascrizioni**

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-1

L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni

Sommario

1. Introduzione – 2. La lunga battaglia giudiziaria della famiglia Mennesson, tra evoluzioni giurisprudenziali e riforme legislative Cedu-orientate – 3. Il parere della Corte: la CEDU impone l'obbligo di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, sì ma come? – 3.1. La conferma dell'interesse superiore del minore come principio preminente – 3.2. Il mantenimento della *primauté* della genitorialità biologica – 3.3. Dall'*an* al *quomodo*, o della variabilità del margine di apprezzamento anche su "un aspetto essenziale dell'identità" – 4. Considerazioni sulle modalità di esecuzione dell'obbligo e sull'inadeguatezza dell'adozione, anche alla luce degli effetti *de facto* generali della pronuncia – 4.1. Le conseguenze per la Francia: dopo tante bocciature, una promozione con riserva – 4.2. Le conseguenze per l'Italia: la pronuncia intempestiva delle Sezioni Unite della Cassazione e l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari

Abstract

A partire da un esame del caso francese e del parere consultivo della Corte Edu in materia di riconoscimento del legame di filiazione tra il figlio nato all'estero da GPA e il genitore intenzionale, il contributo analizza gli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU e le modalità di esecuzione degli stessi. In particolare, confrontando le soluzioni della trascrizione e dell'adozione prospettate dalla Corte di Strasburgo, solleva dei dubbi sull'adeguatezza delle discipline francese e italiana sull'adozione rispetto alle condizioni di effettività e celerità poste dal parere.

Starting from the French case and the opinion issued by the European Court of Human Rights on the recognition of the filiation with the intended parent in case of surrogacy, this paper analyses the obligations stated by article 8 ECHR and their enforcement tools. In particular, comparing the two solutions identified by the Court of Strasbourg (i.e. adoption and the transcription of birth certificate), it analyses the French and Italian systems in light of the effectiveness and promptness needs as they have been identified in the above-mentioned opinion.

* Dottoressa di ricerca abilitata alle funzioni di professore associato in Francia, CDPC-J.-C. Escarras, Università di Tolone, Aix-Marseille Univ., Univ. de Pau, CNRS, DICE.

1. Introduzione

La questione della trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero mediante gestazione per altri (di seguito GPA)¹ è ormai da diversi anni al centro di una vasta produzione giurisprudenziale nonché, inevitabilmente, di accesi dibattiti dottrinali². Le differenze di legislazione in merito a questa controversa procedura di procreazione medicalmente assistita hanno infatti dato impulso ad una sorta di "turismo procreativo"³ – o "mobilità procreativa" se si vuole eliminare ogni accezione dispregiativa e ogni inappropriato riferimento ad una piacevole attività di svago – mediante il quale le coppie che vogliono far ricorso a tale pratica vietata nel loro ordinamento si recano in uno dei paesi in cui la GPA è legale e richiedono poi, una volta rientrati nel proprio paese, la trascrizione dell'atto di nascita del figlio.

Tale fenomeno transfrontaliero coinvolge così numerosi paesi divisi essenzialmente in tre blocchi: da un lato paesi in cui viene ottenuta la produzione degli atti di nascita di figli nati da GPA con l'indicazione dei genitori intenzionali in conformità ad una convenzione di GPA conclusa con la gestante e, dall'altro, paesi in cui viene richiesta la trascrizione di tali atti, con esiti variabili; nel mezzo si collocano dei paesi che possono essere ora di produzione ora di trascrizione, dal momento che consentono la GPA e il conseguente riconoscimento legale dei genitori intenzionali⁴, ma con condizioni particolarmente restrittive che spesso inducono le coppie a recarsi all'estero per realizzare il proprio progetto di procreazione assistita⁵.

Anche la trascrizione è tuttavia rimessa a discipline diverse da un ordinamento all'altro⁶, il che ha prodotto in questi anni un'evidente frammentazione delle soluzioni giuridiche ed una conseguente incertezza riguardo alla situazione dei figli nati da GPA in un contesto transnazionale. Mentre la ricer-

-
- 1 Si impiega qui il termine prevalentemente utilizzato dalla giurisprudenza e raccomandato dalle Linee guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI a cura dell'Unar. Su altre possibili definizioni e sulla portata comunicativa delle stesse ai fini della percezione sociale e valoriale del fenomeno v. B. Pezzini, *Introduzione al Focus: Verità della nascita e GPA*, in questa *Rivista*, 2, 2017, p. 6.
 - 2 Nell'impossibilità di citare tutti gli studi più significativi all'interno della vasta dottrina in materia, ci limitiamo a segnalare in particolare i contributi pubblicati nel *Focus "Verità della nascita e GPA"* in questa *Rivista*, 2, 2017; M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere, "Studi di Genere. Convegni"*, CIRSDe, 2019; il *Focus di Articolo29, La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: contributi per un dibattito attuale*, <http://www.articolo29.it/focus-articolo29contributi-per-un-dibattito-attuale/>; A. Margaria, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, Bologna, 2018. Al dibattito tra i giuristi non si accompagna però un altrettanto ricco e ragionato dibattito pubblico e politico, secondo Gabriella Luccioli, che osserva che "è spiacevole constatare che di tale dibattito, nato in Francia, ed alimentato dalle riflessioni della sociologa Sylviane Agacinski, ma presto sviluppatosi anche in Italia, non vi è quasi traccia nei media e nella sfera politica del nostro Paese" G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2, 2017, p. 325.
 - 3 Talvolta agevolato da ineguaglianze sociali marcate tra genitori di intenzione e madre gestante, soprattutto quando i primi, da un paese più ricco, si recano in un paese più disagiato per poter ricorrere alla GPA, come osserva L. C. Ikemoto, *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services*, in *Law & Inequality*, 2009, p. 277.
 - 4 Tra i primi, si annoverano in particolare alcuni Stati degli Stati Uniti, tra cui la California, ma anche la Russia, l'Ucraina, l'India, la Georgia. Tra i secondi, invece, l'Italia e la Francia innanzitutto, ma anche altri Stati europei come l'Austria, la Germania, la Spagna. Nel mezzo, ordinamenti che consentono unicamente la GPA cosiddetta altruistica e consentono dunque la trascrizione degli atti di nascita in conformità alle convenzioni di GPA solo quando queste ultime sono a titolo gratuito e non commerciale, come Canada, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Belgio, Olanda, Grecia, Israele, Repubblica Ceca. Per un'accurata analisi comparata, si veda S. Penasa, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazioni*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *cit.*, p. 81.
 - 5 Sul punto, si veda lo studio comparato di S. Penasa, *cit.*, che, citando ad esempio il Regno Unito, osserva come la legalizzazione in alcuni paesi di forme altruistiche di gestazione per altri "non impedisce una mobilità verso l'esterno, finalizzata a «superare» i limiti previsti a livello nazionale", sul punto spec. p. 83. Su un caso paradigmatico concernente il Regno Unito, si veda anche M. Winkler, *Friends to our children. Omogenitorialità e diritto internazionale privato, in Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, A. Schuster (a cura di), Mimesis, 2011, p. 115, sul punto 125-127.
 - 6 Come rileva la Corte Edu nel parere del 10 aprile 2019, par. 23 ss.; v. *infra*.

ca di una soluzione comune, promossa dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, è lungi dal trovare un esito positivo⁷, i giudici sono sempre più spesso chiamati a risolvere le controversie sorte intorno alle domande di trascrizione, cercando di garantire caso per caso il bilanciamento tra gli interessi coinvolti⁸.

La frammentazione delle soluzioni giurisprudenziali, peraltro, non si rinviene solo nella comparazione tra i diversi ordinamenti, ma anche all'interno del singolo ordinamento, con giurisprudenze oscillanti da parte di giudici di merito, di legittimità, costituzionali. È il caso del nostro paese dove, mentre numerosi tribunali decidevano in favore della trascrizione⁹, la prima sezione civile della Cassazione ha ritenuto di dover rimettere la questione alle Sezioni Unite¹⁰.

Una curiosa coincidenza ha fatto sì che, mentre in Italia si attendeva la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, anche l'omologa formazione giurisdizionale francese dovesse pronunciarsi su una questione analoga. L'interesse per la procedura francese non è però dettato unicamente da una curiosità di comparatista – che pure sarebbe di per sé sufficiente, dato il carattere transfrontaliero della questione¹¹ – ma altresì dal fatto che in tale procedura ha potuto dire la sua un invitato la cui voce è destinata ad avere delle ripercussioni anche sull'ordinamento italiano: si tratta della Corte Edu, adita dalla Cassazione francese grazie alla nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo 16 alla Cedu¹².

I giudici di Strasburgo, invero, in questo quadro così frammentato, in particolare all'interno dell'Europa, erano già stati chiamati più volte a pronunciarsi sulla questione, senza tuttavia dissipare tutti i dubbi interpretativi circa gli obblighi derivanti dalla Convenzione in materia di GPA e trascrizioni. Se questa è la ragione che ha fondato la richiesta da parte della Cassazione francese del parere consultivo, quest'ultimo, come vedremo, ha sì aggiunto qualche elemento chiarificatore alla giurisprudenza europea pregressa, ma ha anche aperto un'altra serie di interrogativi destinati a risuonare ben al di là dei confini francesi. Prima di analizzare il parere della Corte Edu (3) e le sue conseguenze anche al di là della giurisdizione francese (4), è utile ripercorrere brevemente la vicenda giudiziaria che vi ha dato origine, paradigmatica del necessario approccio integrato alla questione all'interno del sistema europeo di tutela dei diritti (2).

-
- 7 Si veda il Report adottato a febbraio 2018, reperibile online al link <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, ultimo accesso 9 novembre 2018.
- 8 Sull'insufficienza della riflessione politica in materia, che lascia i giudici soli dinanzi alla necessaria regolamentazione delle conseguenze giuridiche della GPA, si vedano le lucide considerazioni di Gabriella Luccioli, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2, 2017, p. 325. Sul ruolo dei giudici, si veda altresì C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri costituzionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481.
- 9 Si vedano i riferimenti riuniti nella sezione dedicata su articolo 29 <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.
- 10 Cass. Sez. I, 22 febbraio 2018, n. 4382. Sull'opportunità di tale rinvio, in senso critico, si vedano le considerazioni di M. Dogliotti, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico. Un'ordinanza di rimessione assai discutibile*, in *Focus, La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: contributi per un dibattito attuale*, <http://www.articolo29.it/focus-articolo29contributi-per-un-dibattito-attuale/>.
- 11 Sulla necessità di trattare la questione sotto la lente del diritto comparato, D. Rosani, *"The best interests of the parents". La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, p. 109 ss.
- 12 La Francia, infatti, a differenza dell'Italia, ha ratificato il protocollo il 12 aprile 2018 scorso, sancendone così l'entrata in vigore il 1° agosto 2018, a seguito della decima ratifica. Ad oggi, 13 paesi l'hanno ratificato. Oltre alla Francia, Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Lituania, Paesi Bassi, San Marino, Slovenia e Ucraina. A proposito del ritardo italiano la Corte costituzionale, in occasione dell'incontro di studio tra le Corti italiane e la Corte Edu, ha rilevato "la necessità che le Corti europee – in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali – dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze", sottolineando quindi "l'urgenza dell'approvazione, da parte del Parlamento italiano, del Disegno di legge di ratifica e di attuazione del Protocollo 16, che consente un effettivo dialogo con la Corte di Strasburgo", Comunicato dell'11 gennaio 2019 della Corte costituzionale, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf.

2. La lunga battaglia giudiziaria della famiglia Mennesson, tra evoluzioni giurisprudenziali e riforme legislative Cedu-orientate

La vicenda della famiglia Mennesson, motore e fondamento dell'evoluzione giurisprudenziale francese e europea in materia, prende vita nel 2000 con la richiesta di trascrizione all'anagrafe francese dell'atto di nascita di due gemelle nate negli Stati Uniti a seguito di una GPA nell'ambito del progetto genitoriale di una coppia di cittadini francesi, i coniugi Sylvie e Dominique Mennesson, rispettivamente madre intenzionale e padre biologico delle neonate, entrambi indicati come genitori legali nell'atto formato in conformità alla decisione della Corte suprema californiana. Tuttavia, dal momento che la GPA è illegale in Francia¹³, il consolato francese di Los Angeles aveva rifiutato di trascrivere gli atti di nascita delle piccole gemelle¹⁴. Al rientro sul territorio francese, i coniugi in un primo momento avevano ottenuto, nel 2002, la trascrizione nei registri dello stato civile di Nantes, ma erano in seguito incorsi nell'annullamento della stessa. La procura aveva infatti impugnato la trascrizione e, mentre il tribunale aveva respinto il ricorso della procura, con decisione confermata dalla Corte d'appello, la Cassazione aveva invece disposto un annullamento con rinvio. La Corte d'appello di Parigi si era quindi pronunciata, nel 2010, in favore della procura, ordinando l'annullamento della trascrizione per "contrarietà alla concezione francese dell'ordine pubblico internazionale" della sentenza della Corte suprema californiana che "aveva indirettamente convalidato una convenzione di gestazione per altri". Respingendo l'argomento dell'interesse superiore del minore, i giudici d'appello avevano ritenuto che tale principio non può "permettere di convalidare a posteriori" un procedimento illecito secondo la legislazione francese¹⁵. I coniugi avevano quindi adito la Cassazione, la quale aveva rigettato l'appello confermando "la contrarietà all'ordine pubblico internazionale" di un atto che viola "dei principi essenziali del diritto francese"¹⁶.

La battaglia legale della famiglia Mennesson era quindi proseguita con un ricorso, esperito a nome dei genitori e delle figlie, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa, con la nota decisione del 26 giugno 2014¹⁷, aveva condannato lo Stato francese per violazione dell'articolo 8 in relazione al rispetto della vita privata delle due figlie, in quanto tale disposizione ricomprende il diritto all'identità, al riconoscimento del rapporto di filiazione e alla nazionalità¹⁸.

Questa condanna da parte di Strasburgo aveva dato impulso a profonde modificazioni procedurali e sostanziali all'interno dell'ordinamento francese.

Dal punto di vista sostanziale, prima di tutto, la Cassazione francese aveva parzialmente riformato la propria giurisprudenza in materia di trascrizione dei figli nati a seguito di una GPA: con due sentenze del 3 luglio 2015, aveva ritenuto che la conclusione di un contratto di GPA non ostasse di per sé alla trascrizione dell'atto di nascita estero. Tuttavia, come rilevato dalla Corte di Strasburgo in un'ulteriore sentenza di condanna nei confronti della Francia, tale giurisprudenza non garantiva alcun riconoscimento del rapporto di filiazione¹⁹. In ossequio alla più recente giurisprudenza europea, la massima giurisdizione civile aveva quindi ulteriormente modificato la propria posizione con due de-

13 In Francia, la GPA è vietata dalla cd. "legge bioetica", n. 94-653 del 29 luglio 1994, la quale ha inserito nel codice civile le disposizioni che prevedono la nullità e la contrarietà all'ordine pubblico di qualunque convenzione avente ad oggetto una gestazione per conto di altri (art. 16-7 e 16-9 cod.civ.fr.).

14 La trascrizione degli atti di nascita formati all'estero è disciplinata dall'art. 47 del codice civile, il quale dispone che un atto di stato civile redatto all'estero fa fede, salvo ove emerga "che tale atto è irregolare, falsificato o che i fatti ivi dichiarati non corrispondono alla realtà".

15 Corte d'appello di Parigi, n. 09/11017 del 18 marzo 2010.

16 Corte di cass. fr., Prima camera civile, sent. n. 370 del 6 aprile 2011.

17 Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11 e, lo stesso giorno, *Labassee c. Francia*, n. 65941/11.

18 Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, cit. In particolare, sulle gravi conseguenze in materia di acquisizione della nazionalità, si ricordi la cd "circolare Taubira" del 25 gennaio 2013, con cui l'allora Guardasigilli raccomandava tale interpretazione ai fini dell'attribuzione di un certificato di nazionalità francese ai nati all'estero da GPA per evitare di fare di questi bambini dei "fantasmi della Repubblica".

19 Corte Edu, *Laborie c. Francia*, 17 gennaio 2017.

cisioni del 5 luglio 2017, nelle quali aveva distinto la posizione del genitore biologico da quella del genitore intenzionale: ne risultava un obbligo di trascrizione parziale dell'atto con l'indicazione della filiazione nei confronti del padre biologico e una conferma invece della legittimità del rifiuto di trascrivere l'indicazione del genitore intenzionale²⁰. A quest'ultimo viene tuttavia aperta la via dell'adozione, in riforma della precedente giurisprudenza che faceva del ricorso alla GPA un ostacolo all'adozione del figlio del coniuge²¹.

Dal punto di vista procedurale, nel frattempo, si era registrata un'importante reazione politica alla pronuncia di Strasburgo, che mirava non solo a evitare condanne future in merito a questioni pendenti, ma anche a garantire la medesima tutela alle situazioni aventi già fatto l'oggetto di un giudicato. Con una legge di fine 2016²², e in particolare ad opera del cosiddetto "emendamento Mennesson" così chiamato proprio con riferimento al procedimento in questione, è stato infatti riformato il Codice dell'organizzazione giudiziaria francese per permettere il riesame delle decisioni giudiziarie interne a seguito di un'eventuale condanna da parte di Strasburgo. Com'era ampiamente previsto, dato il contesto di introduzione di tale norma, la famiglia Mennesson è stata tra i primi ad avvalersi di tale procedura dinanzi alla Corte del riesame delle decisioni civili, la quale ha rinviato la questione all'Assemblea plenaria della Cassazione.

Chiamata a decidere sulla legalità dell'annullamento della trascrizione, l'Assemblea plenaria della Cassazione ha ritenuto che, alla luce delle molteplici pronunce della Corte di Strasburgo degli ultimi anni, la questione non fosse di facile soluzione, in particolare per quanto riguarda il riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore non biologico, e ha quindi deciso di rivolgersi a Strasburgo.

Con la decisione n. 638 del 5 ottobre 2018, e la successiva formalizzazione della richiesta tramite una lettera del 12 ottobre, la Corte di cassazione francese ha posto ai giudici europei diversi quesiti. Innanzitutto, ha chiesto se il rifiuto "di trascrivere sui registri dello stato civile l'atto di nascita di un figlio nato all'estero a seguito di una GPA nella parte in cui esso indica come madre legale la madre intenzionale, laddove la trascrizione è invece ammessa nella parte in cui indica quale padre il padre biologico" costituisca una violazione dell'art. 8 CEDU. Ha altresì chiesto se tale valutazione debba tener conto della circostanza che il figlio sia stato concepito o meno con dei gameti della madre intenzionale e, in caso di risposta affermativa alla prima domanda, se lo Stato possa rispettare gli obblighi imposti dall'art. 8 consentendo l'adozione da parte della madre intenzionale invece che la trascrizione integrale dell'atto di nascita²³.

Si noti che la richiesta di parere verteva unicamente sul riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, dal momento che, come abbiamo ricordato, proprio per conformarsi alla giurisprudenza europea, l'ordinamento francese aveva già iniziato a consentire la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati mediante GPA con l'indicazione del padre intenzionale, ove questi fosse altresì il padre biologico. Ed è dunque sul rapporto di filiazione con il genitore intenzionale che non abbia alcun legame biologico col figlio che la Corte era chiamata a pronunciarsi.

3. Il parere della Corte: la CEDU impone l'obbligo di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, sì ma come?

La richiesta della Cassazione francese è stata accolta dalla Corte di Strasburgo che, ai sensi dell'art. 2 del Protocollo 16, vi ha dato risposta nel parere reso dalla formazione della Grande Camera²⁴.

20 Corte di cass. fr., sentenza del 5 luglio 2017 n. 824.

21 Corte di cass. fr., sentenza del 5 luglio 2017, n. 826. Si veda *infra*.

22 Legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016.

23 Corte di cass. fr., Ass. plen., sentenza del 5 ottobre 2018, n° 638.

24 Il Protocollo n. 16 prevede, all'art. 2, che "Un collegio di cinque giudici della Grande Camera decide se accogliere la richiesta di parere consultivo rispetto all'articolo" e che "Quando il collegio accoglie la richiesta, la Grande Camera emette un parere consultivo." Ai sensi del comma 3 di detto articolo, "Il collegio e la Grande Camera, indicati ai paragrafi precedenti,

Il parere del 10 aprile 2019²⁵ si articola in due parti, che rispondono all'an e al quomodo della questione. Quanto all'an, la Corte riconosce l'esistenza di un obbligo di riconoscimento del legame di filiazione tra il figlio nato mediante GPA e il genitore intenzionale in nome dell'interesse del minore. Per quel che riguarda il quomodo, invece, la Corte si trincerava dietro un approccio di self-restraint, in ossequio al margine di apprezzamento statale, che finisce con l'avvolgere in un velo di incertezza la portata esatta dell'obbligo espressamente riconosciuto. Essa afferma infatti che gli Stati possono pervenire al riconoscimento della filiazione attraverso la trascrizione ovvero mediante una procedura di adozione, purché questa soddisfi alcune condizioni. Oltre alla conferma dell'interesse superiore del minore come criterio fondamentale nelle questioni che incidono su diritti dei bambini (3.1), la pronuncia, letta alla luce dei precedenti della Corte, permette di mettere in evidenza almeno altri due punti, che sono il mantenimento della primauté della genitorialità biologica, malgrado una sua parziale rimessa in discussione (3.2), e la determinazione del margine di apprezzamento a geometria variabile nelle questioni attinenti all'identità (3.3).

3.1. La conferma dell'interesse superiore del minore come principio preminente

I giudici di Strasburgo si sono pronunciati in più occasioni sullo status giuridico dei figli nati da GPA e sul loro rapporto coi genitori intenzionali, e hanno sempre tenuto a mantenere distinta tale questione da quella della conformità alla Convenzione del divieto o della regolamentazione della GPA²⁶. Sebbene sia inevitabile che il dibattito sull'una conduca a discutere anche dell'altra²⁷, e che le stesse posizioni giurisprudenziali sulla trascrizione siano almeno parzialmente fondate su una valutazione – giuridica, sociale o addirittura valoriale – di questa controversa pratica procreativa²⁸, la Corte si impone di non perdere di vista la differenza essenziale tra le due questioni, che è la presenza di un bambino già nato, che già esiste ed è stato inserito in un contesto genitoriale, e il cui interesse deve prevalere su ogni altra valutazione²⁹.

comprendono di pieno diritto il giudice eletto per l'Alta Parte contraente cui appartiene l'autorità giudiziaria che ha richiesto il parere. Se tale giudice è assente o non è in grado di partecipare alla riunione, una persona scelta dal Presidente della Corte da una lista previamente sottoposta a tal Parte sarà presente in qualità di giudice”.

- 25 Corte Edu, *Parere consultivo relativo al riconoscimento in diritto interno del legame di filiazione tra un figlio nato da una gestazione per altri praticata all'estero e la madre intenzionale*, 10 aprile 2019, Richiesta n° P16-2018-001, disponibile all'indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380431-8364345>.
- 26 In un comunicato che accompagnava la pubblicazione della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 2a Camera, 27 gennaio 2015, la Corte osserva, anche con riferimento ai precedenti *Menesson e Labassee*, che “Nessuna di queste sentenze si pronuncia sulla questione del divieto o dell'autorizzazione della GPA” (Corte EDU, *Questions-réponses sur l'arrêt Paradiso et Campanelli c. Italie* (27 janvier 2015), p. 3, disponibile all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_FRA.pdf).
- 27 Gran parte della dottrina invita anzi ad abbandonare l'approccio “episodico, disorganico e lacunoso” in favore di un approccio nel quale le due questioni vengano trattate “in modo organico e sistematico”: così S. Penasa, *Tra legge e corti*, cit., p. 84. In favore della stessa scelta metodologica, pur giungendo a conclusioni parzialmente differenti: S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015; B. Pezzini, *Introduzione*, cit. e Ead., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il 'principio del nome della madre' nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Jovene*, Napoli, 2017, p. 91.
- 28 La Corte Edu non fa eccezione, in quanto nelle motivazioni delle sue decisioni sul riconoscimento *ex post* del legame di filiazione trovano inevitabilmente spazio delle considerazioni sulla liceità dei contratti di GPA, che si tratti di una ricognizione normativa comparata o di considerazioni di merito che ne sono desunte. Ed anche nel parere in questione infatti la Corte passa in disamina le legislazioni degli Stati parte alla Convenzione, sia in merito alla trascrizione che sulla regolamentazione della GPA.
- 29 Proprio questa distinzione è alla base dell'evoluzione giurisprudenziale osservata in vari ordinamenti che consentono il

A partire da tale postulato e riferendosi ai propri precedenti *Mennesson* e *Labassee*, la Corte osserva nel parere in questione che, sebbene sia ammissibile “che la Francia possa voler scoraggiare i propri cittadini dal ricorrere all'estero a un metodo di procreazione proibito sul suo territorio”³⁰, tale legittima scelta repressiva non può tradursi in un'ingiustificata sanzione nei confronti dei figli per le colpe dei loro genitori³¹. Il divieto assoluto di trascrizione, a prescindere dalla valutazione dell'interesse del minore, ha infatti delle ripercussioni giuridiche pregiudizievoli non solo per i genitori, che hanno consapevolmente deciso di incorrere nelle conseguenze giuridiche della loro condotta, ma anche e soprattutto per i figli che di tale condotta non sono responsabili³².

Valutando quindi le conseguenze della mancata trascrizione sulla condizione giuridica del minore in un caso come quello prospettato dai giudici rimettenti, la Corte considera che il mancato riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale lo espone ad “una forma di incertezza giuridica riguardo la sua identità nella società” che può arrecargli dei pregiudizi gravi. Il figlio, in particolare, incorre nel rischio di non poter acquisire la nazionalità della madre e, di conseguenza, un titolo di permanenza nello Stato di residenza di quest'ultima; può vedere ridotti i propri diritti di successione e non tutelata la propria relazione con la madre in caso di separazione dei genitori o di morte del padre; non è tutelato, infine, nel caso in cui la madre intenzionale si rifiuti di contribuire al suo mantenimento e alle sue cure³³. Pertanto, la Corte giunge alla conclusione che “l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del legame di filiazione tra un figlio nato da una gestazione per altri all'estero e la madre intenzionale non è conciliabile con l'interesse superiore del minore”³⁴. Rispondendo all'*an* della questione, il parere chiarisce dunque che il diritto alla tutela della vita privata garantito dall'art. 8 impone agli Stati di consentire il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il figlio nato mediante GPA e la madre intenzionale indicata nell'atto di nascita estero come madre legale, anche se quest'ultima non ha prestato i propri gameti per il concepimento e non ha quindi alcun legame genetico col figlio.

3.2. Il mantenimento della *primauté* della genitorialità biologica

Questa pronuncia aggiunge dunque un nuovo tassello alla giurisprudenza in materia di filiazione mediante GPA, poiché sancisce per la prima volta in maniera inequivocabile e perentoria l'obbligo di riconoscimento del genitore intenzionale, ove ciò risponda all'interesse del minore. È infatti il carattere automatico e assoluto del rifiuto della trascrizione ad essere sanzionato, in quanto la decisione in merito al riconoscimento della filiazione “esige per lo meno un esame di ciascuna situazione alla luce del-

riconoscimento dello status del figlio secondo quanto sancito dalle convenzioni di GPA concluse all'estero, pur senza riconoscere valore legale a queste ultime: 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*, n. 1, 2016, p. 309 ss.

30 Corte Edu, *Parere consultivo*, cit., par. 39, che cita le decisioni *Mennesson* e *Labassee*, rispettivamente par. 99 e 78.

31 Così H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, regard prospectif des arrêts Labassee et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014*, in *Revue Dalloz*, 2014, p. 1773. Su quest'argomento, con particolare riferimento alla situazione italiana, M.C. Venuti, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, nel Focus di Articolo29, *La trascrizione dei certificati di nascita*, cit.

32 È stato peraltro osservato che la preminente tutela degli interessi del minore, che giustifica il riconoscimento delle conseguenze della GPA in deroga a principi di diritto interno, “si estende *ratione personarum* oltre il minore, ricomprendendovi, seppure a un livello inferiore di tutela, gli adulti – uno dei quali è spesso anche il genitore biologico – intenzionati ad assumere compiti genitoriali”, a discapito dei diritti di altri individui coinvolti, tra i quali ovviamente la madre gestazionale: R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit., p. 309 ss. Su tali questioni si veda altresì I. Anrò, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: it is compatible with the European Catalogues of Human Rights?* in questa *Rivista*, 1, 2016, p. 22.

33 *Ibidem*, par. 40.

34 *Ibidem*, par. 42.

le circostanze particolari che la caratterizzano”³⁵.

Fino ad oggi, la giurisprudenza di Strasburgo aveva consacrato, a partire dall'art. 8 della CEDU e in nome dell'interesse superiore del minore, l'obbligo di riconoscimento del legame di filiazione col solo genitore biologico, mentre un tale obbligo non sembrava sussistere nei confronti del genitore intenzionale che non abbia alcun legame biologico col figlio. Tale interpretazione, espressa nelle sentenze *Labassée e Mennesson*, era stata avallata a contrario dalla sentenza della Grande Camera *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017³⁶, nella quale l'assenza di qualunque legame biologico tra i genitori intenzionali e il figlio era stata determinante ai fini dell'esclusione della violazione dell'art. 8 per l'allontanamento di quest'ultimo dai primi disposto dalle autorità italiane. È vero, infatti, che la motivazione della decisione, in quel caso, si basava sulla mancata constatazione dell'esistenza di una “vita familiare” soprattutto in ragione della breve durata della coabitazione tra i genitori intenzionali e il figlio³⁷; tuttavia, da un lato, nel caso concreto, la brevità della vita comune era stata anche conseguenza della mancanza di legami genetici³⁸ e, dall'altro, anche l'assenza di qualunque vincolo biologico aveva costituito un fattore determinante³⁹, al punto che è verosimile ritenere che la Corte, alla luce dei propri precedenti *Labassée e Mennesson*, avrebbe deciso diversamente se almeno uno dei genitori intenzionali fosse stato anche genitore biologico del minore⁴⁰. Sembra infatti che la presenza di un legame genetico con almeno uno dei genitori intenzionali rappresenti, per Strasburgo, il confine tra convenzioni di GPA le cui conseguenze giuridiche sono accettabili e convenzioni di GPA invece non sanabili, allorché esse si traducano in un escamotage per aggirare le norme sull'adozione internazionale o in altre forme di abuso⁴¹.

Se dunque il legame biologico aveva giocato finora un ruolo essenziale nella giurisprudenza europea in materia di GPA, in questo parere si assiste ad una parziale rimessa in discussione della *primauté* della genitorialità biologica, in quanto la Corte impone agli Stati di consentire il riconoscimento legale del genitore intenzionale, anche in deroga al brocardo *mater semper certa est*⁴². Si tratta peraltro

35 *Ibidem*, par. 42.

36 Corte Edu, GC, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

37 Ma si vedano le considerazioni di C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, Forum di Quad.cost., 2 marzo 2017, p. 3.

38 Come riporta la motivazione della sentenza, “Le misure adottate dalle autorità italiane che hanno determinato la separazione definitiva del minore dai ricorrenti” erano dettate dal fatto che “non si trattava di una surrogazione di maternità «tradizionale», visto che non era stato usato il materiale biologico dei ricorrenti. È stato posto l'accento sul mancato rispetto delle procedure previste dalla legislazione sulle adozioni internazionali e sulla violazione del divieto di usare gameti di donatori ai sensi dell'articolo 4 della legge sulla procreazione medicalmente assistita (si veda il passaggio pertinente del provvedimento del tribunale per i minorenni, paragrafo 37 supra)”, Corte Edu, *Paradiso e Campanelli*, GC, cit. par. 133.

39 *Ibidem*, par. 157.

40 Così anche L. Poli, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri, in Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), cit., p.162.

41 In tal senso, v. Corte Edu, Parere, cit. par. 41 e *Paradiso e Campanelli*, GC, cit., par. 202. Si vedano altresì le considerazioni di A. Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, in *Articolo29*, 14 aprile 2019.

42 Gran parte della dottrina è fortemente critica nei confronti dell'esclusione del principio *mater semper certa est* dai limiti di ordine pubblico alla trascrizione degli atti di nascita in conformità ai contratti di GPA: tra gli altri, J. Long, *(Ri)pensare la maternità?*, in *Riproduzione e relazioni*, M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), cit., p. 132; i vari contributi riuniti nel volume a cura di S. Nicolai, E. Olivito, *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., spec. F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, p. 31; C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori*, p. 119 ss.; S. Nicolai, *Diamo alla maternità ciò che le spetta*, p. 191; di quest'ultima si veda altresì S. Nicolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in questa *Rivista*, 2, 2017, p. 49, dove l'A. osserva che *Mater certa est* è “il principio di civiltà che consiste, come è stato in più casi riconosciuto, nell'impedire di trasformare il figlio, e chiunque, da soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui”. È il caso peraltro di osservare che, proprio in ossequio a tale principio, si potrebbe giungere ad una conclusione diversa, in favore proprio del riconoscimento della madre intenzionale ove, nel rispetto della normativa del paese di nascita, la madre biologica e la ge-

di una tendenza già osservata nell'evoluzione giurisprudenziale di molti ordinamenti che, pur assurdo tale massima a principio cardine della disciplina interna sulla filiazione, consentono di derogarvi in sede di riconoscimento di provvedimenti stranieri, rinunciando a farne un ostacolo di ordine pubblico⁴³.

L'esigenza di garantire la tutela della vita familiare nel rapporto tra figli e genitori sociali – anche in assenza di un legame biologico o legale – era peraltro già stata riconosciuta da Strasburgo con riferimento a fattispecie diverse dalla gestazione per altri⁴⁴. Tuttavia, la consacrazione dell'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale nei confronti del genitore non biologico non si traduce in alcun modo in un'equiparazione tra questa e la genitorialità biologica. Secondo quell'approccio da equilibrista esperto e prudente tipico della Corte di Strasburgo, il parere consultivo da un lato apre ad un rafforzamento della tutela della genitorialità intenzionale e, dall'altro, ribadisce con forza la primazia della genitorialità biologica.

È quanto emerge in tutta evidenza da due elementi. In primo luogo, alla seconda domanda posta dai giudici francesi, che chiedevano se si dovesse tenere in conto il fatto che il figlio fosse stato concepito o meno con dei gameti della madre intenzionale, la Corte risponde che l'esigenza di garantire il riconoscimento del legame tra il figlio e la madre intenzionale, sancita con riferimento alla fattispecie eterologa in questione, "vale a fortiori" nel caso in cui il figlio sia stato concepito con i gameti della madre intenzionale⁴⁵. La madre intenzionale che ha anche un legame biologico col figlio, sebbene non lo abbia portato in grembo e partorito, ha dunque un più forte titolo per essere riconosciuta come madre legale⁴⁶. In secondo luogo, la Corte non obbliga al riconoscimento del legame col genitore intenzionale nelle stesse condizioni del genitore (intenzionale e) biologico. Per quest'ultimo, infatti, il riconoscimento deve avvenire necessariamente *ab initio* tramite la trascrizione dell'atto di nascita, mentre per il primo la Corte fissa un obbligo di risultato ma non di mezzo⁴⁷, ammettendo che tale riconoscimento possa avvenire anche secondo altre modalità, come l'adozione.

stante non siano indicate come madri nell'atto di nascita. In tali fattispecie, la trascrizione della madre intenzionale costituisce l'unico meccanismo per dare certezza giuridica all'identificazione di colei che, in molti casi, è l'unica madre che il figlio ha avuto modo di conoscere.

- 43 D. Gruenbaum, *Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat*, in *American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 475 ss.; R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit. Su tale teoria dell'"ordine pubblico attenuato" si vedano: B. Salone, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016; C. Campiglio, F. Mosconi, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Dig. Disc. Pubbl. - Aggiornamento*, Torino, 2005, 336 ss.; G. Palmeri, *Il Tribunal Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione*, in www.articolo29.it, 10 maggio 2014.
- 44 Si vedano, tra la altre, le decisioni *Wagner c. Lussemburgo*, n. 76240/01, 28 giugno 2007, in materia di riconoscimento di una sentenza straniera di adozione da parte di una madre single; *Moretti c. Italia*, n. 16318/07, 27 aprile 2010, ancora in materia di adozione, *Kopf e Liberda c. Austria*, n. 1598/06, 17 gennaio 2012 *Nazarenko c. Russia*, n. 39438/13, 16 luglio 2015, sull'esclusione del padre non biologico dalla vita del figlio a seguito di una decisione di disconoscimento della paternità. Tutte queste decisioni sono state peraltro citate dalla Corte nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, GC, par. 58 e par. 149-153, sebbene la Corte se ne discosti per decidere in senso contrario nel caso di specie (si veda infatti l'opinione opinione dissenziente comune dei giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev). Sul progressivo riconoscimento della genitorialità non biologica si veda L. Poli, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, cit., p. 162.
- 45 Corte Edu, Parere, cit., par. 47.
- 46 Non sono chiare le conseguenze di tale più forte titolo sull'ammissibilità dell'adozione come strumento del riconoscimento del legame: il rapporto del figlio con la madre intenzionale che ha messo a disposizione i suoi gameti, e che è dunque madre biologica ma non gestazionale, può essere riconosciuto tramite l'adozione o deve esserlo *ab origine* tramite la trascrizione integrale dell'atto di nascita? È la questione che viene sollevata in particolare da T. Disperati, C. Tzutzuiano, *La question du statut de la « mère d'intention » portant inauguration de la transformation de l'articulation des systèmes juridictionnels*, LPA, n° 82, p. 6.
- 47 Ma, sull'imprescindibile legame tra l'uno e l'altro si veda *infra*.

3.3. Dall'an al *quomodo*, o della variabilità del margine di apprezzamento anche su “un aspetto essenziale dell'identità”

Il parere della Corte dà atto dell'assenza di un consenso europeo in materia di trascrizione, “malgrado una tendenza a consentire il riconoscimento giuridico del legame di filiazione tra i figli nati da GPA e i genitori intenzionali”⁴⁸. Si esclude, tuttavia, che gli Stati possano appellarsi al margine di apprezzamento per sfuggire all'obbligo di consentire il riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, in quanto – come rammenta la Corte - “quando è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'identità di una persona, quale [...] la filiazione” il margine di apprezzamento statale è necessariamente ristretto⁴⁹.

Lo stesso margine ristretto non si applica però al *quomodo*, come afferma la Corte nella seconda parte del parere. La Corte osserva infatti che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento quanto alle modalità di adempimento dell'obbligo di riconoscimento del genitore intenzionale, in ragione delle varie soluzioni riscontrate nell'analisi comparata degli ordinamenti europei, i quali optano gli uni per la trascrizione dell'atto di nascita con l'indicazione di entrambi i genitori intenzionali, gli altri per l'adozione del figlio da parte del genitore intenzionale non biologico⁵⁰. Secondo la Corte, entrambe le modalità possono risultare idonee a tutelare l'interesse del minore, purché permettano che il legame tra il figlio e il genitore intenzionale “possa essere riconosciuto al più tardi nel momento in cui si è concretizzato”⁵¹.

L'idoneità dell'adozione quale strumento per soddisfare l'obbligo di riconoscimento della filiazione è dunque subordinato al rispetto di alcune condizioni, sulle quali però la pronuncia della Corte è tutt'altro che chiara. In essa si legge infatti che non si può direttamente dedurre, dall'obbligo di riconoscimento del legame tra madre intenzionale e figlio, un obbligo di trascrizione dell'atto di nascita con l'indicazione di entrambi i genitori, dal momento che anche una procedura di adozione può rispondere all'esigenza di tutela dell'interesse del minore⁵². Viene tuttavia precisato che la modalità di riconoscimento deve produrre effetti simili alla trascrizione, che la durata dell'incertezza giuridica nella quale versa il figlio deve essere il più breve possibile e che spetta alle autorità nazionali il compito di valutare concretamente caso per caso che la soluzione offerta dall'ordinamento sia idonea a garantire il riconoscimento effettivo e tempestivo del legame di filiazione legalmente stabilito all'estero⁵³.

Ci sentiamo di rivolgere due ordini di critiche alle conclusioni cui giunge la Corte. Innanzitutto, dopo aver sancito che “è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'identità di una persona, quale [...] la filiazione”, che richiede quindi l'applicazione di un margine di apprezzamento ristretto, non si capisce perché venga invece riconosciuto un margine ampio con riferimento alle modalità di esecuzione dell'obbligo, dal momento che, parlando di riconoscimento della filiazione, la scelta del mezzo è determinante ai fini del risultato. Ed infatti le diverse modalità prese in considerazione – riconoscimento della filiazione *ab initio* o adozione – non garantiscono un identico esito e, quindi, un medesimo livello di garanzia di quell'aspetto essenziale dell'identità che è la filiazione.

In effetti – e veniamo così al secondo ordine di critiche – le conclusioni della Corte quanto all'ammissibilità dell'adozione come modalità di adempimento dell'obbligo ex art. 8 CEDU appaiono insoddisfacenti e a tratti contraddittorie. Insoddisfacenti, perché la Corte non aggiunge alcuna preci-

48 Corte Edu, Parere, *cit.*, par. 43. Come precedentemente osservato, la dottrina privatista e internazionalprivatistica ha messo in evidenza una certa evoluzione osservabile nella giurisprudenza di diversi ordinamenti nazionali, che ha portato ad un'applicazione attenuata degli ostacoli di ordine pubblico al riconoscimento di atti di nascita stranieri, per salvare le conseguenze della GPA in termini di filiazione e *status* del minore, pur continuando a non legittimare né avallare *ex post* le convenzioni di GPA lecitamente sottoscritte all'estero: si vedano i contributi indicati *supra*, nota n. 43.

49 Corte Edu, Parere, *cit.*, par. 43-44.

50 *Ibidem*, par. 51.

51 *Ibidem*, par. 52 e 54.

52 Corte Edu, Parere, *cit.*, par. 50 e 53-54.

53 *Ibidem*, par. 53-55.

szazione sui caratteri dei diversi istituti inclusi nell'ampia categoria di "adozione" e sulle condizioni che quest'ultima deve soddisfare per garantire un sufficiente livello di tutela dell'obbligo consacrato; a tratti contraddittoria, perché, quanto ai termini accettabili per l'esecuzione dell'obbligo, la Corte sembra suggerire ora un riconoscimento *ab initio*, ora dettare un ventaglio di termini diversi e assai più vaghi, con la conseguenza che il margine riconosciuto sul *quomodo* si traduce in un margine indeterminato sul *quando*.

Da una parte si legge infatti che "ciò che conta è che ci sia un meccanismo effettivo che permetta, secondo la valutazione delle circostanze del caso, il riconoscimento del legame tra figlio e madre intenzionale *al più tardi dal momento in cui esso si è concretizzato*"⁵⁴. Ma allora difficilmente si vede come una procedura d'adozione, che richiede perlomeno qualche mese, possa soddisfare tale esigenza. Ed infatti, per far salva - almeno in teoria - la possibilità di soddisfare le esigenze dell'art. 8 mediante l'adozione, la Corte sembra considerare tale termine come non perentorio, aggiungendo una condizione temporale ben più vaga quando afferma che "la procedura di adozione può rispondere a questa necessità ove [...] le sue modalità di esecuzione permettano una decisione rapida, così da evitare che il minore sia mantenuto a lungo in una situazione di incertezza giuridica quanto al legame [di filiazione]"⁵⁵.

L'adozione, senza la chiara precisazione di ulteriori condizioni, appare dunque uno strumento inadeguato, sia per i caratteri dell'istituto (*melius*, degli istituti che vanno sotto tale nome) sia per i tempi di esecuzione della tutela che offre, come mostrano chiaramente gli esempi francese e italiano.

4. Considerazioni sulle modalità di esecuzione dell'obbligo e sull'inadeguatezza dell'adozione, anche alla luce degli effetti *de facto* generali della pronuncia

Benché il parere non abbia efficacia vincolante, né per la Francia né per ordinamenti terzi⁵⁶, l'interpretazione ivi illustrata è destinata a spiegare degli effetti, quanto meno persuasivi, in tutti i paesi aderenti alla CEDU. La procedura consultiva prevista dal Protocollo 16 ha infatti una doppia funzione pregiudiziale e nomofilattica, che coniuga profili concreti e astratti.

Ai sensi dell'art. 1, le più alte giurisdizioni nazionali "possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli"⁵⁷. Come precisa la Corte interpretando per la prima volta questa disposizione, sebbene "i pareri [debbano] limitarsi ai punti aventi un rapporto diretto con il litigio pendente", il loro scopo "è altresì di fornire alle giurisdizioni nazionali delle indicazioni su delle questioni di principio [...] applicabili a casi simili"⁵⁸. È pertanto interessante analizzare quale possa essere il seguito di questa pronuncia nell'ordinamento da cui emana la richiesta (4.1), nonché nell'ordinamento italiano (4.2).

54 *Ibidem*, par. 52 (corsivo nostro).

55 *Ibidem*, par. 54. Sull'interpretazione dei diversi termini, si vedano le considerazioni di A. Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, cit.

56 Art. 5 del Protocollo 16.

57 Sulla nozione di "questioni di principio" e le sue possibili conseguenze alla luce di questa prima richiesta: P. Deumier et H. Fulchiron, *Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ?*, Dalloz, 2019, p. 228.

58 Corte Edu, Parere, cit., par. 26. Su questi aspetti, si vedano le osservazioni già formulate in A.M. Lecis Cocco Ortu, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *Diritti comparati*, 9 maggio 2019.

4.1. Le conseguenze per la Francia: dopo tante bocciature, una promozione con riserva

Bisogna innanzitutto osservare che le conseguenze per l'ordinamento francese rispondono probabilmente alle attese della giurisdizione rimettente, eccezion fatta per una piccola riserva che non mette lo Stato francese completamente al riparo da future condanne. Se infatti la più recente giurisprudenza della Cassazione ottiene in linea di principio l'avallo sperato, non sono chiare le condizioni alle quali il regime francese dell'adozione – e soprattutto la sua applicazione giurisdizionale – potrà soddisfare le esigenze dell'art. 8 CEDU secondo una valutazione concreta. Ma al di là di questa riserva, la risposta di Strasburgo è stata salutata come una promozione della giurisprudenza francese dopo tante bocciature, ovvero come la chiusura di un "circolo virtuoso di collaborazione"⁵⁹.

Questa prima richiesta di parere da parte della giurisdizione francese, in effetti, non sembrava tanto volta a sciogliere un reale dubbio interpretativo riguardante il caso di specie, quanto piuttosto a ottenere una dichiarazione di conformità del proprio orientamento giurisprudenziale, riformato a seguito delle precedenti condanne subite, che consente la trascrizione del genitore biologico e esclude invece quella del genitore intenzionale⁶⁰. La Cassazione francese, infatti, anche in considerazione del fatto che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva ritenuto soddisfacenti le misure adottate dallo Stato francese e chiuso la procedura di controllo dell'esecuzione delle condanne nei suoi confronti, avrebbe potuto agevolmente ritenere, senza bisogno di delucidazioni da Strasburgo, che una soluzione conforme al suo più recente orientamento rispettasse gli obblighi convenzionali. Ciononostante, essa ha invece deciso di far ricorso alla procedura consultiva per ottenere una dichiarazione di principio sul fatto che, in ogni caso, l'obbligo di trascrizione riguarda unicamente il padre biologico e che il riconoscimento del genitore non biologico è rimesso al margine di apprezzamento statale⁶¹. A ben guardare, quindi, la Cassazione francese si è avvalsa di tale procedura di "dialogo istituzionalizzato", secondo quella che è la logica ispiratrice del Protocollo 16⁶², per partecipare attivamente e formalmente alla determinazione del margine di apprezzamento⁶³. Ed infatti, nella motivazione della sentenza che stabilisce il rinvio dei quesiti a Strasburgo, la Cassazione argomenta ampiamente quanto alle modalità previste dall'ordinamento francese per consentire il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale attraverso l'adozione, sottolineando in particolare di aver recentemente riformato la propria giurisprudenza risalente agli anni 90 che impediva l'adozione da parte del genitore intenzionale⁶⁴; osserva inoltre che anche il legislatore è intervenuto per equiparare gli effetti di quest'adozione a quelli di un'adozione piena.

Questi elementi sono stati presi in considerazione dalla Corte Edu sia, in un primo momento, per pervenire alla determinazione di un margine ampio⁶⁵ sia, in un secondo momento, per valutare che l'ordinamento francese fosse in grado di adempiere agli obblighi derivanti dall'art. 8, nel rispetto del

59 A.-S. Brun-Wauthier, G. Vial, *Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges – a propos de l'avis consultatif de la Cour EDH du 10 avril 2019*, in *RDLF* 2019 chron. n°22.

60 Come rilevato da autorevole dottrina, in senso critico : A. Gouttenoire et F. Sudre, *Commento a Cass. ass. plén., 5 oct. 2018*, in *La Semaine juridique - JCP*, 2018, p. 1190.

61 Osserva la Corte che "Se la questione della trascrizione della paternità biologica è oggi risolta, lo stesso non può dirsi con riferimento alla maternità intenzionale, per la quale la Corte di cassazione si interroga sull'estensione del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati firmatari della Convenzione" *Cass.fr., Sent. n. 638, cit. par. 7*.

62 H. Hurpy, *Pour une subsidiarité renforcée, encore et toujours !*, in *La Semaine juridique – JCP*, 2019, p. 19 ; C. Gauthier, *L'entrée en vigueur du Protocole no 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements*, in *RTDH*, n. 117, 2019, p. 43.

63 Così anche A.-S. Brun-Wauthier, G. Vial, *Gestation pour autrui, cit.*

64 La giurisprudenza contraria all'adozione, costante a partire da *Cass. Ass.plén., 31 maggio 1991*, è stata abbandonata a partire da *Cour de cass., sent. n. 826 del 5 luglio 2017*.

65 Il regime francese è infatti preso in conto nella panoramica delle normative europee ai fini del calcolo del consenso: *Corte Edu, Parere, cit., par. 24*.

principio di sussidiarietà, mediante una modalità diversa dalla trascrizione⁶⁶. La Corte rimettente non sembra però dare sufficienti garanzie sul rispetto dell'obbligo da parte dell'ordinamento francese attraverso l'adozione, il che ha giustificato la formulazione di una riserva, mediante la quale la Corte invita le autorità nazionali a rispettare i criteri di celerità e effettività da essa posti.

Senza procedere ad un controllo della conformità della legislazione francese sull'adozione rispetto agli obblighi derivanti dall'art. 8⁶⁷, la Corte Edu rileva infatti che sebbene la quasi totalità delle domande di adozione da parte del coniuge del genitore biologico venga attualmente accettata, tale procedura è riservata alle coppie sposate ed è sottoposta ad alcune condizioni, come il consenso della gestante, che non garantiscono in ogni caso il riconoscimento del legame di filiazione. Ne deriva che spetta ai giudici valutare caso per caso se l'adozione possa essere sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 8. Sembra perciò evidente che, nelle ipotesi in cui l'adozione non sia consentita dall'ordinamento (con riferimento quindi alle coppie non sposate⁶⁸), i giudici dovranno o imporre la trascrizione, nell'attesa che l'ordinamento metta a disposizione un'altra modalità adeguata di riconoscimento della filiazione, ovvero consentire l'adozione, disapplicando il divieto per non conformità alla CEDU. Qualunque altra soluzione esporrebbe la Francia a ulteriori condanne.

D'altro canto, nell'ipotesi in cui l'adozione sia invece legalmente possibile, la valutazione della conformità all'art. 8 CEDU si fa ancora più complessa, poiché i giudici dovranno allora valutare se l'interesse del minore è sufficientemente tutelato con riferimento alle modalità e ai tempi di attesa per la pronuncia definitiva della stessa. Ma quale termine può considerarsi ragionevolmente accettabile prima che un figlio possa vedere legalmente riconosciuto il legame con sua madre⁶⁹? Per quanto l'incertezza giuridica che lo porta a non avere una madre legale, a non poterne acquisire la nazionalità, a non vedere tutelato il suo rapporto di filiazione, può perdurare senza che l'interesse superiore del minore ne sia pregiudicato? La Corte rimette l'onere della risposta alla valutazione concreta dei giudici di merito, caso per caso.

La doppia via per il riconoscimento della filiazione prospettata dalla Corte solleva peraltro un'altra questione cruciale, che viene ancora più prepotentemente in rilievo con riferimento al caso italiano⁷⁰, che è quella della violazione del principio di uguaglianza tra figli che possano beneficiare della trascrizione integrale del proprio atto di nascita e figli che vedano riconosciuto il proprio rapporto col genitore non biologico unicamente tramite l'adozione, la quale non garantisce loro identiche garanzie. Come ha osservato l'avvocato della famiglia Mennesson, l'adozione non è una soluzione pienamente soddisfacente per il riconoscimento di un rapporto di filiazione esistente dal momento della nascita e come tale legalmente riconosciuto nel paese di nascita⁷¹.

Per la Francia, quindi, questo parere non sembra mettere la parola fine alla vicenda, ma solo segnare la temporanea soluzione di compromesso dopo un lungo ping-pong giudiziario. Nell'immediato, la Cassazione potrà decidere i litigi sospesi⁷² conformemente alle indicazioni ricevute. Nel medio e lungo termine, invece, non si possono escludere ulteriori risvolti legati al nodo dell'adozione.

66 *Ibidem*, Par. 55-58.

67 In quanto tale valutazione esula dall'oggetto di un parere consultivo: *Ibidem*, Par. 58.

68 O, se pensiamo ad ordinamenti diversi dalla Francia, alle coppie unite da un istituto diverso dal matrimonio.

69 O con suo padre, dato che ci sembra che nessuna differenza di trattamento sarebbe giustificabile nei confronti di una coppia di genitori composta da due padri.

70 Si veda *infra*.

71 Per queste ragioni, l'avvocato della famiglia ha annunciato che i Mennesson ora chiederanno il riconoscimento della filiazione non tramite l'adozione, ma tramite il riconoscimento del possesso di stato, in sostituzione dell'atto di nascita.

72 Sebbene non sia obbligatorio sospendere il giudizio nell'attesa del parere, dato che la procedura consultiva non rappresenta un meccanismo pregiudiziale in ragione del suo carattere non vincolante, la Cassazione ha sospeso la questione che ha dato origine alla richiesta e altresì altri casi simili pendenti.

4.2. Le conseguenze per l'Italia: la pronuncia intempestiva delle Sezioni Unite della Cassazione e l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari

Se la Francia sembra uscire dallo scrutinio di Strasburgo promossa con riserva, l'Italia è da considerarsi quanto meno rimandata, con l'obbligo di fare i compiti a casa se vorrà evitare una condanna.

Mentre infatti andava formandosi una giurisprudenza di merito favorevole al riconoscimento del rapporto col genitore intenzionale mediante la trascrizione del provvedimento straniero⁷³ - nel rispetto quindi degli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU secondo le modalità di esecuzione che sono state poi dettate nel parere qui discusso -, la tanto attesa sentenza delle Sezioni unite⁷⁴, si è pronunciata in senso contrario, sollevando diversi dubbi di conformità rispetto alle esigenze convenzionali. Non si intende, in questa sede, commentare la decisione della Cassazione, ma solo mettere in evidenza i problemi di congruità rispetto al parere. C'è da notare che sebbene tale sentenza sia stata pubblicata lo scorso maggio, con un tempismo che potrebbe far pensare ad una volontà di attendere la pronuncia di Strasburgo, essa è stata adottata circa sei mesi prima e non ha quindi potuto prendere in conto - formalmente, né tanto meno sostanzialmente - il parere in questione.

Le Sezioni unite hanno stabilito che "il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento [...] con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità [...] qualificabile come principio di ordine pubblico"⁷⁵. Di conseguenza, l'unica possibilità per il riconoscimento legale di tale legame tra il figlio e il genitore italiano⁷⁶ rimane "l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) della legge n. 184/1983"⁷⁷.

Ora, il divieto di trascrizione combinato ad un'apertura giurisprudenziale alla via dell'adozione secondo una valutazione caso per caso potrebbe sembrare, ad una prima lettura, conforme alla soluzione residuale prospettata da Strasburgo. Tuttavia, una lettura più attenta delle due pronunce rivela che il riconoscimento del legame tra figlio e genitore intenzionale mediante l'adozione in casi particolari, alla luce del regime giuridico e dell'applicazione giurisprudenziale di tale istituto, può difficilmente rispondere alle condizioni di celerità e di effettività poste dal parere della Grande Camera.

Quanto alle condizioni di celerità, infatti, la procedura di adozione fino al passaggio in giudicato

73 Si vedano i riferimenti riuniti nella sezione dedicata su articolo 29 <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, la Cassazione si era finora pronunciata sulla trascrizione di atti di nascita esteri con l'indicazione del genitore intenzionale non biologico unicamente con riferimento a casi di PMA eterologa in seno ad una coppia di donne. Qualcuno auspicava tuttavia che, per non incorrere in una discriminazione di genere, la stessa soluzione fosse applicata alla trascrizione degli atti di nascita con l'indicazione di due padri a seguito di una GPA, quest'ultima configurandosi come una PMA eterologa, nonostante il particolare rapporto di "empatia biologica" sviluppatosi nel corso della gestazione: così M. Dogliotti, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico*, cit., p. 13-14. Le voci contrarie sono numerose, fondate principalmente sulla tutela dei diritti della donna e del diritto del figlio a conoscere la madre gestazionale; tra le altre: S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit. Si ricorderà peraltro che la Corte costituzionale, pronunciandosi, seppur attraverso un'interpretativa di rigetto, sull'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, aveva lasciato la porta aperta ad una valutazione caso per caso in nome dell'interesse del minore, osservando peraltro "che l'ordinamento già consente al giudice di valutare l'interesse del minore alla conservazione dello status, in sede di decisione ex art. 263 c.c.": Corte cost. 272/2017, cons.dir. 4.1.6

74 Cass. Civ. SS.UU., n. 12193 del 6 novembre 2018.

75 *Ibidem*, par. 13.4.

76 Infatti, come osserva Alexander Schuster, ove il genitore intenzionale che richiede la trascrizione sia anche "cittadino dello Stato che ha formato l'atto di nascita o pronunciato la sentenza dichiarativa o costitutiva della genitorialità", "appare allora idoneo meccanismo il riconoscimento ex art. 65 ss., legge n. 218/1995, con trascrizione ex art. 18, DPR n. 396/2000" in quanto "Secondo la tradizione italiana, la lex personae è criterio primigenio di rinvio per l'attribuzione dello status filiationis": A. Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, cit. La sentenza della cassazione porta infatti sulla fattispecie di un genitore intenzionale italiano.

77 *Ibidem*.

della pronuncia, durante la quale il figlio rimane in quella situazione di incertezza giuridica pregiudizievole del suo diritto all'identità che per la Corte Edu dovrebbe essere il più breve possibile, può durare diversi mesi se non anni. Ma è soprattutto in relazione all'effettività che la soluzione prospettata solleva dei dubbi. In primo luogo, infatti, il diritto vivente non offre attualmente sufficienti garanzie di successo di tale procedura, poiché l'adozione in casi particolari per il tramite della lettera d) non fa l'oggetto di un'applicazione costante nei confronti del partner non sposato del genitore biologico⁷⁸. Certo, la pronuncia delle Sezioni Unite dovrebbe orientare i giudici di merito verso un esito favorevole di tale procedura per consentire il riconoscimento della filiazione nei casi da essa prospettati, ma la decisione finale sull'adozione è comunque rimessa alla valutazione concreta del giudice. In secondo luogo, l'adozione in casi particolari è una forma di riconoscimento della filiazione ridotta ai minimi termini⁷⁹, che non produce effetti equiparabili all'adozione piena né tantomeno alla trascrizione, come invece indicato dalla Corte Edu tra le condizioni di conformità della procedura all'art. 8 CEDU⁸⁰.

Nell'attesa di una riforma della legislazione italiana in materia di adozione, la palla è dunque rimessa ancora una volta ai giudici di merito, affinché tutelino pienamente l'interesse del minore e il suo diritto a vedersi legalmente riconosciuto come figlio dei suoi genitori, secondo un'interpretazione orientata ai principi dettati dal giudice di legittimità e dalla giurisdizione europea, avendo a loro disposizione anche la via della questione di legittimità costituzionale della disciplina della trascrizione e dell'adozione con riferimento al parametro interposto dell'art. 8 CEDU. L'auspicata ratifica del Protocollo 16 da parte dell'Italia potrebbe poi rendere la discussione giurisdizionale ancora più interessante.

78 Il problema si pone principalmente per le coppie di persone dello stesso sesso, dal momento che le coppie eterosessuali possono accedere all'istituto del matrimonio e, pertanto, all'adozione del figlio del coniuge ex lett. b).

79 Si vedano in particolare le considerazioni di M. C. Venuti, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., p. 16 ss. e A. Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, cit.

80 Per la Corte, la via residuale dell'adozione è percorribile, in alternativa alla trascrizione, purché la prima produca "degli effetti della stessa natura che la trascrizione dell'atto di nascita straniero": Parere, cit., par. 53.