

GenIUS

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

ALICE MARGARIA

Padri ai tempi della PMA e GPA:
uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU

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

online first
destinato a GenIUS 2020-1

Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU

Sommario

1. Introduzione – 2. ‘Paternità convenzionale’ e realtà – 3. La Corte europea dei diritti umani: limiti e potenzialità – 4. Il dato biologico: continuità – 5. *Care*: novità (e continuità) – 6. Conclusioni: uguaglianza di genere e nuove sfide

Abstract

Questo contributo mette in luce la definizione di paternità che emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri. Adottando una prospettiva socio-giuridica, l’analisi giurisprudenziale delinea una figura paterna dai tratti sia convenzionali che nuovi. Sebbene il dato biologico mantenga un ruolo decisivo nel determinare a chi spetti lo status paterno, infatti, l’effettivo coinvolgimento del padre nella vita dei figli o almeno l’intenzione di parteciparvi assumono una crescente rilevanza nel ragionamento della Corte Edu. Questa rilevanza, tuttavia, non è assoluta bensì rimane condizionata dalla presenza di un contesto di ‘paternità convenzionale’. La Corte Edu, pertanto, non si discosta totalmente dal paradigma ‘convenzionale’, ma ‘si limita’ ad arricchire quest’ultimo con il ‘nuovo’ tratto di *care*. Pur trattandosi di una mera aggiunta, tale ricostruzione della paternità che ruota attorno alla concettualizzazione di *care* quale tratto (anche) paterno, appare un primo, importante passo verso il ripensamento della divisione del lavoro di cura tra uomini e donne e, più in generale, verso un’uguaglianza di genere sostanziale.

This paper traces the definition of fatherhood which emerges from the jurisprudence of the European Court of Human Rights pertaining to assisted reproduction and surrogacy. Adopting a socio-legal perspective, the jurisprudential analysis sketches a father figure which includes both change and continuity. Although biology maintains a decisive role in determining who is to be granted the paternal status, the father’s actual involvement in the children’s lives and/or his caring intentions take on an increasing importance in the reasoning of the Court. This relevance, however, is not absolute but remains contingent on the existence of a wider ‘conventional’ context. The Court, therefore, does not depart totally from the paradigm of ‘conventional fatherhood’, but ‘merely’ enriches the latter with the ‘new’ trait of care. Although a prima facie mere addition, this reconstruction of fatherhood, which revolves around the conceptualisation of care as a paternal trait (too), appears to be a first, important

* Research Fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology, Department of ‘Law and Anthropology’, Halle (Germany); e-mail: margaria@eth.mpg.de.

step towards rethinking the division of care responsibilities between men and women and, more generally, towards substantial gender equality.

1. Introduzione

I padri di oggi sono (almeno in parte) diversi da quelli di ieri. Non solo il loro rapporto coi figli è cambiato¹, ma anche la comprensione socio-culturale del ruolo paterno si è evoluta nel tempo, e – più in generale – la paternità resta una realtà in divenire². E nel diritto? Questo articolo mira a chiarire se una simile evoluzione sia avvenuta anche sul piano del diritto. In particolare, si propone di tracciare i contorni dell'immagine del padre che emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani ('Corte Edu' o 'Corte') in materia di procreazione medicalmente assistita ('PMA') e gestazione per altri ('GPA'). Il progresso medico-scientifico e il cambiamento sociale che lo accompagna hanno, infatti, inevitabilmente alimentato – e forse accelerato – un dialogo su cosa significhi essere padri nella società odierna e, in particolare, nella cosiddetta 'era delle tecnologie riproduttive'.

L'analisi che segue si concentra sul contributo che la Corte ha finora apportato a questo processo di ripensamento della figura paterna. In particolare, mette in luce che i giudici di Strasburgo, più o meno inavvertitamente, hanno avanzato una (ri)costruzione della nozione giuridica di paternità che attribuisce una crescente rilevanza alla partecipazione del padre – o almeno alla sua intenzione di partecipare – nella vita del figlio. Questo 'nuovo' elemento, tuttavia, tende ad essere valorizzato in circostanze precise, ovvero se manifestato nell'ambito di un contesto familiare 'convenzionale' o volto alla creazione di un simile contesto. Anziché abbandonare una volta per tutte il paradigma 'convenzionale', dunque, la Corte si fa portatrice di una definizione di paternità in cui caratteristiche tradizionalmente paterne coesistono con *care*³, 'nuovo' tratto caratterizzante la figura paterna.

L'articolo si compone di cinque sezioni, oltre alla presente. La seguente illustra il concetto di 'paternità convenzionale', la sua divergenza rispetto alle realtà contemporanee di paternità e le opportunità che questa divergenza – seppur difficile da gestire – offre al diritto. La sezione 3 introduce la Corte Edu, in particolare alcune delle dottrine interpretative a sua disposizione che hanno trovato spazio nella giurisprudenza in tema di famiglia. Le due sezioni che seguono racchiudono il cuore dell'analisi, ovvero delineano l'immagine del padre così come tracciata dalla giurisprudenza CEDU. Dopo aver mostrato alcuni degli aspetti di continuità rispetto al paradigma convenzionale (Sezione 4), la quinta sezione mette in luce una crescente ma condizionale attenzione della Corte alle intenzioni e all'effettivo coinvolgimento del padre nella vita dei figli. L'analisi della giurisprudenza è infine seguita da alcune riflessioni conclusive (Sezione 6) sulla portata della (ri)definizione di paternità operata

* Research Fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology, Department of 'Law and Anthropology', Halle (Germania); e-mail: margaria@eth.mpg.de

1 Il rapporto padre-figli è stato oggetto di un'approfondita analisi in ambito sociologico. Si veda, per esempio, A. Macht, *Fatherhood and Love: The Social Construction of Masculine Emotions*, Cham, Palgrave, 2020; T. Miller, *Making Sense of Fatherhood: Gender, Caring and Work*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; B. Featherstone, *Contemporary Fathering: Theory, Policy and Practice*, Bristol, Policy Press, 2009. Per un recente e globale approfondimento relativo a padri e riconciliazione famiglia-lavoro, si veda R. Musumeci e A. Santero (eds.), *Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies*, Bingley, Emerald Publishing, 2018.

2 T. Johansson and J. Andreasson, *Fatherhood in Transition: Masculinity, Identity and Everyday Life*, London, Palgrave, 2017.

3 L'utilizzo del termine inglese *care* è motivato dal significato più ampio di quest'ultimo rispetto al corrispondente italiano *cura*. *Care*, in particolare, pare riferirsi non solamente all'aspetto concreto ed economico, ma anche e soprattutto alla dimensione emotivo-relazionale del prendersi cura dei figli.

dalla Corte in ottica di uguaglianza di genere, e sulle sfide future che attendono i giudici di Strasburgo.

2. 'Paternità convenzionale' e realtà

Essere padre ha assunto connotazioni diverse nel tempo e nello spazio.⁴ Ciononostante, almeno in Europa, non solo l'immaginario socio-culturale ma anche il diritto hanno per lungo tempo (e in una certa misura continuano a farlo) associato la paternità ad una serie di caratteristiche convenzionali, quali (1) l'esistenza di un legame biologico col figlio; (2) un vincolo coniugale o pseudo-coniugale con la madre del figlio; (3) l'essere eterosessuale e *cis*⁵; e, infine, (4) il ruolo di unica o principale forza economica della famiglia (*breadwinner*)⁶. Questo modello, che definisco 'paternità convenzionale'⁷, concepisce inoltre la paternità come uno status unitario. Le caratteristiche convenzionali elencate, insomma, sono racchiuse in una sola ed unica persona. Il *conventional father* è, allo stesso tempo, il marito eterosessuale e *cis* della madre, con cui ha contribuito mediante sperma al concepimento del proprio figlio, nonché lavoratore full-time che si assume (*in toto* o in maniera preponderante) il peso economico della famiglia.

Secondo questo modello, *care* ovvero la partecipazione del padre – o almeno la sua intenzione di partecipare – nella vita del figlio non assume quindi alcuna rilevanza ai fini dell'acquisizione dello status paterno e/o dei diritti che ne conseguono. L'attività di cura dei figli, infatti, è stata convenzionalmente concettualizzata (e praticata) come responsabilità materna o comunque femminile, in conformità ad un'organizzazione del lavoro basata sul genere e sulla dicotomia tra sfera pubblica e privata⁸. Penetrando la formulazione e l'applicazione del diritto, questo modello e ideale normativo ha avuto ricadute tangibili sulla vita quotidiana di padri, madri e figli: ha infatti (ri)prodotto e sedimentato un prototipo di 'buon padre' a cui spetta automatico riconoscimento e protezione giuridica, non soltanto discutibile, ma con effetti di esclusione o addirittura sanzionatori nei confronti di tutte quelle relazioni padre-figlio ritenute 'formalmente' devianti, indipendentemente dalla loro concretezza affettiva.

A seguito di svariati cambiamenti che hanno interessato il fenomeno familiare nel corso degli ultimi decenni, il divario tra ideale normativo e realtà – già presente in passato – si è fatto ancora più ampio. I padri di oggi sono una categoria sempre più eterogenea. Seppur in modalità differenti e mi-

⁴ Si veda, tra gli altri, R. LaRossa, *The Modernization of Fatherhood: A Social and Political History*, Chicago, University of Chicago Press, 1997; S. Ruddick, *The Idea of Fatherhood*, in H. Lindemann Nelson (ed.), *Feminism and Families*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 1997, pp. 207 ss.; R. Day and M. Lamb (ed.), *Conceptualizing and measuring father involvement*, Mahwah, Lawrence Erlbaum Associates, 2004, pp. 2 ss.; P. Gray and K. Anderson, *Fatherhood: Evolution and Human Paternal Behavior*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

⁵ 'Cis' è un termine usato per descrivere persone la cui identità di genere corrisponde al genere attribuito loro alla nascita.

⁶ Questa definizione della figura paterna può intendersi come un derivato della 'dominant ideology of the family', concettualizzata da C. McGlynn, e della 'sexual family', teorizzata da M. Albertson Fineman. Entrambe le autrici sottolineano il ruolo normativo del diritto nel produrre e riprodurre la famiglia nucleare – fondata sull'unione (etero) sessuale di due persone unite in matrimonio e su una divisione tradizionale del lavoro – come locus 'ideale' per crescere i figli. Si veda, in particolare, C. McGlynn, *Families and the European Union – Law, Policy and Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 23; M. Fineman, *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, London; New York, Routledge, 1995.

⁷ A. Margaria, *The Construction of Fatherhood: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 13-14.

⁸ J. Williams, *Unbending Gender: Why Family and Work Conflict and What to Do About it*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2000.

sure variabili, essi mettono in luce l'esistenza di una pluralità di percorsi e pratiche attraverso le quali si può diventare e fare il padre che, di certo, non sostituiscono ma si affiancano al modello di 'paternità convenzionale'. Ci sono coloro che accedono alla paternità mediante procreazione medicalmente assistita (PMA) e/o gestazione per altri (GPA) e, in presenza di un donatore di sperma, non hanno alcun legame genetico coi propri figli, ma l'intenzione di crescerli come propri e con essi stretti legami affettivi. Ci sono padri separati o divorziati che, nonostante la fine della relazione con l'altro genitore, desiderano poter continuare a vivere assieme ai loro figli o almeno a frequentarli⁹. Ci sono coppie o persone single omosessuali che diventano padri e genitori mediante adozione o GPA¹⁰. Ci sono uomini *trans*¹¹ che, in seguito ad una transizione che ha permesso loro di conservare l'apparato riproduttivo (femminile), danno alla luce i loro figli di cui si sentono e dai quali sono considerati 'padri'¹². Ci sono poi uomini che, pur rimanendo lavoratori a tempo pieno, scelgono di astenersi temporaneamente dal lavoro usufruendo del congedo di paternità e/o parentale al fine di accudire i loro figli nei primi anni della loro vita¹³.

Seppur variegata, le realtà e pratiche paterne dei giorni nostri denotano un qualcosa di diverso e, allo stesso tempo, di aggiuntivo rispetto al paradigma di 'paternità convenzionale'. Spesso, infatti, uno degli elementi convenzionali viene a mancare ma, in compenso, ciò che emerge in maniera più chiara e incontrovertibile è l'intenzione del padre di prendersi cura dei propri figli. Questa intenzione trova conferma anche nei dati delle statistiche che effettivamente mostrano un aumento – seppur minimo – del tempo mediamente impiegato dagli uomini nelle attività di cura dei figli negli ultimi decenni¹⁴. Benché il coinvolgimento femminile rimanga decisamente maggiore rispetto a quello maschile¹⁵, que-

-
- 9 Su temi affini, nel contesto nazionale, si veda Corte di Cassazione, I sez. civ., sentenza del 19 settembre 2019 – 21 gennaio 2020, n. 1191.
- 10 Sul punto, nel panorama italiano, si veda Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 novembre 2018 – 8 maggio 2019, n. 12193. In questa *Rivista*, M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, 2019, n. 2 Online First http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2020/01/Venuti_Sezioni_unite.pdf
- 11 'Trans' si riferisce a coloro la cui identità di genere non corrisponde al genere assegnato loro alla nascita. Per una definizione esaustiva, si rinvia a TGEU, Glossary <https://tgeu.org/glossary/>.
- 12 Dal momento in cui le legislazioni nazionali tendono – con qualche eccezione – ad attribuire lo status materno in virtù del parto, questi uomini sono spesso registrati come 'madri' sul certificato di nascita dei loro figli, benché altrimenti considerati appartenenti al genere maschile dal diritto. Questa divergenza tra identità di genere riconosciuta dal diritto e status parentale loro attribuito è stata causa di ricorsi giudiziari, alcuni ancora pendenti. Si veda, per esempio, R (McConnell and YY) v Registrar General [2020] EWCA Civ 559, 29 aprile 2020; BGH XXI ZB 660/14, 6 settembre 2017; Corte di Appello di Stoccolma, Caso no. 3201-14, 9 luglio 2015. Per una trattazione del potenziale trasformativo e dell'impatto di questi casi sulla definizione giuridica di paternità, sia contentito il rinvio a A. Margaria, *Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2020, 34(3) (in corso di pubblicazione).
- 13 Per dati statistici in merito, si rinvia a Eurofund, *Parental and paternity leave – Uptake by fathers*, Lussemburgo, Publications Office of the European Union, 2019.
- 14 In ambito europeo, si rinvia a Harmonised European Time Use Surveys (HETUS) per dati statistici sull'uso del tempo da parte di uomini e donne in varie attività, tra cui la cura dei figli: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/time-use-surveys>. Per un approfondimento sui padri italiani, si rinvia a R. Musumeci, M. Naldini e A. Santero, *First-time fathers and Child-care: Persistence and Innovation in the Italian Fatherhood Regime* in *Interdisciplinary Journal of Family Studies*, 2015, 20(1), pp. 1-19; G. Fuochi, L. Mencarini e C. Solera, *Involved Fathers and Egalitarian Husbands: by Choice or by Constraint? A Study on Italian Couples with Small Children* (ottobre 2014) n. 370 *Carlo Alberto Notebooks* <https://www.carloalberto.org/wp-content/uploads/2018/11/no.370.pdf>.
- 15 Esping-Andersen, G., *Incomplete Revolution: Adapting Welfare States to Women's New Roles*, Cambridge, Polity Press, 2009.

sto dato assume rilevanza soprattutto se visto nel più ampio contesto socio-culturale in cui le aspettative e, in generale, la comprensione del ruolo paterno – pur se in costante evoluzione – pongono sempre più l'accento sulla partecipazione attiva nella vita del figlio, considerata un tratto caratterizzante, essenziale o almeno desiderabile dei cosiddetti 'nuovi padri'¹⁶. Sebbene *new fatherhood* rappresenti quindi – almeno per ora – un processo in atto più che una realtà già concretizzata¹⁷, pare importante riconoscere che il cambiamento sociale che ha travolto il fenomeno familiare ha, tra le altre cose, innescato o almeno facilitato un dialogo costruttivo su cosa significhi essere padri ai giorni nostri.

In questo contesto di ripensamento e rinegoziazione della paternità, si inserisce anche la cosiddetta 'rivoluzione scientifica' che – con meccanismi suoi propri ma in maniera ugualmente evidente – mette in luce la forza dell'elemento intenzionale¹⁸ e, addirittura, la sua sufficienza al fine di accedere all'esperienza della paternità. Privando i legami genetici del loro usuale ruolo decisivo, le nuove modalità di procreazione consentono infatti la creazione di ciò che Swennen e Croce hanno – con un'espressione particolarmente suggestiva – definito 'kinship through choice'¹⁹. Oltre a comportare la frammentazione della genitorialità in varie componenti attribuibili a figure genitoriali fattualmente e/o giuridicamente rilevanti, l'utilizzo di tecniche di PMA e GPA ha avuto effetti più specifici sulla figura paterna²⁰. La possibilità di avere un figlio mediante donazione di sperma, per esempio, mette in questione non soltanto l'importanza che la società attribuisce al dato biologico, ma anche la convinzione (seppur fittizia) che esista un legame genetico tra il padre e il figlio. Grazie alla partecipazione di un soggetto terzo, infatti, l'esistenza di un legame genetico non è più indispensabile – almeno, da un punto di vista pratico – al fine di diventare padre.

Processi che un tempo erano unitari e, quindi, in capo ad un uomo soltanto, vedono ora la partecipazione di più soggetti: l'apporto genetico può infatti essere mantenuto distinto dal contesto delle relazioni interpersonali che si creano tra padre e figlio. Di riflesso, dunque, lo status paterno rischia di perdere anche la sua 'convenzionale' unitarietà. Il progresso scientifico ha inoltre reso possibile realizzare il proprio desiderio di paternità anche in assenza di un partner²¹ e indipendentemente dal genere attribuito alla nascita²², e all'interno di coppie gay. Così facendo, il crescente ricorso alla PMA/GPA da parte di persone omosessuali e *trans* contesta la necessità di essere eterosessuale e *cis* quali presupposti essenziali per accedere all'esperienza della paternità. Insomma, diventare e essere padri ai

16 A. Doucet, *Do Men Mother? Fathers, Care and Domestic Responsibility*, Toronto, University of Toronto Press, 2006; B. Featherstone, *Contemporary Fathering*, cit.; T. Miller, *Making Sense of Fatherhood*, cit.; A. Gregory and S. Milner, *What is 'new' about fatherhood? The Social Construction of Fatherhood in France and the UK*, in *Men and Masculinities*, 2011, 14(5), pp. 588-606; G. Ranson, *Fathering, Masculinity and The Embodiment of Care*, Cham, Palgrave, 2015.

17 T. Johansson and J. Andreasson, *Fatherhood in Transition*, cit.

18 G. Baldini, *Riflessioni di Biodiritto*, Padova, Cedam, 2013, p. 32.

19 F. Swennen e M. Croce, *Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)*, in *Journal of Law and Society*, 2017, 44(4), p. 533.

20 S. Sheldon, *Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies*, in *Modern Law Review*, 2005, 68(4), pp. 523-553. Per alcune riflessioni in materia di maternità e GPA, si rinvia a J. Long, *(Ri?)pensare la Maternità* in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e Relazioni: La Surrogazione di Maternità al Centro della Questione di Genere*, Torino, Cirsde, 2019, pp. 132-142.

21 Sebbene fattibile nella pratica, l'accesso alla GPA da parte di padre single può essere causa di complicazioni sul piano della determinazione dello *status filiationis*. Si veda, per esempio, *Re Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: Parental Order)* [2015] EWFC 73, in cui la High Court inglese ha dichiarato il requisito di essere una coppia al fine di ottenere il trasferimento dello status genitoriale rispetto al nato da PMA tramite *parental order* incompatibile con lo Human Rights Act, in quanto discriminante nei confronti dei genitori single e dei loro figli.

22 Si rinvia agli esempi sopra-citati (n 12).

tempi della PMA/GPA comporta distanziarsi dal paradigma di 'paternità convenzionale' sotto diversi punti di vista.

Sul piano del diritto (e non solo), questa discrepanza è senza dubbio causa di difficoltà nella gestione quotidiana delle relazioni padri-figli. Come appena evidenziato, infatti, il progresso scientifico, abbinato al cambiamento sociale, ha inevitabilmente messo in crisi il paradigma convenzionale su cui l'attribuzione dello status paterno (e dei diritti che ne conseguono) si è tradizionalmente basata, rendendone palese l'obsolescenza e l'inadeguatezza a regolare (anche) quelle che sono le pratiche e le realtà dei padri contemporanei. Allo stesso tempo, tuttavia, queste mancanze e le difficoltà che ne sono derivate hanno ispirato un bisogno di rinnovamento o, almeno, di ripensamento della definizione giuridica di paternità alla luce delle realtà contemporanee. Cosa ancora più importante, hanno creato preziose opportunità per trovare e dare spazio a *care* nel processo di rivisitazione di cosa significhi essere padre oggi.

Il resto del contributo esplora se, e in quale misura, la Corte Edu ha colto queste opportunità per riflettere su quali siano i legami che rilevano al fine di essere considerato 'padre' agli occhi della legge. È ancora rilevante o addirittura necessaria l'esistenza di un legame biologico con il figlio per essere attribuito lo status paterno? Quale ruolo ha assunto l'intenzionalità sul piano del diritto? Che spazio viene dato – se alcuno – alla cura, all'effettivo coinvolgimento del padre nella vita dei figli? Prima di delineare la risposta della Corte a tali (e correlati) quesiti, la sezione seguente introduce la Corte stessa, illustrando in particolare i limiti ma anche le potenzialità insite nel suo ruolo di interprete della CEDU.

3. La Corte europea dei diritti umani: limiti e potenzialità

La tutela dei diritti fondamentali incidenti sulle relazioni familiari ha assunto una posizione di crescente rilievo nell'ambito della giurisprudenza CEDU. Non può, infatti, sfuggire che, specialmente negli ultimi due decenni, la Corte europea sia stata spesso chiamata a valutare la sussistenza di violazioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione, talvolta in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione). Prova della dimensione internazionale che l'evoluzione del fenomeno familiare ha assunto, l'incremento dei ricorsi presentati a Strasburgo ha offerto alla Corte europea l'occasione di stabilire alcuni punti fermi relativi all'estensione della nozione di 'vita familiare' e alla portata del diritto ad ottenerne il rispetto, offrendo così il suo contributo alla graduale ridefinizione o almeno ripensamento di un concetto giuridico di padre adeguato ai tempi.

Nel suo operato e, nello specifico, nel regolare la paternità e il fenomeno familiare, la Corte si è spesso trovata nella posizione di dover rispondere a due bisogni ugualmente importanti e legittimi: da un lato, quello di tenere il passo con le trasformazioni familiari avanzando un'interpretazione evolutiva della Convenzione; dall'altro, quello di tenere conto della presenza di legislazioni e, più in generale, di approcci giuridici nazionali spesso divergenti²³. Al fine di conciliare queste due esigenze, all'apparenza contrapposte ma concretamente complementari, la Corte dispone di alcuni strumenti interpretativi specifici, uno dei quali è la dottrina del *living instrument*.

Quest'ultima – com'è noto – parte dal presupposto che la Convenzione sia uno strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali e, pertanto, da interpretarsi in maniera evolutiva alla luce delle condizioni attuali²⁴. Questa dottrina ha dato prova della sua portata trasformativa anche, e soprattutto,

²³ A. Margaria, *The Construction of Fatherhood*, cit., p. 22.

²⁴ *Tyrer c. Regno Unito*, ricorso n. 5856/72, 25 aprile 1978.

nel contesto delle relazioni famigliari, dimensione sociale in continua evoluzione. A fronte dei rapidi mutamenti avvenuti nel campo scientifico, sociale e dei rapporti interpersonali (cui si è fatto breve accenno nella sezione precedente), la nozione di ‘vita familiare’ e, più in generale, l’art. 8 sono stati sottoposti a un incessante processo di rielaborazione critica, al fine di adattarli alle realtà sociali in cui sono chiamati a operare e alle esigenze che esse pongono, pena la loro mancanza di effettività. Il risultato è una nozione giuridica di famiglia ‘funzionale’, che va ben oltre i confini del paradigma tradizionale. Equiparando l’esistenza di una vita familiare ad una ‘situazione di mero fatto’, la Corte ha infatti scelto di valorizzare (alcuni di) quei rapporti che, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, consistono in legami affettivi stretti²⁵, a vantaggio, tra gli altri, di una vasta categoria di padri non-convenzionali.

L’interpretazione evolutiva dell’art. 8 ha inoltre prodotto una pluralità di nuovi diritti connessi alla genitorialità²⁶, per esempio il diritto a scegliere di diventare o non diventare genitore²⁷, il diritto a scegliere di diventare genitore genetico²⁸, e il diritto di accedere a FIVET²⁹, del tutto inimmaginabili nel 1950. La dottrina del *living instrument* ha anche dato un grande impulso al riconoscimento di obbligazioni positive discendenti dall’art. 8³⁰ che, affiancandosi a quelle tradizionali di carattere negativo, esigono – per esempio – che lo Stato agisca in modo tale da permettere il normale sviluppo dei rapporti tra genitori e figli e faciliti nella misura possibile la riunificazione tra genitori biologici e figli³¹. Quest’ultima obbligazione in particolare, come è facile immaginare, ha contribuito in maniera significativa a rafforzare la posizione giuridica dei padri separati nei confronti dei figli biologici. In generale, dunque, la lettura dell’art. 8 in chiave evolutiva ha comportato – almeno in termini di principi generali – l’estensione del diritto al rispetto della vita privata e familiare a beneficio di una ampia varietà di relazioni padri-figli, più o meno aderenti al modello di ‘paternità convenzionale’, riducendo quindi le distanze tra diritto e famiglie contemporanee.

In funzione di contrappeso, la Corte ha spesso invocato la dottrina del margine di apprezzamento, secondo la quale le autorità nazionali godono di una certa ma variabile discrezionalità nell’implementazione della Convenzione³². Questa dottrina ha – in maniera prevedibile – trovato largo uso nella giurisprudenza in materia di relazioni famigliari. Il fenomeno familiare è stato infatti per

- 25 E.g., *K. e T. c. Finlandia* [GC], ricorso n. 25702/94, § 150. Per una ricostruzione della nozione di vita familiare nella giurisprudenza CEDU, si rinvia tra gli altri a V. Zagrebelsky, R. Chenal e L. Tomasi, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, 2a ed., Bologna, Il Mulino, 2019, Parte V; L. Tomasi, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14*, in *Questione Giustizia*, 2019, n. 2, pp. 39-52.
- 26 J.-P. Costa, *On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, 7(2), p. 178; M. Burbergs, *How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born*, in E. Brems and J. Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 315.
- 27 *Evans c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 6338/05, 10 aprile 2007.
- 28 *Dickson c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 44362/04, 4 dicembre 2007.
- 29 *S.H. e altri c. Austria* [GC], ricorso n. 57813/00, 1 aprile 2010.
- 30 D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 55. Per una trattazione delle obbligazioni positive scaturenti dall’art. 8, si rinvia a S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario Breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 297 ss.; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford; Portland, Hart, 2004, capitolo 6.
- 31 *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, 13 giugno 1979; *Johnston e altri c. Irlanda*, ricorso n. 9697/82, 18 dicembre 1986; *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ricorso no. 18535/91, 27 ottobre 1994.
- 32 *Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), ricorso n. 6538/74, 26 aprile 1979. Per una trattazione sul tema, si rinvia a V. Zagrebelsky, R. Chenal e L. Tomasi, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, cit., parte II, capitolo 4.

lungo tempo considerato una 'questione privata' da regolarsi entro i confini nazionali³³. Di riflesso, nonostante la presenza di strumenti giuridici di rango internazionale e sovra-nazionale in materia e il sorgere di trend nazionali comuni nel panorama europeo³⁴, il diritto di famiglia rimane fortemente sottoposto a influenze morali, culturali, religiose, politiche e psicologiche mantenendo quindi il suo originario carattere introverso³⁵.

La stessa specificità si trova anche nell'approccio giuridico al tema più circoscritto della paternità. Seppur il cambiamento sociale che riguarda le famiglie e i padri contemporanei e, di conseguenza, l'esigenza di ripensare la paternità possano considerarsi un fenomeno europeo e persino internazionale, di fatto, poi, l'effettivo ripensamento – sia sul piano sociale sia su quello giuridico – rimane condizionato dalle molteplici e singolari pratiche e nozioni di paternità 'locali', e quindi specifico al contesto di riferimento. Di fronte ad una tale variegata realtà giuridica, la dottrina del margine di apprezzamento è quindi valsa da sostegno agli sforzi della Corte di proporre una lettura aggiornata dell'art. 8 rispettando tuttavia la diversità di approcci e soluzioni previste dagli ordinamenti nazionali dei Paesi del Consiglio di Europa.

Pur prestandosi ad applicazioni variabili³⁶, la dottrina del margine di apprezzamento e quella del *living instrument* hanno, nel processo di (ri)costruzione della figura paterna, tendenzialmente spinto in direzioni opposte. Riconoscere un ampio margine di apprezzamento tende infatti, almeno in linea di principio, a consolidare lo *status quo* e, quindi, a validare definizioni nazionali di paternità che generalmente rispecchiano il paradigma di 'paternità convenzionale'. L'interpretazione dinamica della Convenzione, al contrario, ha il potenziale di ridurre il gap tra diritto e società e quindi di facilitare una (ri)definizione di paternità che devia dal paradigma convenzionale, o almeno va oltre. L'ambivalenza che è insita nel ruolo interpretativo della Corte ha, come illustreranno le sezioni che seguono, dato vito ad una figura paterna dai contorni ugualmente ambivalenti. Il padre, come definito dalla Corte, presenta infatti un 'nuovo' interesse e coinvolgimento nella vita del figlio, ma allo stesso tempo mantiene la sua convenzionale natura biologica, mediata, e *cis*.

4. Il dato biologico: continuità

In questa sezione, l'attenzione è rivolta a due ricorsi in materia di GPA, su cui la dottrina italiana e internazionale si è abbondantemente espressa: *Menesson c. Francia*³⁷ e *Paradiso e Campanelli c. Ita-*

³³ G. Van Bueren, *International Law on the Rights of the Child*, The Hague, Nijhoff, 1998, p. 72. Ne è conferma anche il fatto che le questioni di diritto di famiglia non rientrano direttamente nelle competenze dell'Unione Europea.

³⁴ J.M. Scherpe, *European Family Law: The Present and the Future of European Family Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.

³⁵ W. Müller-Freienfels, *The Unification of Family Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1968, 16(1/2) p. 175.

³⁶ La flessibilità insita nelle dottrine di interpretazione utilizzate dalla Corte Edu ha inevitabilmente condotto a applicazioni variabili delle stesse. Questa variabilità ha suscitato forti reazioni nella dottrina. Per un breve ma attento resoconto delle predominanti critiche rivolte al margine di apprezzamento e alla dottrina del *living instrument*, si veda K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 130-132. Per un approfondimento critico sul margine di apprezzamento, si veda – tra gli altri – R. Macdonald, *The Margin of Appreciation* in R. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht; Boston, Nijhoff, 1993, pp. 83-124; J.A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threats to the Rule of the Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004-2005, 11(1), pp. 113-150; J. Kratochvíl, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 29(3), pp. 324-357.

³⁷ *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, 26 giugno 2014. Tra i commenti alla sentenza, si veda M. M. Giungi, *Menesson*

lia³⁸. Ai fini del presente contributo, tuttavia, l'analisi di queste pronunce si concentra su un aspetto finora passato (relativamente) inosservato, ovvero sulla definizione di paternità che esse – tra le righe – offrono. Pur raggiungendo conclusioni opposte, il ragionamento impiegato dai giudici delinea una figura paterna dai contorni piuttosto convenzionali: in particolare, il dato biologico riveste un ruolo centrale nella risoluzione di entrambi i casi. Benché ampiamente conosciute, pare innanzitutto opportuno ricordare le circostanze principali da cui questi ricorsi hanno tratto origine.

Nel caso *Menesson c. Francia*, una coppia di coniugi francesi si era recata in California al fine di concludere un contratto di GPA, ad esito del quale erano nate due gemelle. Al loro ritorno in Francia, l'ufficiale di stato civile si era rifiutato di trascrivere i certificati di nascita statunitensi che – secondo quanto previsto dalla legge californiana – attribuiscono ai ricorrenti lo status di padre e di madre delle neonate. La Corte di Cassazione francese – a sostegno del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra la coppia e le minori – aveva ritenuto che la trascrizione non potesse avvenire in quanto altrimenti si sarebbe riconosciuto effetto giuridico a un contratto di GPA che, nell'ordinamento francese, è nullo in quanto contrario all'ordine pubblico.

Nel caso italiano, i coniugi Paradiso e Campanelli si erano rivolti ad una clinica russa al fine di avere un figlio mediante GPA. Giunti in Italia, i ricorrenti richiedevano – senza tuttavia ottenerla – la trascrizione del certificato di nascita del bambino da cui quest'ultimo risultava essere loro figlio. Sulla base di un test del DNA che escludeva l'esistenza del legame genetico tra il padre ricorrente e il nato, le autorità italiane avevano poi disposto l'immediato allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti e la sua collocazione presso una struttura, che lascerà dopo alcuni mesi per essere affidato ad una nuova famiglia. Una differenza fondamentale tra i due ricorsi riguarda quindi la natura del rapporto padre-figlio in gioco: a differenza del caso *Paradiso e Campanelli*, infatti, nel caso francese, i gameti maschili che erano stati utilizzati a fini procreativi provenivano dal padre intenzionale. In entrambi i casi, la coppia di genitori intenzionali – e nel caso *Menesson* anche le figlie – si era rivolta alla Corte Edu lamentando che il mancato riconoscimento del loro rapporto di filiazione e, nel ricorso italiano, anche l'allontanamento del figlio dal contesto familiare comportavano una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare (Articolo 8 CEDU).

Nel caso *Menesson c. Francia*, com'è noto, la Corte ha risposto in senso parzialmente positivo specificando che la mancata trascrizione degli atti di nascita stranieri nel registro dello stato civile francese viola il diritto al rispetto della vita privata delle minori nate in California. Nel suo ragionamento, la Corte osserva che la situazione di incertezza giuridica in cui le minori erano venute a trovarsi a causa del mancato riconoscimento del loro status di figlie aveva compromesso la loro abilità di definire l'essenza della loro identità, nozione che – ad avviso della Corte – comprende anche la discendenza genetica³⁹. Queste considerazioni – sottolinea la Corte – assumono una 'dimensione speciale' nel caso *Menesson* in quanto il padre ricorrente ha un legame biologico con le proprie figlie⁴⁰.

c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, pp. 953-956. Si vedano anche *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, 26 giugno 2014; *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13, 19 gennaio 2017.

³⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], ricorso n. 25358/12, 24 gennaio 2017. Oltre ai contributi menzionati nelle note che seguono, tra i commenti alla sentenza si veda L. Lenti, *Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la Sentenza della Grande Camera*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 2017, n. 4, pp. 495-512; C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, n. 3, pp. 438-442; 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, n. 1, pp. 113-118; E. Falletti, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 2017, n. 8-9, pp. 729-739.

³⁹ *Menesson c. Francia*, cit., §§ 96 e 99.

⁴⁰ *Ibid*, § 100. La Corte si è poi espressa sul riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra il nato da GPA all'estero e la madre intenzionale (non genetica) nel suo parere consultativo del 10 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cas-

Dal momento in cui un aspetto particolarmente intimo dell'esistenza e dell'identità delle minori coinvolte è dunque in gioco, la Corte ha ribadito che, nonostante il ricorso suscitati delicati interrogativi di ordine etico rispetto ai quali non esista un consenso europeo, le autorità francesi godevano di un margine di apprezzamento ristretto⁴¹. L'esistenza di un legame biologico tra il padre ricorrente e le figlie nate da GPA ha dunque giocato un ruolo fondamentale nella risoluzione del caso in quanto, riducendo l'ampiezza del margine di apprezzamento, ha conseguentemente sottoposto il rifiuto di riconoscimento ad un controllo di proporzionalità (più) severo che si è concluso con la constatazione di una violazione del diritto al rispetto della vita privata delle minori. L'esistenza di un legame biologico tra il padre e le figlie ha rappresentato quindi un importante punto di svolta, sia a livello dottrinale sia sostanziale.

Il fatto che la Corte sarebbe stata decisamente più cauta in mancanza di un simile legame pare confermato dalla decisione, adottata qualche anno dopo, dalla Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In quest'ultimo, la maggioranza ha stabilito, ribaltando la decisione della II Sezione⁴², che l'allontanamento del minore dai genitori intenzionali non costituisce alcuna violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare: decidere altrimenti avrebbe infatti significato – a parere della Grande Camera – legalizzare la situazione creata dai ricorrenti in violazione della normativa interna in materia di adozione⁴³.

L'iter argomentativo della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli* rinforza il precedente in *Mennesson e*, mettendo l'enfasi sulla mancanza di un legame genetico tra la coppia di genitori intenzionali e il minore nato da GPA in Russia, ne conferma la rilevanza al fine di stabilire chi sia da considerarsi padre nel contesto in esame⁴⁴. In questa decisione, il dato biologico esercita una duplice influenza: oltre a penetrare il giudizio di applicabilità dell'art. 8 sotto il profilo della vita familiare, incide anche sul bilanciamento degli interessi contrapposti e quindi sulla valutazione operata dalla Corte se l'allontanamento del minore fosse da considerarsi proporzionato allo scopo legittimo perse-

sazione francese (no. P16-2018-11). Per un approfondimento sul parere consultivo, si rinvia a L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2019, 13(2), pp. 418-426; A.M. 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*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, pp. 68-80; A. Margaria, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, 2020 (Advance Article) <https://academic.oup.com/medlaw/advance-article/doi/10.1093/medlaw/fwz042/5735560>. Questo parere ha trovato seguito nella giurisprudenza della Corte Edu (*C. e E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, 19 novembre 2019; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, 16 luglio 2020) e nel contesto francese (Cour de Cassation, Assemblée plénière, No 648 of 4 October 2019).

41 *Mennesson c. Francia*, cit. §§ 78-80.

42 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, 27 gennaio 2015. Per un approfondimento, si rinvia a L. Lenti, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, n. 2, pp. 472-474; M.M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, su questa *Rivista*, 2015, n. 1, pp. 243-257; A. Viviani, *Il Caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte Europea contro i "Pregiudizi" dei Giudici Nazionali*, in *SIDI-Blog*, <http://www.sidiblog.org/2015/02/03/il-caso-paradiso-e-campanelli-ovvero-la-corte-europea-contro-i-pregiudizi-dei-giudici-nazionali/>, 3 febbraio 2015; I. Rivera, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of the child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *federalismi.it*, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=29886>, 3 luglio 2015.

43 *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 215.

44 In questo senso, si veda anche L. Poli, *Il Contributo della Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani al Dibattito sulla Gestazione per Altri*, in M. Caielli, B. Pezzini e A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e Relazioni*, cit., p. 171; C. Fenton-Glynn, *International Surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 2017, 13(3), p. 561; A. Mulligan, *Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy Arrangements*, in *Medical Law Review*, 2018, 26(3), p. 16.

guito, ovvero la 'protezione dei minori in generale'.⁴⁵

Per illustrare la prima influenza, è necessario fare un passo indietro e menzionare che, prima che il caso giungesse all'attenzione della Grande Camera, la II Sezione della Corte aveva ravvisato una violazione dell'art. 8 ritenendo che le autorità italiane non avessero garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Un elemento decisivo del ragionamento della Camera coincideva con l'accertata sussistenza di una vita familiare, ai sensi dell'art. 8, tra la coppia di ricorrenti e il nato, pur in assenza di un legame genetico e di un riconoscimento giuridico del rapporto nello Stato convenuto⁴⁶. Ciò che la II Sezione aveva ritenuto particolarmente significativo è che il periodo di coabitazione intercorso tra i coniugi e il minore, seppure di breve durata (sei mesi in Italia, preceduti da un periodo di circa due mesi che il minore aveva trascorso con la madre intenzionale in Russia), avesse coinciso con le prime fondamentali tappe dell'esistenza del bambino e che, senza dubbio, i ricorrenti avessero agito come genitori nei suoi confronti⁴⁷.

Su questa medesima questione, la Grande Camera è giunta alla conclusione contraria e, nella sua valutazione, l'assenza di un legame biologico ha agito da (principale) ostacolo all'inquadramento del rapporto tra i ricorrenti e il minore come vita familiare⁴⁸. I giudici sostengono infatti che, malgrado la presenza di un progetto genitoriale e la qualità dei loro legami affettivi, non possa essere riconosciuta l'esistenza di una vita familiare di fatto in quanto non sussistono alcuni dei requisiti necessari. La Grande Camera riconosce che sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della coabitazione necessaria a costituire una vita familiare e ammette che, in un caso precedente di GPA (*D e altri c. Belgio*⁴⁹), la stessa Corte aveva ritenuto che vi fosse vita familiare a fronte di una convivenza durata solamente due mesi⁵⁰. In quel caso, tuttavia, sottolineano i giudici, il minore era geneticamente legato al padre intenzionale e la separazione tra la coppia e il nato da GPA era stata soltanto temporanea⁵¹. Alla luce di tali osservazioni, sembra dunque potersi affermare che, nel caso di specie, l'assenza di un legame biologico abbia, in combinazione alla breve durata della coabitazione tra i ricorrenti e il nato da GPA e alla precarietà giuridica del rapporto, giocato un ruolo determinante nell'escludere l'esistenza di una vita familiare, prevalendo sull'effettiva assunzione del ruolo genitoriale da parte dei ricorrenti e sulla concretezza emotiva dei legami da essi instaurati con il minore nei suoi primi mesi di vita⁵².

Avendo escluso la possibilità di estendere il concetto di vita familiare al caso di specie, la Corte ha poi proceduto ad esaminare il ricorso sotto il profilo della salvaguardia della vita privata. Di fronte

45 *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 177.

46 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 69.

47 *Id.*

48 Sulla limitata definizione di vita familiare che emerge dalla decisione della Grande Camera, si veda A. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, su questa *Rivista*, 2017, n. 1, pp. 78-86; C. Masciotta, *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giuridico in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, n. 2, pp. 1-15.

49 *D e altri c. Belgio*, ricorso n. 29176/13, 8 luglio 2014.

50 *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., §§ 153-154. Sulla sussistenza di legami familiari di fatto, la Grande Camera fa anche riferimento a precedenti decisioni in cui il rapporto intercorrente tra alcuni bambini e le famiglie a cui questi erano stati dati in affidamento temporaneo era stato considerato una forma di 'vita familiare', nonostante l'assenza di un legame biologico o di un chiaro fondamento normativo: *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso no. 16318/07, § 48, 27 aprile 2010; *Kopf e Liberda c. Austria*, ricorso no. 1598/06, § 37, 17 gennaio 2012.

51 *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 154.

52 In questo senso, si veda anche M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017, n. 1, p. 6.

al desiderio genuino di genitorialità manifestato dai ricorrenti, la Corte non ha infatti esitato a riconoscere che le misure adottate dalle autorità italiane costituissero un'ingerenza nel diritto della coppia al rispetto della loro decisione di diventare genitori e al loro sviluppo personale attraverso la loro relazione con il minore⁵³. Ed è proprio nella valutazione condotta dalla Corte circa la proporzionalità di tale ingerenza che si palesa la seconda influenza esercitata dal dato biologico sulla definizione del caso.

Come menzionato sopra, nel caso *Mennesson*, la Corte aveva stabilito che le autorità godessero di un margine di apprezzamento ristretto dando priorità, tra i vari fattori che concorrono alla determinazione dell'ampiezza del margine, al fatto che la discendenza genetica delle minori, e quindi 'un aspetto particolarmente importante' della loro identità e esistenza, fosse in gioco⁵⁴. La situazione appare tuttavia diversa nel caso *Paradiso e Campanelli*. La Grande Camera sostiene infatti che alle autorità italiane spettasse un ampio margine di manovra in quanto, oltre a riguardare argomenti eticamente sensibili, i fatti di causa non ponevano la questione dell'identità del minore e del riconoscimento della sua filiazione genetica⁵⁵. I ricorrenti infatti non erano nella posizione di contestare un eventuale rifiuto dello Stato di dare un'identità al minore in quanto non lo rappresentavano davanti alla Corte, e inoltre – aggiunge la Corte – non esisteva tra essi alcun legame biologico⁵⁶. Agendo sull'ampiezza del margine, l'assenza del dato biologico ha quindi fatto sì che il giudizio sulla proporzionalità dell'allontanamento del minore fosse meno stringente (rispetto a quella in *Mennesson*), riducendo conseguentemente le chance di una sentenza di condanna. La rilevanza attribuita al dato biologico è quindi stata tale da condizionare in maniera tangibile l'esito del ricorso.

Pur raggiungendo esiti apparentemente opposti, queste due decisioni sono – in realtà – portatrici di una definizione di paternità convergente. In particolare, entrambe rivelano che il dato biologico conserva una presa tenace sulla definizione della figura paterna. La natura del rapporto tra il padre intenzionale e il nato da GPA – a seconda che essa sia anche genetica o 'meramente' sociale – ha infatti prodotto conseguenze dottrinali significative che, oltre a riguardare la preliminare verifica di applicabilità dell'art. 8 ai casi di specie, raggiungono il cuore del giudizio di convenzionalità determinando il rigore con cui la proporzionalità delle misure adottate negli ordinamenti francese e italiano è analizzata. Pertanto, se è vero che – in termini fattuali – le nuove modalità di procreazione hanno privato la biologia del suo status di 'prior fact'⁵⁷, nella giurisprudenza della Corte Edu in materia di GPA, l'attribuzione dello status paterno resta – almeno per ora – ancorato all'esistenza di un legame biologico tra il padre intenzionale e il figlio nato da GPA.

5. Care: novità (e continuità)

Fermo restando il peso decisivo assunto dal dato biologico nel definire il padre legale del nato da GPA, la Corte ne ha anche chiariti i limiti dimostrandosi, più in generale, non totalmente appagata dal paradigma di 'paternità convenzionale' di per sé. Dalle decisioni appena analizzate (*Mennesson c. Francia* e *Paradiso e Campanelli c. Italia*), soprattutto se lette alla luce della precedente giurisprudenza

⁵³ *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 163. Si veda anche *Nedescu c. Romania*, ricorso n. 70035/10, §§ 66-67 and 70, 16 gennaio 2018.

⁵⁴ *Mennesson c. Francia*, cit., § 77.

⁵⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], cit., § 195.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ M. Strathern, *After Nature: English Kinship in the Late Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 194.

di Strasburgo in materia di PMA, emerge infatti anche l'attenzione rivolta dalla Corte ad un (aggiuntivo) parametro che, senza dubbio, porta alla definizione di paternità un tocco di novità: *care*. Quest'ultimo, ai fini del presente contributo, assume diverse configurazioni, consistendo nell'effettivo coinvolgimento e interesse dimostrato dal padre nei confronti del figlio già nato oppure, nel caso di ricorsi antecedenti la nascita o addirittura il concepimento del bambino desiderato, nelle intenzioni dei futuri padri coinvolti di prendersi cura dei figli che nasceranno. Come i paragrafi successivi mostreranno, tuttavia, la rilevanza attribuita a questo 'nuovo' tratto paterno rimane condizionata alla sua coesistenza con tratti 'convenzionali'.

Facendo un passo indietro nel tempo, nel 2007, la Corte si è pronunciata su due ricorsi – anch'essi ampiamente conosciuti – originatisi da presunte ingerenze delle autorità britanniche nella decisione dei ricorrenti di diventare genitori genetici: *Evans c. Regno Unito*⁵⁸; *Dickson c. Regno Unito*⁵⁹. In quest'ultimo, la Grande Camera si è espressa a favore di un detenuto e della moglie che desideravano avere accesso alla PMA per concepire un figlio, in un sistema penitenziario che non prevedeva le visite coniugali. Proprio in ragione della particolarità della condizione del ricorrente (condanna all'ergastolo) e della loro età, la fecondazione *in vitro* rappresentava l'unica chance per realizzare il loro desiderio di genitorialità genetica. La loro richiesta era stata tuttavia rigettata dalle autorità nazionali competenti, le quali avevano fatto valere, tra gli altri, il rischio di un impatto negativo dello stato di detenzione del genitore sul benessere del minore: la madre e il figlio avrebbe avuto una ridotta rete di sostegno e il bambino sarebbe cresciuto senza un padre per un periodo significativo della sua infanzia⁶⁰.

Di particolare interesse per la presente trattazione è il passaggio della decisione in cui la Grande Camera, nell'affrontare la suddetta argomentazione addotta dal Governo, osserva che l'assenza del padre nei primi anni di vita del minore non avrebbe, nel caso di specie, compromesso un corretto sviluppo del minore in quanto la moglie avrebbe potuto occuparsi del figlio⁶¹. La definizione di paternità che ne deriva mostra, senza dubbio, un certo attaccamento al paradigma di 'paternità convenzionale' poiché presuppone una divisione tradizionale del lavoro che affida, almeno nei suoi primi anni di vita, la cura del minore alla madre. Allo stesso tempo, tuttavia, la replica della Corte sembra suggerire che la mera intenzione di diventare padre può in determinate circostanze – ovvero in presenza di un legame biologico col figlio e di un vincolo coniugale con la madre – legittimare la concretizzazione di un progetto genitoriale mediante PMA.

L'importanza attribuita alle intenzioni del futuro padre si evince anche, e ancora più chiaramente, dal celebre caso *Evans c. Regno Unito*. La ricorrente lamentava che l'impossibilità di utilizzare gli embrioni già formati col suo materiale genetico, in seguito alla revoca del consenso da parte dell'ex partner (J.) e fornitore dei gameti maschili, integrava una violazione della sua vita privata in quanto, non potendo ricorrere ad altri mezzi per procreare, le precludeva la possibilità di diventare madre ge-

58 *Evans c. Regno Unito*, cit.. Tra i commenti su questa decisione, si veda *inter alia* D. Tega, *La procreazione assistita per la prima volta al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, n. 3, pp. 587-590; A. Viviani, *Fecondazione in vitro e diritti dei genitori degli embrioni: il caso Evans di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, n. 1, pp. 160-165; E. Brems, *Evans v UK: Three Grounds for Ruling Differently*, in S. Smet e E. Brems (eds.), *When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights: Conflict or Harmony?*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 75-94.

59 *Dickson c. Regno Unito*, cit.. Tra i commenti su questa decisione, si veda V. Sisto, *Il diritto alla genitorialità del detenuto in una pronuncia della Corte europea dei diritti umani*, in *Minorigiustizia*, 2015, n. 1, pp. 297-307; E. Jackson, *Case Commentary – Prisoners, their partners and the right to family life*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2007, 19(2), pp. 239-246.

60 *Dickson c. Regno Unito*, cit., § 62.

61 *Id.*, § 76.

netica. Nel riassumere il 'dilemma'⁶² al centro di questa controversia, la Corte afferma – in maniera molto evocativa – che consentire l'utilizzo degli embrioni alla donna significherebbe 'forzare J. a diventare padre'⁶³. Pur riconoscendo il carattere eccezionale della situazione della ricorrente, la Corte ha, tuttavia, stabilito che l'aspirazione a diventare madre genetica può essere limitata al fine di rispettare la volontà dell'altro componente della coppia di non diventare padre genetico. L'affermazione sopra riportata e, in generale, il ragionamento della Corte lasciano quindi trasparire il peso significativo che le intenzioni paterne assumono ai fini della decisione, e trasmettono la convinzione che l'assunzione dello status paterno debba essere frutto di una decisione libera e spontanea dell'interessato, non imposto.

Ciò detto, non qualsiasi intenzione sembra meritare l'attenzione della Corte. L'interesse del padre ad assumere un ruolo genitoriale diventa rilevante, infatti, soltanto a condizione che trovi espressione in un contesto paterno (e familiare) 'convenzionale'. In altri termini, l'elemento di *care* tende a essere preso in considerazione e valorizzato ai fini dell'attribuzione dello status paterno se manifestato da un padre che aderisce al modello di 'paternità convenzionale'. Ancora prima delle decisioni in *Dickson e Evans*, questa commistione di novità e continuità, che caratterizza l'approccio della Corte alla paternità in materia di PMA/GPA, si riscontra nella sua decisione ad esito del ricorso *X, Y and Z c. Regno Unito*⁶⁴. In questo caso, un uomo *trans* (X) desiderava essere riconosciuto quale padre legale sul certificato di nascita del figlio (Z), concepito mediante donazione di sperma e partorito dalla compagna (Y). L'ufficiale di stato civile aveva motivato il suo rifiuto facendo valere che, ai sensi delle disposizioni allora vigenti⁶⁵, soltanto una persona di genere 'biologicamente' maschile avrebbe potuto figurare come padre sul certificato di nascita di Z⁶⁶.

Di particolare rilevanza per la definizione di paternità che ne deriva è il differente peso e trattamento che *care* riceve ai fini, rispettivamente, di qualificare i legami esistenti tra i ricorrenti quale vita familiare e di valutare la proporzionalità del mancato riconoscimento del legame di filiazione. Cominciando dal giudizio di applicabilità dell'art. 8 al caso di specie, la Corte non esita a sottolineare che la situazione familiare dei ricorrenti assomigliava, in tutte le sue caratteristiche di base, alla vita di una tradizionale coppia eterosessuale e, pertanto, non potesse distinguersi dalla nozione di vita familiare. In particolare, la Corte sottolinea che X e Y apparivano a tutti gli effetti una coppia uomo-donna, che conviveva da molto tempo e aveva un progetto genitoriale congiunto⁶⁷. Inoltre, osservano i giudici, X aveva fatto da padre a Z sin dalla nascita⁶⁸.

Se la mancanza di un legame biologico tra X e Z non ha fatto da ostacolo all'accertata sussistenza di una vita familiare tra i ricorrenti, questa "carenza" e l'identità *trans* di X sono successivamente menzionati quali fattori che, distinguendo il caso in esame da alcuni precedenti⁶⁹, conducono alla non applicabilità di obbligazioni positive nei confronti dello Stato convenuto. La Corte ribadisce che, a

62 *Evans c. Regno Unito*, cit., § 73.

63 *Id.*

64 *X, Y and Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, 22 aprile 1997. Tra i commenti su questa decisione, si veda A. Bainham, *Sex, Gender and Fatherhood: Does Biology Really Matter?*, in *Cambridge Law Journal*, 1997, n. 56, pp. 252-515; C. Lind, *Perceptions of Sex in the Legal Determination of Fatherhood – X, Y and Z v UK*, in *Child and Family Law Quarterly*, 1997, 9(4), pp. 401-407; U. Khaliq, *Transsexuals in the European Court of Human Rights: X, Y and Z v UK*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1998, pp. 191-201.

65 Si noti che si tratta di un caso antecedente all'introduzione della legge sul riconoscimento di genere (UK Gender Recognition Act 2004).

66 *X, Y and Z c. Regno Unito*, cit., § 17.

67 *Id.*, § 37.

68 *Id.*

69 *Marckx c. Belgio*, cit.; *Johnston e altri c. Irlanda*, cit.; *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, cit..

fronte dell'esistenza di una vita familiare, le autorità nazionali sono tenute ad agire in maniera tale da consentire lo sviluppo di legami preesistenti e l'integrazione del figlio nella sua famiglia sin dalla nascita o non appena possibile⁷⁰. Tuttavia, tale lettura dell'art. 8 – osservano i giudici – era stata avanzata in casi riguardanti relazioni esistenti tra genitori e figli biologici, e pertanto differenti da quelle in gioco nel caso in esame⁷¹. La Corte coglie infatti l'occasione per ricordare che Z era stato concepito mediante donazione di sperma e non era biologicamente legato a X, uomo *trans*⁷². Queste circostanze, assieme all'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato convenuto⁷³, hanno condotto alla conclusione che, nel contesto in esame, l'art. 8 non potesse essere inteso come fonte di un'obbligazione per lo Stato di attribuire lo status paterno a un individuo che non è il padre biologico del minore⁷⁴. Alla luce del ragionamento della Corte, *care* si rivela dunque essere sufficiente per costituire una vita familiare, ma insufficiente per ottenere il riconoscimento giuridico di una relazione padre-figlio, qualora il padre non presenti (anche) caratteristiche convenzionali paterne.

Un simile (ovvero condizionato) apprezzamento di *care* sembra animare anche le decisioni in *Dickson e Evans*. A tal proposito, è infatti importante osservare che, nel caso *Dickson*, dove la Corte ha ritenuto che il desiderio dei ricorrenti dovesse prevalere rispetto agli altri interessi in gioco, l'aspirante padre, oltre a manifestare la sua intenzione di diventare tale, rispecchiava il paradigma di 'paternità convenzionale': è infatti il marito di colei che avrebbe dato alla luce il figlio, ovvero della madre del nascituro, al quale sarebbe stato geneticamente legato. Al contrario, in *Evans*, dove la Corte ha assunto un atteggiamento di maggiore cautela nei confronti del desiderio genitoriale della ricorrente, J. si era chiaramente opposto al progetto procreativo della ex partner chiedendo la distruzione degli embrioni.

Anche se divergenti, dunque, gli esiti raggiunti in *Dickson e Evans* conducono ad una definizione di paternità che al contempo presenta aspetti di continuità e di novità. Se è vero che le intenzioni dei potenziali padri sono prese in considerazione, il peso che viene loro attribuito dipende fortemente dal loro più generale profilo paterno e dal più ampio contesto familiare in cui si troverebbero ad operare: mentre il ricorso alla PMA nel caso di *Evans* avrebbe portato alla nascita di un bambino che – molto probabilmente – sarebbe stato cresciuto da una donna single, il figlio dei coniugi Dickson sarebbe invece nato da un progetto genitoriale voluto da entrambi e nell'ambito di una famiglia bi-parentale unita in matrimonio. La paternità, come costruita dalla Corte in queste due decisioni, appare dunque una relazione mediata: in altri termini, anziché avere un'esistenza autonoma, il rapporto padre-figlio deriva la sua legittimità e il corrispondente sostegno giuridico dalla natura e dalla qualità del rapporto tra i genitori biologici dell'ipotetico nato.

La stessa coesistenza di continuità e novità si ritrova, infine, nelle pronunce più recenti in materia di GPA (analizzate nella sezione precedente). Come già evidenziato, nella decisione della Grande Camera in *Paradiso e Campanelli*, la mancanza di un legame genetico e giuridico assieme alla brevità della convivenza hanno avuto la meglio sull'esistenza di un progetto genitoriale e sulla qualità del legame tra la coppia e il minore al fine di qualificare il loro legame come 'vita familiare', con le considerevoli conseguenze dottrinali accennate sopra. L'elemento di *care* caratterizzante il rapporto tra il signor Paradiso e il nato, dunque, benché riconosciuto e preso in considerazione dalla Grande Camera, si è rivelato insufficiente in quanto non accompagnato da altri tratti convenzionali, *in primis* la mancanza di un legame biologico. Al contrario, la Corte ha, nel precedente caso francese, assecondato

70 *X, Y and Z c. Regno Unito*, cit., § 43.

71 *Id.*

72 *Id.*

73 *Id.*, § 44.

74 *Id.*, § 52.

la volontà del signor Mennesson di avere il proprio status paterno riconosciuto dalla legge in quanto – proprio come il signor Dickson – egli incarna l’immagine del ‘padre convenzionale’: biologicamente legato alle minori, cresciute in una famiglia unita in matrimonio. In *Mennesson e Paradiso e Campanelli*, dunque, il dato biologico sembra aver influenzato l’esito dei due ricorsi determinando non soltanto il percorso dottrinale intrapreso dai giudici, ma anche il diverso peso che la Corte ha attribuito alle intenzioni e all’effettiva partecipazione del padre ricorrente nella vita dei figli.

6. Conclusioni: uguaglianza di genere e nuove sfide

In linea con l’analisi giurisprudenziale esposta nelle precedenti sezioni, la figura paterna – come costruita dalla Corte Edu nella sua giurisprudenza in materia di PMA/GPA – racchiude sia novità che continuità. La Corte sembra quindi avvicinarsi al modello di *new fatherhood*, secondo il quale il padre non è più soltanto la forza economica trainante della famiglia ma anche, e sempre di più, una persona emotivamente e fisicamente coinvolta nella vita dei figli. È tuttavia importante sottolineare che la rilevanza attribuita a *care* rimane contingente alla sua coesistenza con caratteristiche paterne convenzionali. Il paradigma di ‘paternità convenzionale’ dunque non è abbandonato, ma è ‘semplicemente’ arricchito da *care* quale ‘nuovo’ tratto paterno.

Se è vero che il persistente attaccamento al paradigma convenzionale può – da un certo punto di vista – considerarsi una opportunità (parzialmente) mancata, allo stesso tempo, l’inclusione di *care* nella definizione giuridica di paternità rappresenta, senza dubbio, un primo, importante passo verso una uguaglianza di genere sostanziale⁷⁵. Concepire e concettualizzare *care* come caratteristica paterna e maschile ha infatti un potenziale trasformativo – a livello sia giuridico che sociale – non indifferente. Significa innanzitutto contrastare stereotipi di genere che hanno per lungo tempo declinato la cura come attività materna e femminile, relegando quindi ai padri il ruolo di *secondary carer* o mero *breadwinner*⁷⁶. Innalzare *care* a parametro di giudizio nella valutazione delle richieste formulate da padri (o aspiranti tali) implica inoltre facilitare e promuovere una più equilibrata distribuzione del lavoro di cura tra uomini e donne⁷⁷, contribuendo quindi – a livello strutturale – a privare ‘*the traditional gender order*’⁷⁸ del supporto e riconoscimento giuridico di cui ha storicamente beneficiato.

Nuove e importanti sfide per la Corte si intravedono all’orizzonte. Proprio in questi mesi, la V Sezione è infatti impegnata ad esaminare il ricorso di un uomo *trans* che, sebbene giuridicamente riconosciuto come appartenente al genere maschile, figura come ‘madre’ e sotto il suo precedente nome

⁷⁵ Per un approfondimento su questo punto, sia contentito il rinvio a A. Margaria, *Another Side of Gender Equality: Fatherhood in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in I. Motoc, I. Jeli, E. Brodeala, S. Suteu (eds.), *Women’s Human Rights in International and European Law* (in corso di pubblicazione).

⁷⁶ Stereotipi di genere figurano, nello specifico, tra i fattori sottostanti il limitato (benché crescente) esercizio da parte dei padri del diritto al congedo di paternità/parentale. Si veda Eurofund, cit., p. 18. Anche la Corte Edu si è espressa sull’impatto negativo degli stereotipi di genere sulla vita familiare degli uomini, nonché sulla carriera professionale delle donne: *Konstantin Markin c. Russia*, ricorso n. 3007/06, § 140, 22 marzo 2012. Su stereotipi e paternità nel contesto di conciliazione famiglia-lavoro, si veda S. Fredman, *Reversing Roles: Bringing Men into Frame*, in *International Journal of Law in Context*, 2014, 10(4), pp. 442-459.

⁷⁷ E. Caracciolo di Torella, *Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union*, in *European Law Journal*, 2014, 20(1), pp. 92-4.

⁷⁸ Questa espressione è tratta da R. Rubio-Marín, *The (dis)establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 13(4), pp. 787-818.

femminile sul certificato di nascita del figlio che lui stesso ha partorito⁷⁹. Il ricorrente – anche a nome del figlio – lamenta che il rifiuto di attribuirgli lo status paterno integra una violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare, separatamente e in combinato disposto con l'articolo 14. Rispetto ai casi di PMA finora esaminati, il ricorso pendente comporta un ulteriore grado di complessità. In questo caso, è infatti indiscutibile che il ricorrente abbia un legame biologico con il proprio figlio, ma si tratta di un legame non convenzionalmente paterno. Il ricorrente ha infatti portato avanti la gravidanza e dato alla luce il proprio figlio, il quale però è stato concepito mediante la fecondazione – *in vivo* – dei gameti femminili del ricorrente con lo sperma di un donatore anonimo. Queste circostanze e, più in generale, il profilo non-convenzionale del padre ricorrente, rendono – alla luce della precedente giurisprudenza – la posizione di quest'ultimo decisamente precaria ma, senza dubbio, offrono alla Corte una preziosa opportunità per (ri)valutare non soltanto la rilevanza, ma questione ancora più controversa, anche la sufficienza di *care* nel determinare l'attribuzione dello status paterno.

⁷⁹ *O.H. and G.H. c. Germania*, ricorsi n. 53568/18 e 54741/18, comunicati allo Stato convenuto il 6 febbraio 2019.