

## Diritti civili e politici

### Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri

*Sommario:* 1. Introduzione. – 2. Il Protocollo n. 16 e la rilevanza del meccanismo del parere consultivo in materia di biodiritto. – 3. La richiesta di parere formulata dalla *Cour de Cassation* alla luce della sentenza *Mennesson c. Francia*. – 4. Prove generali... di eccessiva prudenza. – 5. La risposta della Corte al primo quesito: vita privata e legami famigliari d'intenzione. – 6. La posizione di Strasburgo sul secondo quesito: ancora tante questioni aperte. – 7. Verso un ripensamento (sociale) della maternità?

1. A pochi mesi dalla sua entrata in vigore, il c.d. 'Protocollo del dialogo' ha prodotto i primi frutti, consentendo alla Corte europea dei diritti umani di pronunciare un parere consultivo su una questione sollevata dalla Corte di cassazione francese in materia di riconoscimento dei legami famigliari in caso di gestazione per altri (GPA) (I. Anrò, "Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata", in *SIDIBlog*, 6 maggio 2019).

Il Protocollo, adottato nel 2013, ha raggiunto solo nell'aprile 2018 le dieci ratifiche (di Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina) necessarie alla sua entrata in vigore, alle quali si sono aggiunte, nel 2019, le adesioni di Grecia e Paesi Bassi. In Italia, il percorso per l'adozione di uno strumento di ratifica si è avviato con la presentazione, il 10 agosto 2018, del disegno di legge n. 1124, che prevede la ratifica ed esecuzione sia del Protocollo 16 che del Protocollo 15, ma i tempi si prospettano, purtroppo, ancora lunghi (M. Lipari, "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo", in *Federalismi* 3/2019, pp. 14-25).

Sul Protocollo e sulla procedura che esso ha introdotto è stato ampiamente detto in dottrina (tra gli altri, I. Anrò, "Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2019, p. 189 ss.; Id., "Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di *forum shopping* tra le corti?", in *Eurojus.it*, aprile-giugno 2018; E. Lamarque (a cura di), "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali", Torino, 2015; R. Conti, "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea", in *Consulta online* 2014, p. 27 ss.; A.G. Lana, "Il Protocollo n. 16 alla Conven-



Corte europea dei diritti umani [GC],  
*Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001 del 10 aprile 2019  
([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

zione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni”, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie* 2014, pp. 641-651; O. Pollicino, “La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?”, in *Diritto dell'Unione Europea* 2014, pp. 293-315; A. Ruggeri, “Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)”, in *Rivista AIC* 2014, 1; N. Posenato, “Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2014, pp. 1421-1443; G. Asta, “Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?”, in *La Comunità internazionale* 2013, pp. 773-791), ma – anche alla luce del tema considerato in questo primo parere – sembra opportuno riflettere pur brevemente sul significato del dialogo tra giudici in materia di bio-diritto. A seguire, dopo aver analizzato la vicenda processuale in cui si inserisce la richiesta del giudice francese alla Corte europea dei diritti umani, ci si soffermerà sulle risposte offerte dalla Grande Camera ai due quesiti proposti, per evidenziare le questioni che il parere lascia ancora aperte, su un tema particolarmente controverso quale la gestazione per altri.

2. L'adozione del Protocollo 16 ha inteso rispondere principalmente a due esigenze. Innanzitutto, tale strumento si inseriva nel contesto dei (tanti e diversi) tentativi di alleggerire la mole di lavoro della Corte di Strasburgo, fondandosi sull'idea che si potessero prevenire le violazioni della CEDU, attraverso un intervento di orientamento a vantaggio del giudice nazionale. Esso, poi, intendeva rispondere ad un senso di insoddisfazione diffuso e manifestato «dalle giurisdizioni nazionali, spesso collocate in una posizione passiva nel dialogo con la Corte di Strasburgo e nella elaborazione interpretativa dei diritti fondamentali di matrice europea» (M. Lipari, cit., p. 8).

È certamente questa seconda dimensione che era (ed è) destinata ad avere maggiore rilievo. Deve, infatti, considerarsi che le potenziali ricadute del Protocollo 16 sulla riduzione del numero di casi pendenti dinanzi alla Corte europea potranno, al più, realizzarsi nel lungo periodo. Perché il meccanismo abbia infatti un impatto deflattivo sul carico di lavoro dei giudici di Strasburgo, occorrerà un nutrito *corpus* di pareri, utile a indirizzare gli Stati ed evitare dunque future violazioni, ma anche a scoraggiare la presentazione di ricorsi destinati ad essere respinti. Anche alla luce della scarsa attenzione che il Protocollo ha riscosso tra gli Stati parte sino ad adesso, tuttavia, è inimmaginabile che questo risultato si produca in tempi rapidi.

La cooperazione *de jure à jure*, invece, trova una sua piena realizzazione sin dalle prime applicazioni della procedura, dunque sin da questo primo caso. Essa si poggia interamente sull'iniziativa del giudice nazionale, dal momento che, com'è noto, a differenza del rinvio pregiudiziale previsto nel sistema dell'UE, la richiesta di parere non è mai obbligatoria per le giurisdizioni dello Stato. È dunque il giudice nazionale (*rectius*, l'“alta giurisdizione” designata da ciascuno Stato parte ai sensi del Protocollo), innanzi al quale sia pendente un caso, che decide di attivare la competenza consultiva della Corte. L'autorità nazionale, poi, non ha solo un ruolo propulsivo dell'attività interpretativa della Corte europea, ma – chiamata com'è ad indicare tutti gli elementi di fatto e diritto utili – acquisisce un compito di sostegno all'attività consultiva dei giudici di Strasburgo. In questa dialettica è valorizzata la funzione di interpretazione ed applicazione della CEDU dei giudici nazionali, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà. In tale prospettiva, è

interessante riflettere sul significato della competenza consultiva della Corte rispetto a tematiche di biodiritto, quale quella oggetto del caso che si commenta.

Il biodiritto è, indiscutibilmente, un settore in cui la funzione giurisdizionale ha da sempre svolto – e continua a svolgere – un ruolo propulsivo di grande rilevanza. Come ben è stato evidenziato, in questo campo, «[l]a regola legislativa spesso tarda ad arrivare, è troppo lenta rispetto alla emersione di *issues* frutto della combinazione tra possibilità scientifiche e fattori culturali; e anche quando interviene, essa è il frutto di mediazioni troppo esposte a variabili sociali e politiche, che inevitabilmente possono riaprire lo spazio dell'interpretazione giudiziaria, e del suo controllo sulla discrezionalità legislativa» (D'Aloia, "Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto", in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto* 1/2016, p. 105). Il formante giurisprudenziale nel biodiritto interviene, dunque, sia «*praeter legem*' per colmare lacune, che '*contra legem*', al fine di ricondurre la soluzione di un caso concreto ad un percepito senso di equità non corrispondente all'inquadramento legislativo» (C. Casonato, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2012, p. 161; vedi anche S. Penasa, "Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali", in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto* 1/2016, pp. 39-79; M. Tomasi, "Uniformità della giurisprudenza e unitarietà della scienza: la misura di sostenibilità del pluralismo", in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto* 1/2016, pp. 81-103).

Anche il contributo del giudice internazionale si inserisce nella produzione del biodiritto: la protezione internazionale dei diritti umani esercita infatti una significativa influenza sulla definizione delle norme negli ordinamenti interni. L'applicazione di strumenti di tutela dei diritti fondamentali alle questioni poste dal progresso delle scienze della vita orienta inevitabilmente i comportamenti degli Stati e può, talvolta, promuovere scelte normative che si pongono in rottura con il contesto sociale e culturale di riferimento: un esempio è fornito dal contributo della decisione del Comitato dei diritti umani nel caso *Mellet c. Irlanda* (cfr. *Communication No. 2324/2013, Views* del 31 marzo 2016, UN Doc. CCPR/C/116/D/2324/2013 del 9 giugno 2016) alle modifiche introdotte in Irlanda in materia di aborto. Tale contrasto rischia, almeno in alcuni casi, di determinare una resistenza da parte degli ordinamenti interni rispetto alle decisioni assunte sul piano internazionale: si pensi al caso *Varvara* deciso dalla Corte di Strasburgo (Corte europea dei diritti umani, *Varvara c. Italia*, ricorso n. 17475/09, sentenza del 29 ottobre 2013) ed alla successiva sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale. È dunque utile chiedersi se la nuova funzione consultiva possa contenere – almeno in parte – questa potenziale frizione.

Si potrebbe immaginare che uno strumento di indirizzo preventivo, quale il parere consultivo, abbia un impatto diverso da una sentenza di condanna nel (buon) rapporto tra giurisdizioni. Tuttavia, occorre ricordare che, di fatto, il risultato che il parere produce non è molto difforme da quello di una sentenza: pur non essendo in sé vincolanti, le *advisory opinions* entrano comunque a far parte della giurisprudenza della Corte, al pari di sentenze e decisioni (Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 alla CEDU, par. 27), contribuendo così a definire l'interpretazione e l'applicazione degli standard convenzionali non solo con riferimento al singolo caso di specie, né limitatamente allo Stato parte interessato dalla procedura ex Protocollo n. 16 (E. Nalin, "I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in *Studi sull'integrazione europea* 2014, IX, p. 143). Il significato e l'importanza della funzione consultiva in materia di biodiritto risiede allora non tanto nel risultato, quanto piuttosto nelle specificità del processo. Un processo che prevede la partecipazione di più livelli di tutela giurisdizionale rispetto a questioni

che hanno un tono valoriale (o «costituzionale», nelle parole di D’Aloia, cit., p. 107) molto alto: la vita, la dignità, l’autodeterminazione e la salute. Un processo, ancora, che si fonda sulla riflessione giuridica dialettica e condivisa in cui l’attivazione da parte del giudice nazionale attesta l’importanza di un dialogo che superi i confini – allo stesso tempo geografici, politici e culturali – del singolo Stato.

3. Il primo parere della Corte europea dei diritti umani è stato sollecitato dalla *Cour de cassation* con un duplice quesito. Il giudice francese, innanzitutto, chiedeva se potesse considerarsi rientrare nel margine di apprezzamento delle autorità nazionali il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita relativo ad un bambino nato all’estero da GPA, nella parte in cui designa come madre la madre d’intenzione (non biologica), pur ammettendo la trascrizione dello stesso atto con riferimento al padre biologico. S’interrogava, infatti, la *Cour de cassation* sulla possibilità di fare una distinzione tra i casi in cui nella GPA venga usato l’ovocita della madre d’intenzione e quelli in cui non intercorra alcun legame genetico tra la donna e il nato. In secondo luogo, il giudice francese chiedeva alla Corte di Strasburgo se la soluzione alternativa dell’adozione del bambino da parte della madre d’intenzione fosse in linea con gli obblighi convenzionali.

Il caso pendente innanzi alla *Cour de cassation* era già stato portato all’attenzione della Corte europea dei diritti umani da una coppia di cittadini francesi, i quali, dopo aver fatto ricorso alla gestazione per altri negli Stati Uniti, si erano visti negata la possibilità di trascrivere gli atti di nascita delle due figlie una volta rientrati in Francia (Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 24 giugno 2014). Pur non avendo ritenuto sussistente la violazione dell’art. 8 CEDU ai danni dei genitori (valutando in particolare che le difficoltà pratiche derivanti dalla mancata trascrizione degli atti di nascita non potessero considerarsi insormontabili e che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti: Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia* cit., par. 87-94), la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata rispetto alle figlie delle due coppie. La mancata trascrizione dell’atto di nascita, infatti, avrebbe determinato uno stato di incertezza giuridica con ripercussioni negative sulla possibilità per esse di ottenere la cittadinanza francese e di esercitare pienamente i diritti di successione (Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 96-98). Inoltre, dal momento che esisteva un legame genetico tra il padre d’intenzione e le bambine, la Corte considerava l’opportunità, alla luce del principio del *best interest of the child*, del riconoscimento giuridico della realtà biologica (Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100).

A seguito della pronuncia, quale misura generale di esecuzione, con nota del luglio 2015, il Ministero della giustizia francese incoraggiava la trascrizione dei certificati di nascita rilasciati all’estero in caso di GPA che riportassero l’indicazione del padre biologico (Comitato dei Ministri, *Communication from France concerning the cases of Laborie, Mennesson and Labassée v. France* 1 agosto 2017, doc. n. DH-DD(2017)817, p. 5). Rimaneva tuttavia impossibile trascrivere l’atto di nascita nella parte in cui questo riportava il nome della madre d’intenzione: per la *Cour de cassation*, infatti, ciò sarebbe stato impossibile ai sensi dell’articolo 47 del codice civile – che consente la trascrizione di certificati di nascita stranieri purché autentici e, in particolare, alla condizione che riportino fatti corrispondenti al vero – poiché «concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens [del’article 47 du code civil], est la réalité de l’accouchement» (*ibidem*, p. 6). Il tema della GPA è ancora piuttosto dibattuto in Francia e, anche recentemente, il *Comité consultatif national d’éthique* (CCNE) ha ribadito a chiare lettere la sua contrarie-

tà alla pratica: «[e]stimant qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, le CCNE souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs» (CCNE, *Avis 129 – Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 settembre 2018). Il *Comité consultatif national d'éthique*, inoltre, con riferimento alle sole ipotesi in cui sia accertato (anche attraverso un test genetico, se necessario) il legame genetico con uno dei due genitori d'intenzione, ha ammesso «le choix de la délégation d'autorité parentale en faveur du parent d'intention n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, car elle respecte la réalité des conditions de sa naissance» (*ibidem*, p. 124).

Una prima riflessione s'impone rispetto alla portata della sentenza della Corte europea dei diritti umani del 2014. Pare infatti a chi scrive che la sentenza *Menesson* non fosse necessariamente dal leggersi nel senso di statuire l'opportunità del riconoscimento del legame giuridico solo con il padre biologico.

È senz'altro vero che l'importanza del dato genetico è un aspetto centrale, nella giurisprudenza di Strasburgo, in materia di gestazione per altri. Questo non solo è evidente nel caso *Menesson*, ma trova conferma anche nella giurisprudenza successiva. In particolare, la rilevanza del dato biologico emerge, *a contrario*, dalla decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, in cui la completa estraneità genetica del bambino alla coppia di *intended parents* è stata determinante per escludere la sussistenza della violazione lamentata dai ricorrenti ed ha condotto la Corte a prendere posizione contro la GPA doppiamente eterologa. Così, la Corte ha considerato l'allontanamento del minore dalla coppia (ed il suo affidamento ai servizi sociali) quale misura 'necessaria in una società democratica' perché rispondente al bisogno di tutelare non solo il minore nel caso di specie, ma più in generale tutti i bambini rispetto a pratiche illecite, incluso il traffico di esseri umani (Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza 24 gennaio 2017 par. 197 e 202).

Nella sentenza *Menesson*, tuttavia, la Corte, nel ritenere violato il diritto alla vita privata delle bambine, ha fatto riferimento ai diversi pregiudizi che le stesse avrebbero patito in ragione del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con entrambi i genitori di intenzione. La Corte evidenziava, infatti, che «la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique» e concludeva: «pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sien de la société française» (Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, cit., par. 95). Inoltre, considerava nel dettaglio i possibili svantaggi a danno delle minori in materia successoria che sarebbero derivati dal mancato riconoscimento del legame di filiazione proprio con la madre d'intenzione (*ibidem*, par. 98).

È pur vero, tuttavia, che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha considerato sufficienti a dare esecuzione alla sentenza della Corte europea dei diritti umani le disposizioni adottate in sede nazionale, benché – si ribadisce – queste si siano limitate alla posizione dei padri con un legame genetico accertato (Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution on the Execution of the judgments of the European Court of Human Rights*, doc. CM/ResDH(2017)286, 21 settembre 2017). Il parere che si commenta, ad ogni modo, si pone a rinforzo di principi che già erano stati delineati con la sentenza del 2014.

4. La risposta offerta dalla Corte ai quesiti posti dalle autorità francesi si distingue, innanzitutto, per l'intenzione manifesta di precisare i contorni della nuova competenza consultiva. In tale direzione, la Corte rammenta che lo scopo della procedura «is not to transfer the dispute to the Court, but rather to give the requesting court or tribunal guidance on

Convention issues when determining the case before it» (Corte europea dei diritti umani, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto nazionale del rapporto di filiazione tra un bambino nato attraverso un un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la madre d'intenzione*, richiesta n. P16-2018-001 del 10 aprile 2019, par. 25) e che spetta, dunque, al giudice nazionale decidere il caso di specie, alla luce dell'opinione espressa dalla Corte (ivi, par. 25).

Per i giudici di Strasburgo, inoltre, il parere deve essere strettamente circoscritto ai profili rilevanti per il caso pendente innanzi al giudice nazionale e rispetto al quale si è attivata la procedura. Pertanto la Corte dichiara di non potersi esprimere sulla questione del legame di filiazione tra il nato da GPA e la madre d'intenzione in circostanze differenti da quella del caso di specie e, quindi, nell'ipotesi in cui gli ovuli utilizzati per la fecondazione siano della stessa madre d'intenzione o nell'eventualità che tale materiale biologico appartenga alla gestante (*ibidem*, par. 28 e 29). Questa posizione così netta sembra però, almeno in parte, criticabile. Innanzitutto, sebbene il Protocollo 16 imponga che la richiesta di parere sia formulata in pendenza di un procedimento innanzi al giudice nazionale, nessuna previsione espressa esige che la risposta della Corte sia confinata entro i confini rigidi del caso di specie. Tale impostazione sarebbe anzi «at odds with the objective of Protocol No. 16 to provide guidance on questions of principle relating to the interpretation or application of ECHR rights. Clearly the relevance of such questions transcends the specific case pending at the domestic level and, ideally, the Court's response should therefore be written with a view to anticipating foreseeable difficulties that may arise in similar future cases» (L. Lavrysen, «The mountain gave birth to a mouse: the first Advisory Opinion under Protocol No. 16», in *Strasbourg Observer* 24 aprile 2019). Inoltre, quella adottata dalla Corte è una dichiarazione d'intenti che non sempre trova pacifica attuazione. È evidente che le conclusioni assunte con riferimento ad un caso specifico possano estendere la propria rilevanza oltre le specificità della singola vicenda: non a caso, proprio nel parere che si commenta, la stessa Corte, una volta individuati i principi valevoli a definire la questione specifica portata alla sua attenzione, ne estende la validità a situazioni parzialmente diverse (*ibidem*, par. 47).

Perché questa nuova funzione consultiva abbia il rilievo che merita, sarebbe auspicabile che Corte non mascherasse dietro un'eccessiva prudenza procedurale le (innegabili) difficoltà su temi particolarmente controversi. È significativo, ci pare, che proprio il giudice nazionale *in primis* avesse sollecitato una riflessione di più ampio respiro.

Ancora più criticabile, poi, appare la delimitazione del 'campo di lavoro' non solo con riferimento alle circostanze fattuali, ma anche con riferimento agli standard convenzionali da considerarsi nel rispondere alle questioni sollevate. Nonostante il primo quesito facesse riferimento all'art. 8 CEDU nel suo insieme, la Corte ha infatti escluso di doversi pronunciare sul rispetto alla vita familiare dei bambini e dei genitori d'intenzione, così come sul rispetto alla vita privata di questi ultimi e ha limitato la sua analisi al rispetto della vita privata dei bambini allineandosi così con la decisione assunta in sede giurisdizionale (*ibidem*, par. 30). Di nuovo tale cautela procedurale pare eccessiva: è infatti evidente che la Corte non avrebbe certamente potuto sovvertire, in sede consultiva, le conclusioni raggiunte in sede giurisdizionale poco tempo prima e nello stesso identico caso.

5. Come si è ricordato, il giudice francese aveva chiesto alla Corte di precisare se rientrasse o meno nel margine di apprezzamento nazionale la scelta di non trascrivere l'atto di nascita di bambini nati all'estero da GPA, con riferimento ai dati della madre

d'intenzione (non legata geneticamente al bambino), pur ammettendo la trascrizione dello stesso atto con riferimento al padre biologico.

La Corte ha riformulato la questione proposta, concentrandosi sulla sua premessa. Si è infatti chiesta se il diritto al rispetto della vita privata del minore – il quale impone il riconoscimento del legame giuridico con il padre biologico – esiga anche di riconoscere giuridicamente il rapporto di filiazione tra il nato da GPA e la madre d'intenzione nella specifica ipotesi in cui: *a*) la donna sia indicata come 'madre' nel certificato straniero; *b*) la GPA sia eterologa per parte materna (ovvero siano stati usati gli ovociti di una donatrice); *c*) il rapporto tra i nati ed il padre biologico sia stato riconosciuto nell'ordinamento interno (*ibidem*, par. 32). Su questo aspetto occorre subito notare che, nell'intento di circoscrivere il proprio intervento entro i confini del caso di specie, la Corte ha finito per aggiungere un requisito procedurale (l'avvenuto riconoscimento del legame giuridico con il padre biologico).

Nel dare una risposta a questo primo quesito, poi, la Corte ha ribadito le conclusioni a cui era già giunta con la sentenza *Mennesson* richiamandola puntualmente: il mancato riconoscimento del legame giuridico tra il nato da GPA e la madre d'intenzione ha un impatto negativo su diversi aspetti della vita privata del bambino «as it places him or her in a position of legal uncertainty regarding his or her identity within society» (*ibidem*, par. 40). È infatti possibile che questi minori non riescano ad ottenere la nazionalità della madre d'intenzione e che rischi di essere più difficile per loro rimanere nel paese di residenza della donna; i loro diritti successori potrebbero inoltre essere compromessi, come pure il mantenimento della relazione con la madre d'intenzione nel caso di separazione dei genitori o di decesso del padre; infine, essi potrebbero essere privati di strumenti di tutela nel caso in cui la madre non si prenda cura di loro (*ibidem*, par. 40).

Pur ammettendo che sussistano aspetti della pratica di GPA che non necessariamente militano in favore del riconoscimento (non solo la necessità di prevenire e contrastare possibili abusi, ma anche l'opportunità di mantenere la possibilità di rintracciare le proprie origini, *ibidem*, par. 41), la Corte dunque non ha dubbi nel riconoscere che sia nel migliore interesse del minore «the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment» (*ibidem*, par. 42). L'impossibilità 'generale e assoluta' di ottenere il riconoscimento giuridico del rapporto tra il bambino e la madre d'intenzione è pertanto incompatibile con il principio del *best interest*, il quale impone – quanto meno – di prendere in considerazione le specificità del caso di specie.

A completamento della sua disanima, la Corte ricorda – come aveva già evidenziato nella sentenza *Mennesson* – che, sebbene sia ampio il margine di apprezzamento degli Stati in assenza di consensus europeo, allorché sia in gioco l'identità individuale, aspetto centrale della vita privata, la discrezionalità si riduce significativamente. In questa sede, inoltre, la Corte si spinge ad evidenziare che rilevano, oltre all'identità personale, molti aspetti essenziali della vita privata dei minori, poiché in gioco vi sono «the environment in which they live and develop and the persons responsible for meeting their needs and ensuring their welfare» (*ibidem*, par. 45). Infine la Corte ha cura di precisare – correggendo di fatto l'impostazione cui si è accennato *supra* – che la necessità di un riconoscimento giuridico del rapporto con la madre d'intenzione si pone con ancora più urgenza allorché il bambino sia stato concepito con gli ovuli della stessa, sebbene questa non sia l'ipotesi di cui al caso di specie (*ibidem*, par. 47).

Il parere che si commenta aggiunge dunque un ulteriore tassello alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di GPA: il legame con la madre d'intenzione è senza dubbio nell'interesse del bambino, e questo perché nella costruzione della vita personale

e della stessa identità dell'individuo – con tutta evidenza – rilevano non soltanto aspetti legati alla verità biologica, ma anche più in generale le dimensioni relazionali ed affettive.

6. Il secondo quesito del giudice francese riguardava la possibilità di usare vie diverse dalla trascrizione dell'atto di nascita, per riconoscere il legame di filiazione tra il nato da GPA e la madre d'intenzione. La Corte sul punto ha affermato che la scelta del modo attraverso cui consentire tale riconoscimento rientra pienamente nel margine di apprezzamento degli Stati, non esistendo alcun consensus europeo sul punto (*ibidem*, par. 51). Essa ha anche affermato che l'art. 8 CEDU non impone l'obbligo di riconoscere *ab initio* il rapporto tra il bambino e la madre d'intenzione, ma che piuttosto il principio del *best interest* esige che il riconoscimento di un rapporto di filiazione, legalmente stabilito all'estero, avvenga «at the latest when it has become a practical reality» (*ibidem*, par. 52). Spetterebbe poi alle autorità nazionali – aggiungono i giudici di Strasburgo – definire se e quando il legame tra il nato e la madre d'intenzione sia divenuto realtà nei fatti (*ibidem*).

Tuttavia, questo passaggio del parere non sembra tenere conto che, nella maggior parte dei casi, è sin alla nascita del bambino che ha inizio il rapporto con i genitori d'intenzione e che senza dubbio questa condizione è presente quando i genitori fanno rientro nello Stato di origine e/o residenza con il minore e chiedono la trascrizione dell'atto di nascita estero. Il rilievo posto dalla Corte sembrerebbe dunque un poco ingenuo, se non si ponesse a complemento di un'ulteriore profilo. Per i giudici di Strasburgo l'adozione costituisce una modalità adatta a garantire il diritto alla vita privata dei minori (purché le procedure permettano di provvedere in tempi rapidi) perché essa consente la verifica, da parte delle autorità giudiziarie, che tale provvedimento sia in effetti nel miglior interesse del minore, alla luce delle specifiche circostanze del caso (*ibidem*, par. 54). Ecco allora che trova giustificazione, agli occhi della Corte, la possibilità di differire il riconoscimento del rapporto di filiazione tra la donna non geneticamente legata al bambino ed il bambino stesso: in ragione dell'assenza di vincoli di natura biologica, perde di automaticità la necessità del riconoscimento giuridico. La Corte non chiarisce se questo valga nel caso in cui siano stati usati per il concepimento gli ovuli della madre d'intenzione: in questo caso sembra lecito immaginare che, come per il padre biologico, il riconoscimento possa automatico, attraverso la trascrizione dell'atto di nascita.

Questa non è però l'unica questione che il parere lascia aperta in materia.

La stessa Corte ammette, infatti, che, nell'ordinamento francese l'adozione del figlio del coniuge garantisca una tutela effettiva dei diritti dei minori solo nell'ipotesi in cui la coppia di genitori d'intenzione sia sposata e che, comunque, permangono diversi profili controversi, tra cui la necessità o meno di ottenere il consenso all'adozione da parte della *mère porteuse* (*ibidem*, par. 57). È dunque facile immaginare che l'adeguatezza della normativa francese in materia di adozione potrà essere in futuro motivo di ulteriori momenti di confronto tra i giudici interni e la Corte, se non oggetto di un intervento dei giudici di Strasburgo in sede di contenzioso.

7. È senza dubbio probabile che la scelta di circoscrivere il contenuto di questa *advisory opinion* sia stata assunta dalla Corte al fine di adottare, all'unanimità, un primo parere fortemente condiviso. Tuttavia, se la Corte intende sfruttare il meccanismo introdotto con il Protocollo 16 per ridurre il carico dei ricorsi, prevenendo possibili violazioni, e per stabilire un proficuo veicolo di scambio e confronto con le giurisdizioni interne, occorre che usi questo strumento con più coraggio. È in effetti innegabile che «besides the mere finding that a general and absolute impossibility of recognition *would violate* the Convention



(...), the Advisory Opinion provides surprisingly little guidance as to *what would not*» (L. Lavrysen, cit.).

Il tema della gestazione per altri (e delle sue conseguenze sul piano giuridico negli ordinamenti che non riconoscano la liceità della pratica) è ancora molto controverso, ma è anche destinato ad evolversi. Il parere oggetto di questo commento molto probabilmente non ha rappresentato l'ultima occasione per i giudici di Strasburgo di prendere posizione sul tema. La Corte stessa riconosce che «it may be called upon in the future to further develop its case-law in this field, in particular in view of the evolution of the issue of surrogacy» (*ibidem* par. 36).

L'opinione formulata Corte, come le sentenze che l'hanno preceduta, suggerisce l'opportunità di riflettere sul significato di maternità e paternità in un momento storico in cui scienza e tecnica sostengono progetti di genitorialità, spesso con il contributo di soggetti terzi, di impossibile realizzazione sino a qualche anno fa. È questa un'epoca in cui – pur ancorati all'idea che la verità biologica meriti sempre e comunque un vantaggio nel riconoscimento giuridico – siamo sempre più consapevoli che essere madri e padri significa molto di più del (e forse spesso qualcosa di molto diverso dal) mero conferimento di materiale genetico per il concepimento. È estremamente significativo che la Corte, tra le righe, valorizzi l'opportunità di preservare il rapporto tra il bambino e la madre d'intenzione e la necessità di poter far valere la responsabilità genitoriale di quest'ultima (*ibidem* par. 40). Tuttavia è evidente che la risposta ai tanti interrogativi (non solo giuridici, ma anche etici e sociali) che la GPA pone non può venire dal giudice europeo, ma deve piuttosto derivare da una diffusa riflessione sulla frammentazione delle funzioni e la moltiplicazione dei contributi alla genitorialità che le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno inevitabilmente generato.

Ludovica Poli\*

**ABSTRACT. The First (Tepid) ECtHR's Advisory Opinion: Many Questions on Surrogacy Remain Open**

A few months after the entry into force of Protocol 16, the European Court has adopted its first advisory opinion, answering the questions raised by the French Court of Cassation and concerning the recognition of family ties in the event of surrogacy. The paper first addresses the relevance of this new procedure on biolaw issues. It then considers the opinion in details, stressing that it leaves many questions open on a particularly controversial topic such as surrogacy.

*Keywords:* European Court of Human Rights; Protocol No. 16; advisory opinion; surrogacy; private and family life.

\* Ricercatrice di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza, Lungo Dora Siena, 100 – 10153 Torino, ludovica.poli@unito.it