

## Diritti civili e politici

### **Mater (non) semper certa est! L'impasse sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea**

*Sommario:* 1. Introduzione. – 2. I limiti del parere consultivo del 2019 in materia di gestazione per altri. – 3. Il rapporto di filiazione con la madre intenzionale donatrice di ovociti nel caso *D. c. Francia*. – 4. Considerazioni circa possibili profili discriminatori in relazione alla diversa soluzione adottata nei confronti del padre intenzionale biologico.

1. Nel caso *D. c. Francia* deciso con sentenza del 16 luglio 2020 (definitiva dal 16 ottobre dello stesso anno) la Corte europea dei diritti umani è tornata ad occuparsi di un tema di grande attualità, anche per il nostro paese, che coinvolge in modo crescente una molteplicità di famiglie: quello del riconoscimento di effetti



di rapporti di filiazione derivanti da gestazione per altri praticata all'estero. Il caso di specie si distingue da quelli decisi in precedenza per la particolarità della tecnica di PMA utilizzata, che prevedeva l'utilizzo degli ovociti della madre intenzionale, impiantati nell'utero della madre gestazionale. Ciò comporta l'esistenza di un 'legame biologico', dal punto di vista genetico, del figlio con la madre intenzionale, assente nei casi precedentemente affrontati dalla Corte, nei quali si era in presenza di un legame biologico con il solo padre (Corte europea dei diritti umani: *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65182/11, e *Labassée c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenze del 26 giugno 2014; *Foulon et Bouwet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e n. 10410/14, sentenza del 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13, sentenza del 19 gennaio 2017; *C. c. Francia* e *E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e n. 17348/18, sentenza del 12 dicembre 2019), o era del tutto assente tale legame con entrambi i genitori intenzionali (Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017; e, successivamente al caso in esame, Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021). Come è noto, la questione è stata oggetto anche del primo parere consultivo reso dalla Corte ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU, su richiesta della Corte di Cassazione francese (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; cfr. 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, p. 418 ss.). Prima di soffermarci sulle specificità del caso oggetto della pronuncia in esame, pare opportuno ripercorrere, seppure in sintesi, i principi affermati in materia di filiazione da gestazione per altri nella giurisprudenza della Corte europea (cfr. S. Tonolo, "Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2015, p. 202 ss.)

I *leading cases* in materia sono da individuare nei casi ‘gemelli’ *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia* (Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65182/11, e *Labassée c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenze del 26 giugno 2014), nei quali la Corte europea si è confrontata con i ricorsi presentati dai genitori, cittadini francesi, e dai figli, in relazione al rifiuto di trascrizione degli atti di nascita rilasciati dalle autorità statunitensi attestanti il rapporto di filiazione con il padre (anche biologico) e la madre (intenzionale), in fattispecie nella quale si era fatto ricorso a gestazione per altri negli Stati Uniti. I ricorrenti lamentavano la violazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8) come conseguenza della mancata trascrizione in Francia degli atti di nascita, in quanto considerati contrari all’ordine pubblico. La Corte, partendo dalla riscontrata assenza di *consensus* tra gli Stati europei sia sulla legalità della pratica che sul riconoscimento del legame di filiazione con i genitori intenzionali (*Menesson*, par. 78), rispose in modo differenziato con riferimento alla posizione dei genitori e a quella dei figli. Quanto ai primi, non ravvisò la sussistenza di una violazione della loro *vita familiare*, ritenendo sussistente un giusto equilibrio tra gli interessi dei ricorrenti (ai quali era stato comunque consentito di vivere in Francia con i figli, come nucleo familiare) e quelli statali volti a contrastare una pratica vietata in Francia (*Menesson*, par. 94). Quanto alla posizione dei figli, invece, giunse a conclusioni diverse, stabilendo che fosse violato il loro diritto al rispetto della *vita privata*, tenuto conto in particolare dell’importanza che riveste lo *status* di figlio come elemento essenziale dell’identità personale, e dell’esigenza di tutelare il superiore interesse del minore. Nel trarre le conseguenze in relazione alle lamentate violazioni, la Corte ha valorizzato in particolar modo la sussistenza del legame biologico con il padre, ritenendo che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre biologico costituisse una violazione della vita privata dei due figli, in quanto elemento costitutivo dell’identità personale: «Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun (voir, par exemple, l’arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance» (*Menesson*, par. 100).

Alle stesse conclusioni la Corte giunge nei casi successivi, tutti promossi contro la Francia, e tutti concernenti rapporti di filiazione sorti da gestazione per altri in presenza di legame biologico con il solo padre (Corte europea dei diritti umani, *Foulon et Bouwet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e 10410/14, sentenza del 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia*, ricorso n. 44024/13, sentenza del 19 gennaio 2017). Emerge invece una maggiore ampiezza del margine di apprezzamento dello Stato in totale assenza di legame biologico con entrambi i genitori: il ricorso in questo caso originava dall’allontanamento del minore nato in Russia da gestazione per altri dai genitori (entrambi) solo intenzionali, in circostanze che risultavano peraltro in violazione anche della legge locale (Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017; cfr. O. Feraci, “Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*”, in *Cuadernos de derecho transnacional* 2015, p. 434 ss.). Non erano mancati rilievi critici circa questa impostazione, che sacrificava la continuità dello *status* familiare, facendolo dipendere dall’esistenza o meno del legame biologico (M. Gervasi, “The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, p. 213 ss.; più ampiamente, sul tema della continuità degli *status* familiari, cfr. F. Marongiu Buonaiuti, “La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti

umani di natura sostanziale: strumenti e limiti”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2016, p. 49 ss.; F. Salerno, “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law”, in *Recueil des Cours*, Vol. 395, 2019).

Dopo queste decisioni, restavano dubbi circa la legittimità del rifiuto del riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale (H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, “Reconnaissance or reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Revue critique de droit int. privé* 2015, p. 1 ss.). La prassi francese, infatti, si era adeguata nel riconoscere effetti al rapporto di filiazione con il solo padre intenzionale biologico, continuando tuttavia ad essere rifiutato il riconoscimento nei confronti della madre intenzionale, alla quale era aperta la via della adozione del figlio del marito.

2. Nell’ottobre del 2018 la *Cour de Cassation* francese, nel corso di un giudizio di riesame dell’appello presentato dai coniugi Mennesson, presentò alla Corte europea una richiesta di parere ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 16, chiedendo alla Corte di stabilire se, rifiutando la registrazione del certificato di nascita di un minore nato da gestazione per altri all’estero nei confronti della madre intenzionale, che è designata nel certificato come ‘madre legale’, e nel contempo accettando la registrazione del padre intenzionale, che è anche padre biologico, lo Stato oltrepassasse il suo margine di apprezzamento ai sensi dell’art. 8 della Convenzione. Inoltre, veniva chiesto alla Corte se dovesse distinguersi a seconda che il figlio fosse o meno concepito usando gli ovociti della madre intenzionale. Infine, in caso di risposta positiva, si chiedeva se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del marito, padre biologico, garantisca il rispetto dell’art. 8.

La Corte, in applicazione dei par. 1 e 2 dell’art. 1 del Protocollo n. 16, ha limitato il parere a quanto strettamente rilevante ai fini del caso di specie, ciò che quindi comportava di non potersi occupare della questione relativa alla madre che avesse anche donato gli ovociti (Parere cit., par. 28 e 32). La Corte si è quindi espressa solo in relazione a circostanze nelle quali i figli fossero nati da gestazione per altri, con ricorso a ovociti donati da terzi, in presenza di legame biologico col padre (cfr. 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 problema della maternità surrogata”, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2019, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); A. Di Blase, “Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell’uomo del 10 aprile 2019”, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2019, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); L. Poli, “Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri”, cit., p. 418 ss.; O. Feraci, “Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l’ordinamento giuridico italiano”, in *Osservatorio sulle fonti* 2019, p. 1 ss.; M. Sarzo, “La nuova procedura consultiva prevista dal protocollo n. 16 alla luce del primo parere della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di surrogazione di maternità”, in *Rivista di diritto internazionale* 2019, p. 1158 ss.).

La Corte prende in considerazione le varie conseguenze negative causate ai figli dal mancato riconoscimento (tra le quali, l’impossibilità di acquisire la cittadinanza della madre, l’impossibilità di ereditare, le difficoltà in caso di separazione dei genitori intenzionali), giungendo alla conclusione che l’impossibilità assoluta («l’impossibilité générale et absolue») di ottenere il riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale è incompatibile con il superiore interesse del minore (par. 42). Con riferimento al margine di apprezzamento

zamento, la valutazione complessiva delle circostanze del caso porta la Corte a ritenere che l'art. 8 richiede che la legge interna offra la possibilità di riconoscere il rapporto di filiazione con la madre intenzionale (par. 46). Sempre ad avviso della Corte, la scelta dei mezzi che lo Stato può mettere a disposizione del genitore intenzionale per consentire il riconoscimento del rapporto rientra nel margine di apprezzamento dello Stato, non essendo richiesto, ai sensi dell'art. 8, che il rapporto sia riconosciuto *ab initio* (par. 52), rendendosi necessario, *al più tardi*, quando il rapporto sia divenuto una realtà effettiva («*au plus tard lorsqu'il s'est concrétisée*») (par. 52 e 54). L'adozione da parte della madre intenzionale è giudicata dalla Corte un mezzo adeguato, a condizione che si realizzi in modo efficace ed in tempi rapidi («*l'effectivité et la célérité*») (par. 55).

Risulta di particolare interesse ai nostri fini evidenziare come la Corte, pur avendo stabilito dei precisi limiti alla portata del parere, vada oltre enfatizzando che seppure il caso di specie non concernesse l'ipotesi di una madre intenzionale che avesse anche donato gli ovociti, «*la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas*» (Parere cit., par. 47).

3. Come sopra già evidenziato, tutta la casistica precedente inerente a rapporti sorti da gestazione per altri aveva sempre riguardato rapporti di filiazione attestati da certificati di nascita esteri con la madre intenzionale in assenza di legame biologico con il figlio. Per la prima volta nel caso *D. c. Francia* (ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020 cit.) la questione si poneva invece in relazione al rifiuto del riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale che aveva donato gli ovociti, e che presentava dunque un legame biologico con la figlia nata da gestazione per altri. Il caso si prestava dunque per 'testare' la posizione della Corte su un altro tipo di 'verità biologica', quella relativa al legame genetico con la madre intenzionale.

Nel caso di specie, l'atto di nascita indicante i due genitori intenzionali quali genitori del minore nato a seguito di gestazione per altri era conforme alla legislazione ucraina (art. 123 del codice ucraino della famiglia). La coppia, in conformità all'orientamento giurisprudenziale della *Cour de Cassation* consolidato in quel momento, si vedeva rifiutare la richiesta di trascrizione in Francia, nei soli confronti della madre, principalmente in ragione del fatto che in Francia la madre è colei che ha partorito, restando tuttavia aperta la possibilità di adozione del figlio del coniuge. Entrava in gioco in particolare l'art. 47 del *code civil*, che stabilisce che gli atti di stato civile redatti in uno Stato estero fanno fede, a meno che «*cet act est irrégulier, falsifié ou que les faits qui sont déclarés ne correspondent pas à la réalité*». La fattispecie obbligava dunque a confrontarsi su quale fosse la 'realtà' rilevante, ai fini dell'applicazione della norma, in presenza di una gestazione per altri con riferimento al rapporto con la madre: se la realtà 'materiale' (che l'ordinamento francese ricollega al parto), o quella 'giuridica' (attestata dall'atto di nascita estero); dando prevalenza a quest'ultima, il *Tribunal de grande instance* di Nantes aveva accolto la domanda dei ricorrenti, rigettata poi in appello dalla *Cour d'appel* di Rennes: «*la réalité au sens de l'article précité correspondant à la réalité matérielle et factuelle et non à la réalité juridique, en l'absence de statut juridique conféré à la maternité d'intention*» (*Cour d'appel* di Rennes, 18 dicembre 2017). Da quanto si ricava nella decisione qui commentata, le autorità francesi non erano state messe a conoscenza della sussistenza del legame biologico tra la madre e la figlia, ed il caso era quindi stato trattato al pari degli altri precedenti in materia.

La Corte europea ricava dai suoi stessi precedenti che l'esistenza di un legame biologico non comporta necessariamente, per garantire il rispetto della vita privata del figlio, che il riconoscimento del rapporto di filiazione avvenga attraverso la trascrizione dell'atto di na-

scita (par. 50 e 58). E ribadisce che resta nel margine di apprezzamento degli Stati la scelta dei mezzi per consentire il riconoscimento del legame. Viene sì richiamato nella pronuncia il passaggio del parere consultivo nel quale la Corte aveva evidenziato come l'esigenza di garantire la possibilità di riconoscimento valesse *a fortiori* quando anche la madre fosse donatrice di gameti (par. 53 della decisione). Tuttavia, a differenza di quanto riscontrato con riferimento al padre intenzionale biologico (par. 49), sussistono nell'ordinamento francese *vie alternative* per ottenere il riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale biologica, consistenti in particolare nella possibilità di adottare il figlio del coniuge. Altre considerazioni legate, ad esempio, a possibili profili discriminatori tra i due genitori, sono escluse dalla Corte in quanto non fatte valere tempestivamente (v. *infra*, par. 4).

La posizione della Corte pare chiaramente influenzata dal fatto che non sta valutando la sussistenza di una violazione nei confronti della madre, ma della figlia, circostanza che dunque non comporta, a giudizio della Corte, di dover giungere a soluzioni diverse rispetto a quelle cui era giunta nel parere consultivo, indipendentemente dalla sussistenza del legame biologico o meno: ciò che rileva è la disponibilità di meccanismi rapidi ed effettivi per poter ottenere il riconoscimento (par. 63 e 64). La Corte conclude che «*l'adoption de l'enfant du conjoint constitue en l'espèce un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation*» tra la madre e la figlia (par. 70), e dunque la Francia, nel negare la trascrizione dell'atto di nascita, non ha oltrepassato il suo margine di apprezzamento (par. 71).

La sussistenza di un legame biologico con la madre non ha spinto dunque la Corte a conclusioni diverse da quelle raggiunte in relazione a fattispecie nelle quali tale legame con la madre era assente, come invece ci si sarebbe potuti aspettare, anche in ragione di quel passaggio del parere (par. 47) nel quale la Corte aveva considerato che la possibilità del riconoscimento s'imponesse *a fortiori* in presenza di utilizzo di gameti della madre (prospettavano una soluzione favorevole all'immediato riconoscimento, in caso di legame biologico, ad esempio, R. Baratta, "Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* i casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2016, p. 309 ss., pp. 328-329; L. Poli, "Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri", cit., p. 425).

Abbiamo già avuto modo di evidenziare come a conclusioni diverse la Corte sia giunta con riferimento al padre intenzionale biologico, riscontrando nel mancato riconoscimento una violazione anche in questo caso non tanto nei suoi confronti, ma della vita privata dei figli (vedi *supra*). In questo caso emergeva la valorizzazione dell'esigenza di dar conto della 'verità biologica'. La diversa conclusione a cui giunge la Corte con riferimento ad una fattispecie che presenta un legame biologico con la madre, sembra dunque risiedere, nel ragionamento della Corte, nel fatto che al padre (intenzionale biologico) l'ordinamento francese *non offriva vie alternative* (par. 49 della decisione; par. 100 caso *Menesson*), che invece sono offerte alla madre, se coniugata con il padre.

Appare altresì interessante notare come nella sentenza in commento (par. 22) si dia conto di un diverso orientamento della giurisprudenza francese (*Cour de Cassation* sentenze n. 1111 e 1112 del 18 dicembre 2019, n. 18-11815 e 18-12327), favorevole alla trascrizione integrale dell'atto di nascita anche a favore del padre intenzionale, nel caso di due coppie di uomini che avevano fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero, consentendo in questi casi la trascrizione diretta anche a favore del padre intenzionale (non biologico). Viene da pensare, dunque, che nella diversa ipotesi relativa alla madre intenzionale l'ostacolo considerato insormontabile fosse quello di non poter ritenere madre colei

che non ha generato (con il parto) il figlio: uno scontro, come sopra evidenziato, tra due diverse ‘verità’ (cfr. per analoghe considerazioni, M. Kalogirou, “Le lien génétique entre deux personnes en droit de la filiation: réalité factuelle, réalité juridique ?”, in *La Revue des Droits de l’Homme* 2020, p. 1 ss.).

4. Preme in conclusione evidenziare come la strada dell’adozione del figlio del coniuge (c.d. adozione co-parentale o *step-child adoption*), di fatto possibile solo *dopo* che sia stato riconosciuto il legame con il padre biologico, e solo a seguito dell’instaurazione di un procedimento di adozione ad iniziativa dell’adottante, non pone evidentemente sullo stesso piano le posizioni dei due genitori. Non sfuggono neppure alla Corte europea i possibili profili discriminatori di un tale assetto normativo: riferendosi allo stato attuale del diritto interno francese, la Corte riconosce che esso crea una *differenza di trattamento* tra il padre intenzionale biologico, e la madre d’intenzione, madre genetica, quanto allo stabilimento del legame di filiazione (par. 61). Tuttavia, il ricorso non aveva ad oggetto tale censura: i ricorrenti avevano infatti fatto valere tale profilo solo successivamente attraverso delle osservazioni complementari, qualificando come discriminatoria la differenza di trattamento tra il padre e la madre. Dal momento che tale censura non era stata sollevata neppure davanti alle autorità e ai giudici francesi, che anzi non erano stati neppure informati dell’esistenza del legame biologico con la madre, la Corte considera irricevibile tale motivo di ricorso (par. 81 e 82). Viene invece esclusa una discriminazione, ai sensi dell’art. 14 della Convenzione, in ragione della differenza di trattamento tra figli nati all’estero da gestazione per altri e altri figli nati all’estero con tecniche diverse (par. 84-89 della decisione; vedi anche Corte europea dei diritti umani, *C. c. Francia* e *E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e n. 17348/18, sentenza del 12 dicembre 2019).

Sembra a chi scrive che la differenza di trattamento, avallata dalla giurisprudenza della Corte europea, tra le posizioni dei due genitori, in particolare quando entrambi siano anche genitori ‘genetici’, non possa trovare alcuna giustificazione neppure tenendo conto dello scopo, considerato legittimo dalla Corte (par. 44), di scoraggiare il ricorso a tali pratiche, vietate in Francia. Da questo punto di vista, la soluzione adottata dalla Corte fin dal caso *Mennesson*, in relazione alla lamentata violazione del diritto alla vita familiare dei due genitori li pone sullo stesso piano: negando per entrambi la sussistenza di una violazione dei loro diritti (vedi *supra*, par. 1). Appare invece irragionevole la differenza di trattamento che si viene a creare, come sopra evidenziato, in relazione alla violazione dell’art. 8 nei confronti della figlia nel riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale biologica. In assenza di variazioni nell’assetto normativo (o giurisprudenziale) interno, non sembra da escludere la prospettiva di eventuali ricorsi futuri promossi dalla madre intenzionale biologica, che lamenti una discriminazione rispetto alla posizione del padre intenzionale biologico.

Nel parere consultivo la Corte si riferiva all’esigenza di riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale «al più tardi» quando il rapporto si fosse «concretizzato» («concretisée»): con ciò presupponendo che potesse sussistere un lasso di tempo intermedio nel quale il mancato riconoscimento non costituisse necessariamente una violazione. Ciò potrebbe trovare fondamento nella circostanza che, in assenza di legame biologico, è il rapporto *de facto* che viene ad essere tutelato: che quindi potrebbe necessitare di un certo lasso di tempo per la sua concretizzazione (cfr. da ultimo Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021, par. 59-62). Il lungo periodo nel quale si era consolidato il rapporto tra la madre ed i figli nati da maternità surrogata è stato alla base, ad esempio, di una decisione

favorevole al riconoscimento dello *status* mediante trascrizione dell'atto di nascita a conclusione della lunga vicenda nel caso della famiglia Mennesson (cfr. *Cour de Cassation*, 4 ottobre 2019, n. 10-19053). Anche in tale ottica la sussistenza di un legame genetico con il figlio potrebbe invece portare a conclusioni diverse, non richiedendo di attendere alcuna concretizzazione *de facto* del legame. In tal caso si potrebbe allora pensare di eliminare quella discrasia temporale che necessariamente si crea imponendo alla madre di ricorrere all'adozione. Ancora, la soluzione che passa dall'adozione co-parentale non è sempre percorribile. In questi casi, anche con riferimento al legame materno, la soluzione non potrà che essere analoga a quella seguita per il padre biologico, favorevole al riconoscimento diretto: si pensi all'ipotesi di una madre *single*, donatrice degli ovociti, che faccia ricorso all'estero a gestazione per altri con donatore di gameti maschili anonimo. Nel caso di padre *single* la Corte europea ha già adottato la soluzione favorevole all'immediato riconoscimento (Corte europea dei diritti umani, *Foulon et Bouvet c. Francia*, ricorsi n. 9063/14 e n. 10410/14, sentenza del 21 luglio 2016); non si vedono motivi per giungere a conclusioni diverse con riferimento alla madre.

Gli ordinamenti che vietano il ricorso alla maternità surrogata lo fanno per fini più che legittimi, ed è altrettanto comprensibile l'orientamento che miri a scoraggiare il ricorso a tali pratiche all'estero, in particolare laddove non vi siano garanzie minime di tutela della gestante, e del neonato, contro pratiche di sfruttamento economico o altri abusi. Vi è da chiedersi, tuttavia, se, anche in tale ottica, continui ad avere senso precludere il riconoscimento diretto alla madre intenzionale, a maggior ragione in presenza di un legame genetico, quando tale riconoscimento diretto è garantito invece al padre. Tale riconoscimento andrebbe indubbiamente a vantaggio del figlio, che non ha scelto con quale modalità nascere. Imporre la procedura dell'adozione potrebbe, ad esempio, creare problemi nel caso di crisi della coppia antecedente all'adozione stessa. È appena il caso di accennare all'idea che si fa strada da tempo che debbano essere altre le vie da intraprendere per ostacolare il ricorso a pratiche che si scontrano con alcuni principi fondamentali comuni a molti ordinamenti, agendo a monte, non a valle del fenomeno (cfr. i lavori attualmente in corso in materia in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, [www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy](http://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy)). Ma nel frattempo, è crescente l'esigenza di porre chiarezza sullo *status* giuridico dei nati da gestazione per altri.

Possiamo qui soltanto limitarci a ricordare come da critiche analoghe non vada esente, ad oggi, il nostro ordinamento che, con riferimento al riconoscimento di rapporti di filiazione derivanti da gestazione per altri all'estero, fornisce soluzioni differenziate tra la posizione del padre biologico (per il quale è solitamente ammessa la trascrizione dell'atto di nascita estero), da quella del genitore intenzionale (uomo o donna), cui è aperta unicamente la via dell'adozione in casi particolari (cfr. Corte costituzionale sentenza del 9 marzo 2021, n. 33; Corte di cassazione (sezioni unite civili), sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193). Non è al momento chiaro come il nostro ordinamento si ponga in merito alla questione del riconoscimento del rapporto in circostanze analoghe al caso *D. c. Francia*, cioè in presenza di legame biologico con la madre donatrice di ovociti con il figlio nato da gestazione per altri. È tuttavia il caso di osservare che proprio la valorizzazione dell'importanza del legame genetico è stato alla base del riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione con la madre intenzionale che presentava anche un legame biologico con il figlio, pur non essendo la gestante: il caso riguardava una coppia di donne che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa di gameti maschili in Spagna e chiedeva l'iscrizione anagrafica in favore di entrambe le madri risultanti dall'atto di nascita spagnolo (Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599; cfr. O. Feraci, "Ordine pubblico e riconoscimento

in Italia dello status di figlio ‘nato da due madri’ all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016”, in *Rivista di diritto internazionale* 2017, p. 169 ss.). La Cassazione ha escluso che il principio che riconduce la maternità esclusivamente alla gestazione e al parto (art. 269, comma 3, cod. civ.) costituisca un principio fondamentale di rango costituzionale, e che possa assurgere a principio di ordine pubblico (Corte cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, par. 11.1; principio confermato da ultimo da Corte di cassazione, sentenza 23 agosto 2021, n. 23319). In particolare in presenza di legame biologico, potrebbe dunque cadere, in funzione di tutela dell’interesse del figlio alla continuità dello *status* acquisito all’estero, l’ostacolo al riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale e biologica anche in presenza di rapporto sorto mediante ricorso a gestazione per altri all’estero: al pari di quanto già avviene a favore del padre biologico (in senso favorevole alla trascrizione si riporta un caso deciso dal Tribunale di Agrigento, 12 aprile 2017, consultabile su [www.rivistafamiglia.it](http://www.rivistafamiglia.it)). Occorre infatti ricordare come la stessa Corte costituzionale non abbia mancato di puntualizzare, proprio in relazione a una fattispecie concernente un rapporto di filiazione sorto da gestazione per altri, l’inadeguatezza dell’attuale disciplina della adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d), legge 4 maggio 1983 n. 184) rispetto alle esigenze di tutela dei figli, con riferimento al genitore intenzionale (Corte costituzionale, sentenze del 9 marzo 2021, n. 33, cit., par. 5.8 e 5.9). Tra gli aspetti messi in evidenza dalla Corte pare utile menzionare proprio le difficoltà che possono riscontrarsi nell’ottenere il consenso (necessario) del genitore biologico, nel caso di crisi della coppia antecedente alla domanda di adozione (cfr. par. 5.8 della pronuncia; nello stesso senso cfr. anche Corte Costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 32, avente ad oggetto una fattispecie nella quale la madre intenzionale non poteva adottare il figlio, nato in Italia a seguito di fecondazione eterologa praticata all’estero, a causa del mancato assenso della madre biologica).

Olivia Lopes Pegna\*

**ABSTRACT. Mater (Non) Semper Certa Est! The Impasse of the European Court of Human Rights on the Biological Truth in D. vs. France Case**

In *D. vs. France* the European Court of Human Rights ruled for the first time on a case concerning the recognition of the legal relationship between a child born through a surrogacy agreement abroad and the intended mother who was also the donor of the eggs. Notwithstanding the biological link between the intended mother and the child, the Court did not reach a conclusion similar to the one previously applied with regard to the intended biological father (in *Mennesson vs. France* and *Labasse vs. France*), and ascertained that France had not overstepped its margin of appreciation in refusing to record the Ukrainian birth certificate, provided that it was possible for the mother to obtain recognition of the legal relationship with other means: namely, step-child adoption. The paper focuses on the main consequences of this decision, in particular on the possible discriminatory effects between intended (and biological) parents.

*Keywords:* European Court of Human Rights; surrogacy; biological parent; intended parent; discrimination; best interests of the child.

\* Professore associato di diritto internazionale nell’Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze giuridiche, Via delle Pandette, 32 – 50127 Firenze, [olivia.lopespegna@unifi.it](mailto:olivia.lopespegna@unifi.it).