

## Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore

Roberto Baratta\*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. L’orientamento negativo di alcune legislazioni europee rispetto alle procreazioni per conto altrui. – 3. L’aggiramento dei divieti legislativi tramite le tecniche di riconoscimento. Il limite dell’ordine pubblico internazionale. – 4. L’incidenza dei diritti fondamentali sulla disciplina della surrogazione internazionale: le aperture della Corte europea dei diritti dell’uomo. – 4.1. Le fattispecie. – 4.2. L’approccio della Corte europea. – 4.3. Il rispetto del diritto alla vita familiare. – 4.4. Il rispetto del diritto alla vita privata del minore. – 5. Cenni alla giurisprudenza nazionale. – 6. Riflessioni ricostruttive e conclusive.

### 1. Profili introduttivi

In molti ordinamenti giuridici la disciplina delle relazioni familiari è espressione di basilari principi etici. Al contempo, le scelte normative statali sono sempre più destinate a confrontarsi con il rispetto dei diritti fondamentali degli individui come definiti da fonti e giurisdizioni *esterne* al foro. Ne derivano in taluni casi delicati problemi di armonizzazione, se non momenti di acuta tensione, tra norme (e valori sottostanti) interne e internazionali. Al riguardo, la filiazione ottenuta in paesi terzi mediante procreazione per conto altrui o, secondo una comune terminologia, sostituzione o surrogazione di maternità, è un terreno di analisi cruciale. L’esame di queste fattispecie mostra, ancora una volta, che le fonti esterne influenzano il modo d’essere dell’ordinamento interno e, in particolare, del sistema di diritto internazionale privato che si forgia in funzione protettiva dei diritti umani. Così facendo, le fonti esterne innestano processi di *ravvicinamento* dei valori di riferimento e, conseguentemente, di *circolazione* internazionale dei modelli familiari<sup>1</sup>.

L’analisi seguente si svolge essenzialmente sul piano dei diritti fondamentali, avendo sullo sfondo recenti tendenze pretorie. In effetti, rispetto a fenomeni assai

\* Professore ordinario di Diritto internazionale e dell’Unione europea nell’Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Scienze politiche, della Comunicazione e delle Relazioni internazionali, Via Don Minzoni, 22/A – 62100 Macerata, roberto.baratta@unimc.it. Testo riveduto della relazione svolta nell’ambito dell’Incontro di studio su “Genitorialità problematiche acquisite all’estero”, tenuto nell’Università di Catania il 9 dicembre 2015.

<sup>1</sup> Si tratta di tendenze rilevate nei nostri scritti “Verso la ‘comunitarizzazione’ dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, p. 573 ss.; “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, in *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, vol. 348, 2010, p. 253 ss., p. 393 ss. (con riferimento a pubblicazioni precedenti).

delicati sul piano etico è la giurisprudenza a fornire, come in passato, impulsi verso l'inquadramento giuridico di figure genitoriali inedite nell'ordinamento civilistico. Avendo separato gestazione del feto e genitorialità biologica, la scienza medica ha creato fattori di generazione della vita a volte sconosciuti ai sistemi giuridici nazionali e in cui la classica bi-genitorialità lascia spazio a genitorialità pluri-me o potenzialmente tali. Per contro, il *jus scriptum* fatica a rispondere alla dinamicità (spesso caotica) di una casistica che imporrebbe invece riforme in chiave attualizzante, capaci di *contenere* le nuove realtà familiari<sup>2</sup>, posto che dovrebbe esserci un certo grado di correlazione tra diritto e società. Se ciò non accade per via normativa, è compito dell'operatore del diritto provvedervi, ove possibile, per via interpretativa.

In misura meno sorprendente di quanto possa sembrare, ai processi evolutivi dell'ordinamento contribuiscono molto meno i meccanismi nazionali di conflitto e di riconoscimento di norme o *status* familiari acquisiti all'estero. Essi, infatti, riflettendo una particolare relazione di contiguità e continuità con i principi etici del foro, possiedono le difese naturali per impedire l'ingresso di valori estranei con essi inconciliabili. Assai più incisivo, in un'ottica di circolazione dei modelli familiari, è invece il contributo – non sempre peraltro attentamente considerato dalla dottrina specialistica – che proviene dal *test* di compatibilità con i diritti fondamentali protetti da strumenti internazionali cui quei meccanismi sono inevitabilmente soggetti, al pari di qualunque altro settore del diritto interno.

È peraltro inevitabile, e per certi versi comprensibile, che a fronte di processi evolutivi tendenti a interferire con principi etici interni – teoricamente suscettibili di *reductio ad unum* tramite accordo internazionale<sup>3</sup> – si profilino timori di *contaminazione* dell'ordinamento nazionale. Né sorprendono i commenti critici che

<sup>2</sup> Si rammenti che il Consiglio d'Europa, in documenti giuridicamente non vincolanti, si è attenuto a posizioni alquanto restrittive in tema di maternità surrogata. Nel Libro Bianco del 2001 si era attestato sul tradizionale principio della procreazione secondo cui «the woman who gave birth to the child is considered in law as the mother» (cfr. il documento redatto dal comitato di esperti in diritto di famiglia “White Paper on principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage” (CJ-FA (2001) rev). Un documento, pubblicato nel 1989 del Comitato di esperti sui progressi delle scienze biomediche, aveva stabilito una serie di principi sulla maternità surrogata incentrati sul divieto di ricorrere a pratiche di procreazione assistita in virtù di contratti o accordi. Tuttavia, in casi eccezionali previsti dal diritto interno, pratiche di fecondazione di madre in sostituzione erano reputate ammissibili solo al di fuori di schemi contrattuali e a condizione: «a) que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et b) que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant» *Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe* (CAHBI).

<sup>3</sup> Sulle prospettive di armonizzazione, per via normativa, del diritto privato della famiglia, cfr. in generale W. VAN GERVEN, “Harmonization of Private Law: Do we need it?”, in *Common Market Law Review* 2004, p. 505 ss. Riguardo poi alla specifica possibilità di individuare un approccio unitario rispetto al tema della sostituzione internazionale di maternità le ipotesi prospettabili sono assai diverse (G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution*, Strasbourg, 2015, *passim*), riflettendo ciascuna di esse i molti modi d'essere degli ordinamenti statali a proposito di questo fenomeno.

talora l'evoluzione giurisprudenziale suscita. Invero, interrogativi di notevole spessore etico, morale, filosofico e religioso si profilano quando una pluralità di figure adulte, a volte in conflitto l'una con l'altra, aspira al possesso dello stato di genitore sul medesimo neonato da madre surrogata. In punto di diritto, conviene ribadirlo, in assenza di norme scritte, l'interprete è chiamato a prospettare ricostruzioni concettuali idonee a rispondere a una discutibile realtà sociale e medico-scientifica assai dinamica e tuttora in divenire.

Come accennato, la chiave di lettura qui suggerita si muove lungo il filo conduttore della protezione dei diritti fondamentali<sup>4</sup>. Residuale è invece la valenza del diritto internazionale privato che è destinato a rimodellarsi in funzione di tale protezione. La giurisprudenza più recente sembra confermare un approccio interpretativo già prospettato altrove: nel diritto internazionale della famiglia e dello *status filii* in particolare, le aporie tra principi e sottostanti esigenze etiche sono componibili in funzione di un *point de repère* costituito dall'interesse superiore del minore concretamente considerato nelle singole fattispecie<sup>5</sup>. Ne è ulteriore prova l'*emprise* della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di riconoscimento nel foro di *status filii* legalmente perfezionato all'estero in casi di maternità surrogata. Alla giurisprudenza internazionale, dunque, e per brevità ad alcuni richiami selettivi a quelle nazionali, occorre volgere l'attenzione (paragrafo 4), dopo aver accennato alle legislazioni più restrittive statali, *in primis* alla normativa italiana (paragrafo 2), e alle tecniche internazionali/privatistiche applicabili (paragrafo 3). Al termine sarà svolta una serie di riflessioni ricostruttive e conclusive (paragrafo 5).

## **2. L'orientamento negativo di alcune legislazioni europee rispetto alle procreazioni per conto altrui**

Il modo d'essere dell'ordinamento italiano è molto negativo rispetto alla procreazione per conto altrui. Se è vero che la Corte costituzionale ha rimosso i divieti di fecondazione assistita eterologa<sup>6</sup>, per contro essa non si è pronunciata sul divieto, penalmente sanzionato, di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, par. 6, della legge 40/2004: «Chiunque ... realizza, organizza o pubblicizza la commer-

<sup>4</sup> Per un'impostazione completamente diversa da quella proposta e fondata sul fatto che i diritti fondamentali sarebbero garantiti in funzione, propria dei conflitti di leggi, dei metodi di coordinamento tra ordinamenti, v. G. ROSSOLILLO, "L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale* 2007, p. 1045 ss.

<sup>5</sup> V. il nostro "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", cit., p. 393 ss.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2014, n. 162, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). G. FERRANDO, "Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa", in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2014, p. 393 ss.; C. CAMPIGLIO, "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri costituzionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2014, p. 481 ss.

cializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»<sup>7</sup>. La *ratio legis*, tendente a impedire la diretta costituzione in Italia di rapporti di filiazione sorti da sostituzione di maternità, è volta a ostacolare in radice una pratica assai variegata che può dar luogo anche a sei figure *lato sensu* parentali<sup>8</sup>. La scienza medica ha ormai dissociato la gestazione materna dalla genitorialità biologica, permettendo (sembrerebbe) addirittura di creare, tramite fecondazione in vitro, un legame genetico anche con l'adulto sterile<sup>9</sup>. Comunque, per quanto articolata possa rivelarsi negli sviluppi pratici, la relativa fenomenologia è destinata a ricadere nella sfera d'applicazione del divieto.

Sul piano giuridico, l'esistenza di una pluralità di figure fattualmente o potenzialmente genitoriali è causa di numerose criticità. E l'Italia non è certamente isolata nel contrastare la maternità per surrogazione. In estrema sintesi, in molti paesi europei essa è vietata e, a volte, penalmente perseguita (Francia e Svizzera). In altri è in principio autorizzata se compatibile con certe condizioni predeterminate

<sup>7</sup> La dottrina civilistica sul punto è ampia. Per una rigida ricostruzione della disposizione che racchiude interamente il fenomeno v. M. FACCIOLI, "Procreazione medicalmente assistita", in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Sex. Civ.)*, Aggiornamento, Torino, 2007, p. 1051 ss., p. 1071-1072.

<sup>8</sup> Per rendersi conto dell'estrema complessità fattuale del fenomeno (e i dubbi etici correlati), conviene ricordare che la fattispecie più frequente riguarda il caso di una donna che dona i suoi ovociti e conduce la gravidanza per conto di altra donna sterile alla quale si impegna (o si obbliga per contratto) ad affidare il neonato alla nascita. Al bambino si collegano quindi almeno due figure femminili: la gestante e la persona che intende, alla nascita, provvedere all'esercizio della responsabilità genitoriale (la *mère d'intention* o *intended mother* o, in taluni Stati, *legal mother*). In ipotesi, vi può essere anche una terza figura femminile legata geneticamente al neonato quando la donatrice di ovociti non coincida con la gestante; essa è però spesso destinata nella prassi a restare anonima. Usualmente la maternità di sostituzione presuppone, dunque, un procedimento di fecondazione assistita ottenuta con materiale genetico (i gameti) di un uomo che è, di regola, il coniuge o il partner di donna sterile. Sul versante maschile, il numero dei soggetti collegati alla nascita da surrogazione materna si accresce qualora il materiale genetico sia fornito da un terzo donatore che nella pratica resta, peraltro, spesso ignoto. Il quadro fattuale e giuridico si complica in caso di surrogazione di maternità realizzata a favore di coppie di sesso femminile (peraltro poco frequente), ossia quando una donna terza conduca la gravidanza ottenuta tramite inseminazione artificiale da ovociti forniti da un soggetto della coppia omosessuale e da gameti provenienti da donatore anonimo. In quest'ultimo caso, il bambino è collegato a due figure femminili – la donna che ha fornito gli ovociti e la donna che ha condotto la gravidanza – mentre non possiede alcun legame gestazionale, né genetico con l'altra donna che compone la coppia; il legame genetico con il donatore maschile si perde quando questi resta sconosciuto. Da ultimo, giova ricordare che è invalsa una prassi (non frequente) di maternità surrogate per conto di coppie omosessuali di sesso maschile. Nell'insieme dunque, possono esservi, da un lato, fino a tre figure femminili (la gestante, la donatrice di ovuli e l'aspirante genitrice sociale); dall'altro, fino a tre figure maschili (il coniuge della gestante, se esistente, il padre genetico e l'aspirante genitore coniuge o compagno del soggetto che intende esercitare la relazione genitoriale); in argomento v. C. HAUSAMMANN, N. HITZ QUENON, "Maternité de substitution: la perspective des droits humains", in *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH du 11 mai 2014*, p. 2.

<sup>9</sup> Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, No. 10 of March 2012, p. 4.

dalla legge e sostanzialmente rispondenti all'esigenza che la surrogazione persegua un fine altruistico e non commerciale (Olanda e Regno Unito). In altri Stati è tollerata (Belgio e Polonia). In altri ancora è commercialmente sfruttata da società specializzate che prestano attività di intermediazione a fini di lucro tra le parti interessate (Georgia, Russia e Ucraina). Vale infine la pena ricordare che la maternità surrogata è autorizzata in vari Stati nord americani in cui, a volte, è peraltro oggetto di sfruttamento commerciale<sup>10</sup>.

### 3. L'aggiramento dei divieti legislativi tramite le tecniche di riconoscimento. Il limite dell'ordine pubblico internazionale

Poiché i divieti legislativi che colpiscono la maternità per sostituzione, incluse le eventuali sanzioni penali, producono effetti territoriali<sup>11</sup>, salvo i casi in cui l'alterazione dello stato civile sia reiterata nello Stato di riconoscimento, si è sviluppata la pratica di recarsi negli Stati in cui la gestazione per conto altrui è lecita; spesso si privilegiano quelli in cui gli *intended parents* sono considerati a tutti gli effetti, automaticamente o tramite accertamento giudiziale, come i genitori del neonato. È evidente, infatti, che i divieti statali si scontrano, nella realtà sociale, con un incompressibile desiderio di genitorialità che dà luogo a una *domanda* di madri surrogate e a un *mercato* mondiale stimabile in circa 20.000 nascite all'anno<sup>12</sup>. È superfluo notare l'estrema delicatezza sociale, oltre che giuridica, del fenomeno e i forti dubbi etici che esso solleva se il fatto procreativo è oggetto di *sfruttamento mercatorio* della povertà altrui e di mercimonio del corpo umano o di materiale genetico.

In punto di stretto diritto, la c.d. surrogazione internazionale pone *in primis* questioni di *conflitti tra ordinamenti nei rispettivi valori di riferimento*, là dove gli interessati costituiscano un valido rapporto di filiazione all'estero per chiederne, in un momento successivo, il *riconoscimento* nello Stato di cittadinanza o in quello in cui risiedono abitualmente, al fine ultimo di aggirare le restrizioni ivi imposte. Si noti che, dal punto di vista dell'ordinamento statale, si tratta di verificare

<sup>10</sup> Cfr. Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, cit., p. 9 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2012, *passim*; M. WELLS-GRECO, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, The Hague, 2015, *passim*; riguardo all'Australia v. A. STUMCKE, "Extraterritoriality and Surrogacy: The Problem of State and Territorial Moral Sovereignty", in *Surrogacy, Law and Human Rights*, P. GERBER, K. O'BYRNE (eds), London and New York, 2015, p. 65 ss. e per gli Stati Uniti R. STORROW, "Surrogacy: American Style", *ivi*, p. 193 ss.

<sup>11</sup> Cfr. la giurisprudenza (tendente a escludere il reato di alterazione di stato civile quando l'atto è formato all'estero in base alla *lex loci*) menzionata da B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2015, p. 160 e le considerazioni critiche degli autori.

<sup>12</sup> Segnalano un 'mercato' in forte crescita il rapporto della Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, cit., p. 8 e C. HAUSAMMANN, N. HITZ QUENON, *op. loc. cit.*, che pongono in evidenza come la domanda venga in particolare da coppie omosessuali.

*non* (come a volte si ritiene) se sussistano i presupposti per accertare e costituire direttamente nello Stato, determinandone gli effetti tramite norma tradizionale di conflitto, un rapporto di filiazione che trae origine da maternità surrogata. L'esito sarebbe ovviamente negativo in Italia e nei Paesi che vietano in assoluto tale tipologia di maternità. A prescindere dalle implicazioni penali, si potrebbe affermare, in casi del genere, che la normativa interna sia da concepirsi (in ragione dei valori preminenti del foro di cui si dirà *infra*) quale disciplina di *applicazione necessaria*, suscettibile di impedire *a priori* il rinvio a leggi straniere.

In realtà, come la prassi evidenzia, si pone piuttosto il problema di valutare se sia possibile riconoscere, nel foro, il rapporto di filiazione validamente costituito in uno Stato terzo e, se del caso, procedere alla trascrizione dell'atto di nascita nei pubblici registri di stato civile. Naturalmente, ogni sistema di conflitto possiede le proprie soluzioni in tema di attribuzione di forza giuridica nel foro a decisioni o atti stranieri, al fine di pervenire a un risultato coordinato con lo Stato d'origine. Si tratta di tecniche, alternative rispetto a quelle di localizzazione spaziale della fattispecie, che mirano a superare le antinomie tra singoli ordinamenti<sup>13</sup>.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, si applicano i *meccanismi di riconoscimento*, previsti dalla legge n. 218/1995, che presiedono al coordinamento del foro con situazioni giuridiche soggettive validamente esistenti all'estero. Al riguardo, è prospettabile il ricorso ad almeno tre soluzioni normative, esplicite o implicite, nel nostro sistema di diritto internazionale privato. Si allude, in sintesi, alle tecniche di riconoscimento, automatico o in virtù di accertamento giudiziale in caso di contestazione, del rapporto di genitorialità in situazioni di maternità surrogata e, in definitiva, alla trascrizione in Italia dei provvedimenti certativi perfezionati all'estero. Si pensi, anzitutto all'art. 33 della legge di riforma, intesa quale norma di riconoscimento automatico di filiazioni costituite all'estero<sup>14</sup>; poi, agli

<sup>13</sup> Si rinvia al nostro, "La reconnaissance", cit., p. 271.

<sup>14</sup> In linea con un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che si ritiene non superato – almeno non integralmente – dalla legge di riforma n. 218/1995, l'art. 33, par. 1, della stessa legge (inclusivo del rinvio oltre se accettato e volto a consentire lo stabilimento della filiazione *ex art.* 13, terzo comma) potrebbe ricevere applicazione quale norma di rinvio a un ordinamento straniero che permette il *riconoscimento automatico* nel foro delle situazioni giuridiche di filiazione validamente costituite nello Stato estero di nazionalità del minore o, se più favorevole, di nazionalità di uno dei genitori. Su tale disposizione cfr. S. BARIATTI, "Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti nel nuovo *jus commune* italiano", in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per G. Broggin*, Milano, 1996, p. 29 ss.; R. LUZZATTO, "Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano", in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXI, Milan, 1997, p. 81 ss., in part. p. 95 s.; P. PICONE, "Sentenze straniere e norme italiane di conflitto", in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, P. PICONE (a cura di), Padova, 1998, p. 483 ss.; per ulteriori riferimenti e rilievi R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 104 ss., e di recente le originali osservazioni complessive sugli articoli 64-66 di L. SCAFFIDI RUNCELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012, p. 278 ss. È superfluo sottolineare che il ricorso all'art. 33 si giustificerebbe in base alla qualificazione di tali vicende quali attinenti *lato sensu* alla filiazione.

articoli 65 e 66 della stessa legge<sup>15</sup>; e infine, a certe condizioni, all'art. 64 per i casi di *international surrogacy* relativi a minori nati da un genitore biologico italiano accertati con sentenza straniera<sup>16</sup>.

Peraltro, le tecniche richiamate incontrano il comune ostacolo rappresentato dall'eccezione di ordine pubblico internazionale. In breve, se le persone che invocano il riconoscimento dello *status filii*, validamente costituito all'estero, sono cittadine straniere, il limite dell'ordine pubblico internazionale potrebbe operare nel senso che l'insieme dei principi fondanti l'intero assetto ordinamentale in materia di filiazione – incluso il divieto di surrogazione di maternità e l'attribuzione della stessa alla donna partoriente (art. 269, comma 3, c.c.) – si elevi a ostacolo insuperabile dai valori normativi esterni con esso incompatibili<sup>17</sup>. Nel caso poi di surrogazione assistita che abbia determinato la nascita di un neonato affidato a una coppia omosessuale al termine della gestazione, si potrebbe ulteriormente sostenere la contrarietà con i principi dell'ordinamento italiano che, in materia di filiazione, si riferiscono espressamente alle figure di madre e di padre, se non anche, in termini ancor più ristretti, di marito e moglie (art. 231 ss. c.c.). Naturalmente, il limite dell'ordine pubblico potrebbe *ritrarsi* in caso di surrogazione

<sup>15</sup> Similmente potrebbe rendersi applicabile l'art. 65 della legge di riforma che è il frutto, come accennato, della parziale codificazione di un orientamento giurisprudenziale e dottrinale anteriore alla stessa legge (P. ZICCARDI, "Considerazioni sul valore delle sentenze straniere", in *Rivista di diritto internazionale* 1954, p. 489 ss.; G. GAJA, "Sentenza straniera non deliberata e diritto internazionale privato", in *Rivista di diritto internazionale* 1964, p. 409 ss.; R. LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, p. 151 ss.; P. PICONE, *Norme di conflitto speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiali*, Napoli, 1969, p. 146 ss.; Id., *La capacità matrimoniale dello straniero divorziato*, Napoli, 1970, *passim*; Id., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, p. 59 ss.; Id., "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 197, 1986, p. 119 ss.). Invero, secondo tale disposizione, a seguito di accertamento giudiziario (e dunque non automaticamente in virtù del funzionamento di una norma di conflitto), possono essere dichiarati efficaci in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone o all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità, quando tali provvedimenti siano stati pronunciati dalle autorità dello Stato straniero la cui normativa è richiamata dalle norme della legge n. 218 (e dunque nella specie dall'art. 33, par. 1) o producano effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. Analogamente dispone l'art. 66 qualora il provvedimento da riconoscere abbia natura di atto di volontaria giurisdizione.

<sup>16</sup> Qualora infine non ricorresse la condizione di cui all'art. 65 (e dunque l'atto da riconoscere non fosse stato pronunciato dalle autorità dello Stato la cui normativa è richiamata dall'art. 33, par. 1 ovvero non abbia efficacia nel medesimo Stato), si potrebbe rendere operante l'art. 64 della legge n. 218/1995. La disposizione sarebbe inevitabilmente applicabile riguardo a fattispecie di maternità surrogata concernente minori nati da un genitore biologico italiano. L'interesse ad applicare tale disposizione deriva dal fatto che i requisiti di riconoscimento prescindono dal controllo sulla legge applicabile come definita dal nostro sistema sui conflitti di legge.

<sup>17</sup> In questa prospettiva, traendo spunto da alcuni orientamenti giurisprudenziali interni, v. B. BAREL, "La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013", in *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 261 ss., pp. 282-283.

frutto di accordo tra persone non aventi la cittadinanza italiana, in ragione dunque della particolare condizione di estraneità della fattispecie rispetto al foro<sup>18</sup>.

A una conclusione di contrarietà con l'ordine pubblico internazionale si perverrebbe poi se fossero cittadine italiane una o entrambe le persone (uomo e donna, coniugate o non) ricorrenti ai sensi dell'art. 64 della legge n. 218/1995; si pensi all'ipotesi in cui uno dei due individui sia il genitore biologico e dunque l'azione sia volta a richiedere il riconoscimento del rapporto di genitorialità validamente costituito all'estero. La fattispecie presenterebbe un legame ancor più intenso con il foro rispetto all'ipotesi, sopra considerata, di coppia eterosessuale di nazionalità straniera. In effetti, il divieto di maternità surrogata e i valori etico-normativi sottostanti, elevati a principio di ordine pubblico internazionale, impedirebbero *a fortiori*, in virtù di tale più intenso legame, il riconoscimento nel foro delle situazioni giuridiche familiari costituite all'estero. Inoltre, in caso di apolidia di minore nato da surrogazione di maternità con materiale genetico estraneo alla coppia richiedente il riconoscimento, le autorità italiane potrebbero respingere l'azione di riconoscimento dello *status*, dichiarare la condizione di abbandono del minore e dunque il suo stato di adottabilità<sup>19</sup>. Una conseguenza del genere si è effettivamente verificata nel caso *Paradiso e Campanelli*, di cui *infra*, e in una vicenda decisa recentemente dalla Corte di cassazione<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Si allude alla teoria dell'*Inlandsbeziehung* o dell'*ordre public de proximité*: cfr. A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 239, 1993, p. 47 ss.; P. COURBE, "L'ordre public de proximité", in *Le droit international privé: esprit et méthode*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 227 ss. (e la nota sentenza della Corte di cassazione francese, del 17 aprile 1953, in *Revue critique de droit international privé* 1953, p. 412 nel caso *Rivière*); P. PIRRONE, "L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo", in *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), XVIII Convegno SIDI, Napoli 13-14 giugno 2013, Napoli, 2014, p. 147 ss. Critico rispetto all'ordine pubblico attenuato è invece F. MOSCONI, "Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 217, 1989, p. 28 ss.

<sup>19</sup> B. BAREL, "La filiazione", cit., p. 287 s., il quale tuttavia auspica l'intervento del legislatore, riconoscendo che si profila un delicato contrasto tra interesse del minore e principi dell'ordinamento italiano nel caso in cui il rapporto di filiazione si sia consolidato nel tempo.

<sup>20</sup> Cfr. Corte di cassazione, sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata* 2015, con nota di C. BENANTI, "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore", p. 235 ss. (riguardo a un caso di maternità surrogata avvenuta in Ucraina con materiale genetico totalmente estraneo alla coppia italiana che chiedeva il riconoscimento della certificazione straniera).

#### 4. L'incidenza dei diritti fondamentali sulla disciplina della surrogazione internazionale: le aperture della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'interferenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul diritto internazionale privato della famiglia è ormai un fatto certo<sup>21</sup>. La Corte, da non poco tempo, non mostra particolare deferenza verso i sistemi nazionali sui conflitti di leggi considerati *lato sensu*, non potendosi desumere argomenti convincenti dalla presunta neutralità dei suoi metodi di coordinamento tra leggi o ordinamenti. Era quindi prevedibile che la Corte stessa – confrontando tale disciplina con gli obblighi convenzionali al pari di qualunque altro settore del diritto interno – dovesse pronunciarsi sugli orientamenti statali restrittivi che impediscono il riconoscimento di *status* di filiazione derivanti da maternità surrogata. Ciò, in effetti, si è verificato nelle sentenze *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*, rese entrambe nel 2014<sup>22</sup>. La successiva sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, pronunciata nel 2015 – pur negli interrogativi etici che pone e nelle sue peculiarità giuridiche, date soprattutto dai tentativi di alterazione degli atti di stato civile – presenta varie assonanze con i principi stabiliti dalla Corte europea nelle prime due decisioni<sup>23</sup>. La sentenza, conviene ricordarlo, non è definitiva.

##### 4.1. Le fattispecie

I ricorsi individuali contro il Governo francese riguardavano la situazione di persone eterosessuali coniugate, le quali, a causa dell'infertilità della donna, avevano stipulato in Minnesota e California accordi di surrogazione, validi e soggetti a controllo giurisdizionale in base al diritto locale. Una sentenza aveva loro permesso di divenire negli Stati Uniti *legal parents* di una bambina (caso *Labassee*) e di una coppia di gemelli (caso *Menesson*). Gli accordi di surrogazione riguarda-

<sup>21</sup> È appena il caso di ricordare che la Corte europea dei diritti umani muove dal presupposto che il diritto internazionale privato della famiglia, al pari di qualunque disciplina interna, ancorché di origine convenzionale, non può recare pregiudizio ai diritti al rispetto della vita privata e di quella familiare e, in particolare, all'interesse supremo del minore (cfr. *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007; si veda anche *Negreponitis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011; e in dottrina i rilievi interessanti di P. PIRRONE, "Limiti e contro-limiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Wagner*", in questa *Rivista* 2009, p. 251 ss.; con particolare riguardo alla giurisprudenza della Corte europea in tema di sottrazione di minori v. L. CARPANETO, "In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU", in *Rivista diritto internazionale privato e processuale* 2014, p. 931 ss.).

<sup>22</sup> Corte europea dei diritti umani, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014 e *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014. Per una valutazione d'insieme di queste sentenze soprattutto riguardo ai loro effetti nell'ordinamento francese, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, "Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Revue critique de droit international privé* 2015, p. 1 ss.

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015 (rinviata alla *Grande Chambre* il 1° giugno 2015).

vano dunque adulti, aspiranti alla genitorialità, di nazionalità francese. In entrambi i casi, il marito era incontestabilmente il padre genetico, avendo egli fornito i gameti per la fecondazione; l'embrione, frutto di fecondazione in vitro, era stato impiantato nella madre surrogata di cittadinanza americana, la quale apparentemente senza compensi, salvo il rimborso delle spese mediche, aveva poi rinunciato a invocare, sotto il controllo dei giudici locali, il diritto alla genitorialità. Comunque, la gestante aveva trasmesso la cittadinanza americana ai neonati.

Il caso *Paradiso e Campanelli* riguardava due coniugi italiani che avevano ottenuto in Russia lo *status filii* di un bambino nato con il metodo della maternità surrogata senza che gli interessati avessero alcun legame biologico con il minore. I ricorrenti non lamentavano tuttavia la violazione del diritto alla vita familiare eventualmente invocabile in ragione del fatto che le autorità italiane avevano respinto l'azione di riconoscimento di tale *status*. La doglianza era invece incentrata sulla violazione di tale diritto poiché le autorità italiane, dopo aver rigettato l'istanza di riconoscimento del certificato di nascita russo, avevano disposto l'allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti, la sua collocazione in una nuova famiglia per violazione della legge italiana sull'adozione e, infine, avviato la procedura di adozione del bambino in base alla *lex fori* in forza della sua apolidia (in base al diritto locale il neonato non aveva acquistato la cittadinanza russa). L'allontanamento del minore dagli aspiranti genitori era dunque all'origine del ricorso alla Corte di Strasburgo.

#### 4.2. L'approccio della Corte europea

Le sentenze *Labassee* e *Menesson* segnano un altro passaggio cruciale nell'evoluzione dei rapporti tra valori fondamentali convenzionalmente protetti e tecniche di riconoscimento di sentenze straniere. Nella specie invero la Corte ha sottoposto a controllo le scelte operate dai giudici francesi nell'applicazione del relativo sistema internazionalprivatistico, sulla base dei *diritti*, separatamente considerati, al rispetto della vita privata e della vita familiare *ex art. 8 CEDU*. Così facendo, la Corte definisce regole pretorie che plasmano le tecniche di riconoscimento in funzione dei valori convenzionalmente garantiti; in una logica cioè, tipica dei rapporti tra norma internazionale e diritto interno, che muove, per l'appunto, dalla priorità degli standard convenzionali su quelli del foro<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Se è vero che nel diritto internazionale generale il primato delle fonti internazionalistiche 'over domestic law' è considerato un 'fundamental principle' (Corte internazionale di giustizia, *Applicability of the obligation to arbitrate under section 21 of the UN headquarters agreement of 26 June 1947*, parere consultivo del 26 giugno 1988, par. 57), è anche vero che la Corte costituzionale italiana ha ricostruito tale rapporto attribuendo alle disposizioni contenute nella CEDU il valore di norme *interposte*, in virtù del parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali; in un rango cioè intermedio tra legge ordinaria e disposizioni costituzionali, pur riconoscendo che è compito dei giudici di merito e legittimità interpretare il diritto interno conformemente agli obblighi convenzionali (cfr. le sentenze del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Rivista di diritto inter-*

Nel limitare, in misura non indifferente, il potere discrezionale dello Stato, la Corte prospetta un'originale chiave di lettura della *dottrina del margine di apprezzamento*, espressione della natura sussidiaria della protezione convenzionale dei diritti umani rispetto a quella interna<sup>25</sup>. Le pronunce tendono a *relativizzare l'efficacia dell'ordine pubblico internazionale*<sup>26</sup>, facendone emergere una sfera applicativa assai ridotta così da rendere il foro più aperto all'ingresso di valori normativi stranieri.

L'eccezione di ordine pubblico risulta compressa da *due fattori*: la preminenza degli interessi del minore che – come si dirà *infra* – è il soggetto più vulnerabile, e il diritto dello stesso, ritenuto *essenziale*, all'identità personale. Questa giurisprudenza mostra che anche in assenza di 'consensus' tra gli Stati contraenti (circa la disciplina di un certo fenomeno) il margine di apprezzamento a loro disposizione non consente – com'è ovvio che sia – condotte statali che collidono con i diritti fondamentali<sup>27</sup>. Forse non è tanto una questione di contrazione del margine di ap-

*nazionale* 2008, p. 197 ss., con commenti di G. GAJA, "Il limite costituzionale del rispetto degli 'obblighi internazionali': un parametro definito solo parzialmente", p. 136 ss.; E. CANNIZZARO, "Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale", p. 138 ss.; M. L. PADELLETTI, "Indennità di esproprio e obblighi internazionali dopo le sentenze della Corte costituzionale", p. 143 ss.; e A. SACCUCCI, "Illegittimità costituzionale di leggi incompatibili con la Convenzione europea e possibili ripercussioni sull'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni", p. 150 ss.; L. CONDORELLI, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?", in questa *Rivista*, 2008, p. 301 ss; e la sentenza della Corte costituzionale, del 4 dicembre 2009, n. 317, in *Rivista di diritto internazionale* 2010, p. 180 ss.). Ne consegue comunque che le disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, non sfuggono al controllo di costituzionalità esercitato dalla Corte costituzionale, non essendo per essa incondizionatamente vincolanti.

<sup>25</sup> Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Cambridge, 2002, *passim*; M. LUGATO, "Sulla sussidiarietà in diritto internazionale", in *Archivio Giuridico* 2011, p. 3 ss.; Id., "The margin of appreciation and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity", in *Journal of Catholic Legal Studies* 2013, vol. 52, p. 49 ss.; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012, p. 308 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012, in part. p. 58 ss. per le giustificazioni teoriche della dottrina.

<sup>26</sup> La Corte europea sembra quindi delineare un'accezione di ordine pubblico dai contorni prettamente internazionali perché ispirata non dalla necessità di preservare la coerenza interna dell'ordinamento del foro, bensì all'esigenza di rendere quest'ultimo permeabile dai diritti umani vigenti nella comunità internazionale, *rectius* regionale. Nella dottrina italiana si è correttamente rilevata la necessità di comprimere il funzionamento del limite dell'ordine pubblico internazionale del foro allo scopo di assicurare i diritti della persona, S.M. CARBONE, "I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali", in *Diritto dell'Unione europea* 2013, in part. pp. 15-17. Riguardo all'approccio internazionalista del concetto di ordine pubblico internazionale v. M. FORTEAU, "L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public", in *Journal du droit international* 2011, p. 3 ss., e per la dottrina meno recente, G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980<sup>2</sup>, p. 141 ss.

<sup>27</sup> In senso diverso cfr. A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, cit., p. 112-113; egualmente C. CAMPIGLIO, "Corsi e ricorsi sto-

prezzamento come alcuni passaggi della Corte europea sembrano intendere, posto che il livello di tutela dei diritti fondamentali si realizza intorno a valori comuni convenzionalmente imposti secondo l'interpretazione fornita dalla Corte. Più in generale – si direbbe – è l'intero assetto internazionalprivatistico del foro a essere *affecté*, quando esso entra in contatto con la tutela dei diritti convenzionalmente garantiti: lo dimostrano alcuni passaggi del ragionamento della Corte europea e i risultati cui erano pervenute, per interpretazione, le autorità francesi in deroga al sistema di conflitto al fine di dare una risposta congrua a realtà interpersonali delicate, complesse e considerate meritevoli di tutela giuridica.

Senza entrare nei dettagli dell'usuale *iter* logico seguito nell'applicazione giuridica dell'art. 8 CEDU<sup>28</sup>, va rilevato che, nella prospettiva della Corte europea, il margine di apprezzamento riservato agli Stati contraenti, in funzione di ciò che è necessario in una società democratica, si comprime qualora sia in gioco l'esistenza dello *status filii* di un minore, *status* che è (giustamente) considerato dalla Corte *parte integrante, essenziale* della sua identità personale. Per conseguenza, le autorità nazionali sono chiamate a individuare un punto di equilibrio che tende a collocarsi più sul versante degli interessi superiori del minore – ritenuti di importanza prioritaria ('paramount'; destinati 'à primer') – che sulle esigenze di protezione della società statale e degli interessi dei soggetti adulti coinvolti in vicende di surrogazione di maternità<sup>29</sup>. La Corte europea ha seguito un approccio simile nella sentenza *Paradiso e Campanelli*<sup>30</sup>.

rici del diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2013, p. 593 ss., p. 601 s.

<sup>28</sup> Seguendo un *iter* logico usuale, la Corte (*Labassee c. Francia*, cit., par. 49-50; *Menesson c. Francia*, cit., par. 48 ss.) ha inizialmente rilevato che il rifiuto di riconoscere uno status familiare costituisce un'ingerenza statale nel diritto al rispetto della vita familiare di un individuo (ciò è in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte: sentenze *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* e *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, cit.). Sebbene l'ingerenza sia giustificata dalla legge (*Labassee c. Francia*, cit., par. 52; *Menesson c. Francia*, cit., par. 51) e persegua scopi legittimi – in particolare, la volontà di disincentivare il ricorso fuori dal territorio a metodi procreativi vietati in Francia al fine di salvaguardare il minore e la madre gestante (*Labassee c. Francia*, cit., par. 53-54; *Menesson c. Francia*, cit., par. 59 ss.) – la Corte svolge una serie di considerazioni, da un lato, incentrate sulla *dottrina del margine di apprezzamento* riservato agli Stati contraenti dalla disciplina convenzionale e, dall'altro, volte, in ultima analisi, a limitare il funzionamento dell'eccezione di *ordre public* propria del diritto internazionale privato francese. Analogo è l'*iter* logico seguito dalla Corte in *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., poiché il rifiuto di riconoscere il legame di filiazione costituito in Russia e la decisione di allontanamento del minore danno luogo a un'ingerenza nei diritti garantiti dall'art. 8 (par. 71). Tale ingerenza è legittima se è prevista dalla legge, persegue un fine legittimo ed è necessaria in una società democratica. In particolare, la Corte sottolinea che la nozione di necessità «implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché» (par. 71).

<sup>29</sup> Invero, secondo la Corte, se è vero che nel definire il margine di apprezzamento – in funzione di ciò che è *necessario in una società democratica* (art. 8 CEDU) – gli Stati contraenti fruiscono di un'ampia discrezionalità là dove non ci sia un consenso tra discipline nazionali in tema di surrogazione di maternità, peraltro tale margine, secondo la Corte, si riduce in modo considerevole qualora sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo

Questa impostazione non è contraddetta dalla suddivisione dell'analisi giuridica dei casi *Labassee* e *Menesson* in due profili distinti riguardanti, l'uno, il rispetto del diritto alla vita familiare degli individui interessati (il padre biologico, la *mère d'intention* e il minore) e, l'altro, il rispetto del diritto alla vita privata del minore. Formalmente giustificato dalla duplicità dei diritti garantiti dall'art. 8, il percorso logico è spiegabile anche in ragione delle differenti conclusioni cui giunge, in effetti, la Corte. Tuttavia, per i motivi illustrati *infra*, tali conclusioni non sottendono un livello di tutela radicalmente diverso tra il diritto alla vita familiare e quello alla vita privata del minore. Se è vero che il secondo è più accentuato del primo, il rispetto dello *status familiae*, complessivamente considerato, delle persone coinvolte in vicende di maternità per surrogazione, sembra muovere da uno standard minimo comunque realizzatosi in Francia. La tutela convenzionale dei due diritti appare, insomma, meno differente di quanto la lettura dei rispettivi *dicta* possa indurre *prima facie* a ritenere. Ciò è avvenuto – e il punto merita di essere sottolineato, se si vuole apprezzare pienamente l'impatto dei diritti fondamentali sulla materia in questione – in deroga al funzionamento delle tecniche internazionalprivatistiche. In questa prospettiva, i principi stabiliti in *Labassee*, *Menesson* (e anche in *Paradiso* e *Campanelli*) appaiono suscettibili di estendersi al funzionamento di altri sistemi nazionali di conflitto.

#### 4.3. Il rispetto del diritto alla vita familiare

Riguardo agli individui coinvolti in vicende di maternità surrogata, la Corte europea ha ritenuto che un giusto equilibrio tra i diritti individuali e gli interessi dello Stato sia stato in concreto realizzato dalle autorità francesi. Rileva, ai fini di tale conclusione, il fatto che il mancato riconoscimento del possesso di stato acquisito all'estero non abbia loro precluso di vivere insieme in Francia nella *veste, giuridicamente protetta, di nucleo familiare*<sup>31</sup>.

(*Labassee c. Francia*, cit., par. 56; *Menesson c. Francia*, cit., par. 77). La Corte ammette che la valutazione della surrogazione di maternità suscita delicate questioni di ordine etico. Tuttavia, poiché la filiazione è parte *essenziale* dell'identità personale, il margine di apprezzamento si attenua (*Labassee c. Francia*, cit., par. 58; *Menesson c. Francia*, cit., par. 80). Ne desume una conseguenza immediata sulle soluzioni internazionalprivatistiche, normative e giurisprudenziali, del foro: esse devono dunque ricercare un giusto equilibrio tra gli *interessi* dello Stato stesso e quelli degli individui coinvolti nella vicenda. Il punto di equilibrio non si fonda però su un equo bilanciamento dei contrapposti interessi, ma appare piuttosto calibrato su una marcata protezione del minore: quando è in gioco un suo *status familiare*, osserva la Corte, l'interesse superiore del minore prevale (*Labassee c. Francia*, cit., par. 60; *Menesson c. Francia*, cit., par. 81).

<sup>30</sup> Sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 75.

<sup>31</sup> Riguardo al primo profilo, la Corte, pur concedendo che il rifiuto di riconoscere lo *status* di figlio pregiudichi necessariamente, in concreto o anche solo potenzialmente, la vita familiare (*Labassee c. Francia*, cit., par. 66 ss.), ha ritenuto che dopo la nascita del minore gli interessati hanno potuto stabilirsi in Francia, potendovi vivere in condizioni «globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français» (*Labassee c. Francia*, cit., par. 71). La Corte ha egualmente osservato che nella fattispecie la Corte di cassazione fran-

Certamente, in *Labassee* e *Menesson* la Corte rigetta la pretesa dei ricorrenti (*parents d'intention*) di ottenere la trascrizione in Francia della relazione giuridica accertata dai provvedimenti giurisdizionali statunitensi. Un simile esito avrebbe probabilmente dato luogo oltralpe a una condizione di vita familiare piena: il bambino avrebbe assunto, in sostanza, lo *status* di *filius familias* rispetto ai coniugi ricorrenti. Tuttavia, a ben vedere, il giudizio, favorevole al Governo francese, muove da una chiara premessa fattuale che contribuisce a spiegarne l'esito: un *livello minimo* di tutela della vita familiare era stato garantito nella specie, posto che le autorità francesi, a prescindere dalla negata trascrizione dei certificati statunitensi negli atti di stato civile, avevano collegato a tali certificazioni una serie di conseguenze giuridicamente rilevanti (la possibilità di ottenere la cittadinanza francese così da escludere il rischio che i minori siano espulsi dal territorio francese; il riconoscimento sociale, in capo ai genitori *d'intention*, della responsabilità genitoriale; la protezione giuridica dei minori in caso di divorzio dei coniugi ricorrenti perché considerati appartenenti al nucleo familiare; e, infine, il godimento di diritti successori a favore dei minori<sup>32</sup>). Il certificato straniero è stato dunque ritenuto idoneo a produrre *di per sé* tali effetti giuridici nel territorio francese, nonostante il diniego di riconoscimento dello *status filii* con riguardo ai ricorrenti.

L'impressione è che se le autorità francesi non avessero apprestato simili protezioni e se, dunque, avessero decostruito il nucleo minimale del diritto alla vita familiare, impedendo ai genitori *intenzionali* e ai minori di condividere una dimensione familiare unitaria, il giudizio sul punto sarebbe stato diverso. La Corte, infatti, sembra apprezzare la sensibilità dimostrata dalle autorità francesi verso situazioni di vita familiare, socialmente e affettivamente, complesse e delicate. Giudici e autorità amministrative locali si sono avvalsi di tecniche interpretative e di prassi applicative per assicurare, in via *surrettizia*, un nucleo intangibile di tutela anche a fronte del mancato riconoscimento delle sentenze americane dichiarative dell'esistenza e della validità del rapporto di filiazione. *Surrettizia*, appunto perché essi giungono a un esito, giuridicamente rilevante nell'ordinamento francese, che appare tuttavia poco conciliabile con il generale funzionamento dei meccanismi internazionalprivatistici del foro come applicati dalle stesse autorità che avrebbero dovuto condurre a rigore a non attribuire alcun effetto giuridico (neppure *surrettizio*) a tali sentenze<sup>33</sup>. Comunque sia, poiché l'appartenenza alla società familiare rappresenta il nucleo essenziale della corrispondente condizione

cese aveva respinto le asserite violazioni dell'art. 8 CEDU in ragione del fatto che, pur non riconoscendo il possesso di stato acquisito all'estero, l'ordinamento locale in concreto non impediva agli interessati di vivere *in quanto nucleo familiare* in Francia (*Labassee c. Francia*, cit., par. 72). Sul punto la Corte europea è giunta quindi alla conclusione che l'ordinamento francese abbia realizzato un giusto equilibrio tra interessi opposti (*Labassee c. Francia*, cit., par. 73).

<sup>32</sup> Cfr. la difesa del Governo francese in *Menesson c. Francia*, cit., par. 71 e 74.

<sup>33</sup> V. però le ricostruzioni di H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, "Reconnaissance ou reconstruction?", cit., che spiegano in dettaglio la coerenza complessiva dell'ordinamento francese.

giuridica<sup>34</sup>, questo livello di tutela, nel giudizio della Corte europea, è stato fattivamente garantito in Francia.

#### 4.4. Il rispetto del diritto alla vita privata del minore

La Corte ha poi ritenuto che la Francia abbia violato il diritto alla vita privata del minore per aver giudicato che le sentenze americane fossero incompatibili con l'*ordre public international*: in effetti, i certificati di nascita dei minori interessati, inizialmente annotati in Francia conformemente a tali sentenze, erano stati annullati. L'accento è posto, in *Labassee e Mennesson*, sull'esigenza primaria del minore di vedersi riconosciuto lo *status filii* rispetto alla *figura genitoriale del padre biologico*. Il possesso di tale stato, concepito quale diritto fondamentale della persona, della sua identità e individualità, pare essere l'elemento centrale del ragionamento della Corte europea, mentre i rilievi sulla situazione di incertezza giuridica in cui versa il minore e sulle difficoltà inerenti al godimento sia della cittadinanza francese che dei diritti successori, sembrano avere carattere complementare nell'*iter* argomentativo. È al riguardo significativo il passaggio in cui la Corte, pur dopo aver messo in evidenza tali incertezze e difficoltà, insiste sul fatto che l'acquisto dello *status filii* nei confronti del padre biologico è elemento primario dell'identità personale del minore: essendogli stato precluso di «établir la substance de son identité, y compris sa filiation», il suo diritto alla vita privata risulta «significativement affecté»<sup>35</sup>.

Seppure in un quadro fattuale diverso, la sentenza *Paradiso e Campanelli* mira anch'essa a ridurre la portata del limite dell'ordine pubblico internazionale che non può rappresentare – sostiene la Corte – la *carte blanche* idonea a giustificare, dinanzi agli obblighi posti dall'art. 8, qualunque misura nei confronti di un minore prescindendo dalla considerazione in concreto del suo interesse superiore<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Così già il nostro “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, cit., pp. 265-266.

<sup>35</sup> Premesso che il rispetto del diritto alla vita privata esige che ogni individuo deve poter essere messo in condizione di stabilire la propria condizione soggettiva di figlio, la quale costituisce elemento essenziale della sua identità personale (*Labassee c. Francia*, cit., par. 38 e 75), la Corte europea ha ritenuto che il rifiuto di riconoscere la sentenza straniera e lo *status* di figlio nei confronti del padre biologico – elemento in sé certo e non contestato nella fattispecie – oltre a determinare nel minore una situazione di incertezza giuridica, pregiudica un profilo vitale della sua identità personale (*Labassee c. Francia*, cit., par. 75), anche in termini di difficoltà a ottenere la cittadinanza francese (*Labassee c. Francia*, cit., par. 76) e di pieno godimento dei diritti successori (*Labassee c. Francia*, cit., par. 77). Non riconoscendo la filiazione con i *parents d'intention*, la Francia non pregiudica soltanto i diritti di questi ultimi, bensì anche il diritto del minore “à établir la substance de son identité, y compris sa filiation” che è “significativement affecté” (*Labassee c. Francia*, cit., par. 78). Considerato inoltre che le autorità francesi avevano respinto le richieste di trascrizione, nell'atto di nascita e nell'atto di notorietà, della filiazione biologica con il padre — la Corte ha giudicato gravi gli effetti negativi sull'identità e sul diritto alla vita privata del minore e concluso per la violazione dell'art. 8 CEDU (*Labassee c. Francia*, cit., par. 79).

<sup>36</sup> La Corte europea ammette che il non riconoscimento dello *status* creato all'estero per violazione della normativa nazionale non è irragionevole (par. 77), tanto più che i giudici italiani hanno

L'allontanamento del minore dal nucleo familiare di accoglienza è, secondo la Corte, l'*extrema ratio* cui le autorità dello Stato possono ricorrere *al solo fine di proteggere il minore da pericoli immediati*. Nel valutare l'interesse primario del minore, secondo la Corte, «il est nécessaire qu'un enfant ne soit désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale»<sup>37</sup>.

## 5. Cenni alla giurisprudenza nazionale

La giurisprudenza *Menesson e Labassee*, seppur con taluni sviluppi originali, si colloca nel solco di filoni giudiziali nazionali che avevano accolto le istanze di trascrizione negli ordinamenti interni di *status filii* generati in fattispecie di surrogazione internazionale di maternità; e ciò in virtù dell'*esigenza di proteggere gli interessi superiori del minore*. A titolo esemplificativo si possono menzionare talune sentenze di giudici statali. In primo luogo, la *Cour d'appel* di Parigi in un giudizio, in verità poi capovolto in Cassazione, aveva ritenuto valida la trascrizione negli atti di stato civile degli atti di nascita formati all'estero e attestanti la genitorialità dei *parents d'intention*: «la non-transcription des actes de naissance risquant par ailleurs d'avoir des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique»<sup>38</sup>.

Successivamente in una fattispecie analoga, l'*England and Wales High Court (Family Division)* ha concesso un *parental order* che riconosceva la responsabilità genitoriale in capo a una coppia britannica che aveva concluso un contratto di surrogazione di maternità con una donna ucraina. Erano nati due gemelli concepiti in vitro da gameti del marito e da ovociti di una donatrice anonima. La Corte, nonostante che il contratto non rispondesse al requisito di gratuità imposto dalla legislazione britannica in situazioni del genere, si è concentrata sul benessere dei minori e sulle conseguenze negative cui questi sarebbero stati esposti in caso di pronuncia negativa<sup>39</sup>.

inteso porre fine a una situazione di illegalità. Tuttavia, in tali situazioni è determinante la considerazione dell'interesse del minore poiché «la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, [...]. L'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'état indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre» (par. 80).

<sup>37</sup> Ad avviso della Corte, la decisione di allontanamento non ha preservato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, e dunque si è verificata una violazione dell'art. 8 della Convenzione (par. 86 e 87). Tuttavia, tenuto conto del nuovo legame affettivo che il minore ha certamente sviluppato con la nuova famiglia di accoglienza, l'accertamento della violazione non ha implicato l'obbligo di reinserimento del minore presso i ricorrenti (par. 88).

<sup>38</sup> Per i riferimenti alla sentenza della *Cour d'appel de Paris*, 25 ottobre 2007, première chambre, section C, RG 06/00507, si rinvia al nostro "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", cit. p. 394.

<sup>39</sup> «What the court is required to do is to balance two competing and potentially irreconcilably conflicting concepts. Parliament is clearly entitled to legislate against commercial surrogacy and is

Anche la Corte d'appello di Bari, innovando rispetto alla giurisprudenza interna anteriore<sup>40</sup>, ha riconosciuto in Italia i *parental orders* con i quali una coppia anglo-italiana si era vista attribuire lo status genitoriale di due bambini nati nel 1997 e nel 2000 da madre surrogata che, in virtù di contratti gratuiti, aveva condotto la gravidanza di un embrione fecondato con gameti del marito della stessa coppia. La questione del riconoscimento si era posta, in vero, molti anni dopo le nascite quando la donna era rientrata in territorio italiano in seguito alla dissoluzione del matrimonio. La relazione tra i minori e la madre presentava dunque, in questo caso, anche un solido carattere di effettività.

Infine, giova ricordare le vicende processuali relative ai casi (meno frequenti nella pratica) di surrogazione concernenti persone dello stesso sesso. Mentre il *Bundesgerichtshof* ha riconosciuto in Germania il rapporto di filiazione costituito in California tra due persone legate tramite unione civile in cui uno di essi era il genitore biologico<sup>41</sup>, diverso è l'orientamento seguito in Svizzera. Anche in questo caso la filiazione si era realizzata negli Stati Uniti a favore di una coppia unita in territorio elvetico con istituto civilistico para-matrimoniale; egualmente il minore era nato da maternità surrogata in seguito a concepimento con ovocita di donatrice anonima e con i gameti di uno dei due partner. Mentre nel 2014 il Tribunale amministrativo del Cantone svizzero di San Gallo aveva giudicato che, nonostante il divieto imposto dal diritto elvetico alla sostituzione di maternità, il riconoscimento non fosse incompatibile con l'ordine pubblico del foro, argomentando tra l'altro in ragione dell'interesse superiore del minore, il Tribunale federale elvetico, con sentenza resa il 21 maggio 2015, ha negato al partner registrato il diritto a essere riconosciuto negli atti di stato civile quale genitore del bambino. Secondo il Tribunale tale iscrizione è incompatibile con l'ordine pubblico svizzero e con i suoi valori giuridici ed etici, tenuto conto che il divieto della surrogazione di

clearly entitled to expect that the courts should implement that policy consideration in its decisions. Yet it is also recognised that as the full rigour of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (i.e. the child concerned) that rigour must be mitigated by the application of a consideration of that child's welfare. That approach is both humane and intellectually coherent. The difficulty is that it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particularly a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order» ([2008] EWHC 3030 (Fam), *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)*, disponibile su [www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html)). E ancora: «given the effect of a parental order is to confer status for life, it is difficult to see how applying any principle other than welfare with a 'lifelong' perspective would be apt in deciding the final discretionary stage of a Section 30 application. I am wholly satisfied on that approach that the welfare of these children will best be served by the making of the parental order sought by these applicants» (ivi, punto 24.)

<sup>40</sup> Cfr. Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, *I.M. c. G.A.J.R.*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2009, p. 698 ss., con nota critica di C. CAMPIGLIO, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", p. 599 ss. che menziona utilmente anche la giurisprudenza italiana anteriore.

<sup>41</sup> V. la sentenza 10 dicembre 2014 XII ZB 463/13 e il commento di D. HENRICH, "Leichmütterkinder: Wessen Kinder?", in *IPRax* 2015, p. 229 ss.

maternità è espressamente fondato sull'art. 119, par. 2 della Costituzione locale<sup>42</sup>. Tuttavia, la sentenza non ha rimesso in discussione la paternità biologica del padre dai cui gameti il neonato era stato generato, né la decisione delle autorità cantonali che avevano permesso alla coppia di vivere insieme al minore.

## 6. Riflessioni ricostruttive e conclusive

L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali degli individui nei termini in cui essi sono definiti da fonti e giurisdizioni *esterne* al foro fa sì che le tecniche applicative del diritto internazionale privato della famiglia debbano essere plasmate intorno a principi comuni di protezione dei diritti umani. Conseguentemente, si realizza un *duplice processo di ravvicinamento* dei valori di riferimento degli ordinamenti nazionali e dei rispettivi modelli familiari. L'attività (o l'attivismo) della Corte europea mostra, in particolare, che né la prospettiva endogena che mira ad assorbire nella Costituzione nazionale la protezione dei diritti umani riguardo alla disciplina delle fattispecie che presentano elementi di estraneità, e ancor meno quella metodologica internazionalprivatistica, sono chiavi di lettura sufficienti a spiegare l'evoluzione in atto. Né sono idonee – non sempre comunque – a risolvere i conflitti ordinamentali tra i rispettivi valori di riferimento quando l'ordinamento del foro, complessivamente considerato, è costruito intorno a principi di rango costituzionale che impediscono il coordinamento con ordinamenti stranieri, se questi si ispirano a valori con essi inconciliabili. In tal caso, è l'obbligo internazionale dello Stato che tende a imporre deroghe al sistema di conflitto del foro e, in definitiva, ai suoi valori primari di riferimento<sup>43</sup>. Sarebbe riduttivo sostenere che tali deroghe riguardano soltanto il limite dell'ordine pubblico internazionale poiché – per limitarsi alle fattispecie sopra considerate – la

<sup>42</sup> Cfr. Communiqué aux médias du Tribunal fédéral. Arrêt du 21 mai 2015 (5A\_748/2014) *Refus d'inscrire le partenaire enregistré en qualité de père d'un enfant né d'une mère porteuse*: «Le Tribunal fédéral admet le recours de l'OFJ qui a contesté uniquement l'enregistrement de l'homme n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant. La reconnaissance de l'inscription américaine de ce dernier en qualité de père est fondamentalement incompatible avec les jugements de valeur juridique et éthique prévalant en Suisse (ordre public). En Suisse, toutes les formes de gestation pour autrui sont interdites par la Constitution. Cette interdiction fait office de fondement et de noyau dur de la conception juridique locale. Le jugement californien a pour effet de créer de par la naissance un lien juridique avec le «père» n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant, ce qui serait impossible en Suisse. Dans la mesure où la décision américaine présente certaines similitudes fonctionnelles avec l'adoption, il convient de rappeler que celle-ci serait exclue en Suisse, dès lors que le droit suisse applicable n'autorise pas l'adoption des enfants du partenaire enregistré. En l'espèce, le Conseil fédéral propose certes une modification. Il appartient toutefois au législateur et non au Tribunal fédéral d'évaluer les mesures qui s'imposent dans ce domaine».

<sup>43</sup> In questo senso è emblematico il titolo dello scritto di D. GRUENBAUM, "Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat", in *American Journal of Comparative Law* 2012, p. 475 ss.

prassi francese mostra la rilevanza di atti di nascita redatti all'estero a fronte di filiazioni *non* riconosciute in virtù del sistema di conflitto<sup>44</sup>.

In questa prospettiva, la giurisprudenza, internazionale e interna, sulla maternità per surrogazione si proietta lungo il filo conduttore unitario di tutela dei diritti del minore, ossia della figura più vulnerabile fra quelle coinvolte. La conseguente logica protettiva peraltro si estende *ratione personarum* oltre il minore, ricomprendendovi, seppure a un livello inferiore di tutela, gli adulti – uno dei quali è spesso anche il genitore biologico – intenzionati ad assumere compiti genitoriali. Si appresta così una veste giuridica, legittimata da norme di origine internazionale, a relazioni personali sorte all'estero in violazione di valori normativi del foro.

Si potrebbe naturalmente rilevare che detta prospettiva, focalizzandosi sulla figura del minore, sia parziale e dunque criticabile. In effetti, in vicende così complesse – in cui la valutazione giuridica si interseca con temi etici assai dibattuti – essa marginalizza i diritti fondamentali di altre persone. Si pensi ad esempio alle disposizioni che mirano a reprimere la tratta degli esseri umani, se si ammette che la surrogazione di maternità, da un lato, interferisca con la dignità della donna gestante e leda i diritti del neonato che è assimilato a un *oggetto* di cui si dispone per contratto (di vendita) o altri strumenti di autonomia negoziale; e dall'altro, sia suscettibile di dare luogo, almeno in certi casi, a surrettizie forme di schiavitù<sup>45</sup>. Tuttavia, simili argomentazioni sono destinate ad assumere peso *de iure condendo*, in una prospettiva di *abolizione* della procreazione per conto altrui tramite accordo universale o multilaterale ad ampia partecipazione<sup>46</sup>. È questa probabilmente l'unica via praticabile se si volesse contrastare in radice “the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain”<sup>47</sup>. Così facendo, l'ordinamento inter-

<sup>44</sup> V. tuttavia le dettagliate spiegazioni di H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, “Reconnaissance ou reconstruction?”, cit., le quali non dissipano il dubbio che il rifiuto di riconoscere le sentenze americane sia poco conciliabile con l'attribuzione in Francia ai certificati di nascita stranieri di quel livello minimale di tutela del nucleo familiare sopra indicato.

<sup>45</sup> Il riferimento è ai documenti del Consiglio d'Europa e alle disposizioni contenute nel Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui diritti del fanciullo e da quello alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale (J. TOBIN, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, in *International and Comparative Law Quarterly* 2014, p. 317 ss.; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, “Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution”, cit.; analogamente B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve*, cit., p. 163; S. ALLAN, “The Surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and Ethical Considerations”, in *Surrogacy, Law and Human Rights*, cit., p. 113 ss.; A. VETTOREL, “International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2015, p. 526 ss.).

<sup>46</sup> Questa è, in effetti, la proposta ultima di G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, “Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution”, cit.

<sup>47</sup> *Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (2015/2229(INI)), par. 114: il Parlamento europeo «condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other

nazionale si porrebbe evidentemente in una prospettiva (anche pedagogica) proibizionistica.

Ricerca invece soluzioni sistemiche nell'attuale quadro normativo implica un'operazione di scelta tra valori e diritti fondamentali in attrito fra loro e non riducibili tramite operazioni di bilanciamento di norme e valori. In assenza di soluzioni normative e a fronte di una realtà fattuale da dirimere in via interpretativa, non è irragionevole argomentare che il punto di equilibrio sia da individuare nella tutela del minore la cui condizione giuridica, a prescindere da divieti legislativi e da considerazioni di ordine etico, non può essere penalizzata a causa di scelte individuali sorrette da una scienza medica che sembra esercitare un dominio, per molti versi discutibile, sulla procreazione. Come già prospettato altrove, se si resta sul piano della ricerca di soluzioni giuridiche realistiche, la priorità dei diritti del minore, *uti singulus*, costituisce il *point de repère* in ragione dell'intrinseca posizione di vulnerabilità in cui egli è posto dalla procreazione per conto altrui<sup>48</sup>. Nel caos dell'evoluzione dei rapporti familiari, l'approccio *child first* presenta una sua ragion d'essere in punto di stretto diritto poiché ruota intorno al principio del primato degli interessi del minore nelle procedure che lo riguardano<sup>49</sup>. Si tratta di un diritto soggettivo, contenuto in uno strumento convenzionale a partecipazione quasi universale<sup>50</sup>, *self-executing* e dunque direttamente invocabile e applicabile in giudizio<sup>51</sup>.

*Rebus sic stantibus*, la protezione dei diritti del minore è prospettabile su due livelli. In primo luogo, va garantita la continuità dello *status filii* acquisito all'estero rispetto alla figura del genitore biologico se questi è noto e intenzionato a svolgere responsabilmente la funzione genitoriale in uno schema concettuale tendente in sostanza a imitare la filiazione naturale. Come sembra suggerire la lettura della giurisprudenza della Corte europea, la priorità riconosciuta alla *verità*

gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments».

<sup>48</sup> Come da noi sostenuto in “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, cit.

<sup>49</sup> Art. 3, par. 1 della Convention on the Rights of the Child.

<sup>50</sup> General Assembly Official Records Sixty-ninth session, Supplement No. 41 (A/69/41), *Report of the Committee on the Rights of the Child*, United Nations, New York, 2014, p. 1 (sono infatti 193 gli Stati che hanno ratificato tale strumento). In dottrina, con differenti approcci, a volte anche critici o scettici sulla nozione di ‘best interests of the child’, si veda P. ALSTON (ed.), *The Best Interests of the Child*, Oxford, 1994; C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague-London-New York, 2002; C. FOCARELLI, “La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»”, in *Rivista di diritto internazionale* 2010, p. 981 ss.; T. BUCK, *International Child Law*, London, 2005<sup>3</sup>.

<sup>51</sup> Committee on the Rights of the Children, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), United Nations CRC/C/GC/14, 29 May 2013, p. 4. Posto che tale Convenzione non assicura in sé l'uniformità di applicazione di tale diritto, è nella specie la Corte europea a determinare con la sua giurisprudenza il paradigma normativo che realizza quel risultato in ambito regionale con riguardo al riconoscimento delle situazioni personali e familiari sorte in casi di maternità surrogata.

biologica induce a pensare che il genitore biologico debba essere integrato nella piena condizione di genitore. Se invece si ritenesse che egli non sia altro che una figura aggiuntiva rispetto al padre tradizionale individuato dalla relazione matrimoniale con la gestante (ove esistente, secondo la massima *pater est quem nuptiae demonstrant*), si dovrebbe immaginare la creazione di una speciale condizione giuridica di genitore da maternità surrogata (genitore biologico) destinato a coesistere con il primo. Si porrebbe in tal caso un problema di *adattamento* (*Angleichung*) di difficile soluzione negli ordinamenti civilistici che si ispirano a concezioni tradizionali della famiglia: devolverlo alla giurisprudenza sembrerebbe demandare ad essa un compito che supera il suo ruolo.

In ogni caso, il possesso della relativa condizione giuridica soggettiva da parte del minore è considerato elemento primario dell'identità personale dello stesso minore: se non gli fosse permesso il godimento di tale diritto essenziale, il suo diritto alla vita privata sarebbe pregiudicato. E del resto il diritto del minore di conoscere le sue origini dovrebbe includere anche quelle biologiche<sup>52</sup>, conseguendone il relativo *status*. In questa prospettiva, il rapporto di filiazione dovrebbe affermarsi anche nei confronti della madre genetica rispetto alla donna che abbia condotto la gravidanza e rinunciato ai diritti genitoriali<sup>53</sup>. Si profila, seppure di riflesso, un diritto *alla genitorialità* a favore dell'adulto che non sia in grado di procreare naturalmente a causa dell'infertilità altrui ossia del coniuge o del partner<sup>54</sup>. Tale diritto è riconosciuto e protetto, ma si configura come *secondario* posto che il suo esercizio avviene soltanto quando i preminenti diritti del minore (il diritto *primario*, per così dire) sono conseguiti. Il diritto del minore, inteso come individuo, *uti singulus*, al riconoscimento dello *status filii* è prioritario rispetto al diritto secondario alla genitorialità per le considerazioni che seguono.

L'apprezzamento dell'interesse del minore presuppone una valutazione di tipo casistico, dovendosi tener conto di tutte le circostanze della fattispecie concreta. Dinanzi alla situazione di un genitore biologico, ancorché coniugato, che ricorra alla maternità surrogata per finalità egoistiche (ad esempio perché in stato di età avanzata), è dubbio che sia nell'interesse del minore dover riconoscere lo *status filii* acquisito all'estero.

Su un piano diverso, e sebbene l'affermazione del diritto fondamentale alla continuità del possesso di stato si presti spesso ad assumere carattere preminente in situazioni di aspirazione alla genitorialità dettata da motivazione altruistica, delicata potrebbe essere la questione del riconoscimento dello *status* in questione a persone

<sup>52</sup> Art. 7 della Convention on the Rights of the Child.

<sup>53</sup> Sembrano interpretare invece in senso più restrittivo la portata della giurisprudenza della Corte europea, e dunque in termini più favorevoli all'applicazione del diritto francese, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, "Reconnaissance ou reconstruction?", cit., p. 33.

<sup>54</sup> Ciò è del tutto coerente con la prospettiva storicistica della formazione dei diritti dell'uomo (N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. XVI, secondo il quale nuovi diritti «nascono soltanto quando nascono certi bisogni. Nuovi bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni sociali, e quando lo sviluppo tecnico permette di soddisfarli»); ma v. anche pp. 9 e 26.

omosessuali negli ordinamenti che precludano loro in assoluto l'accesso alla genitorialità, inclusa quella adottiva. Al riguardo non si è ancora formato un puntuale orientamento giurisprudenziale (della Corte europea, in particolare) e occorrerà valutare la questione, nell'ambito della filiazione, sotto i profili della pari dignità sociale e del divieto di non discriminazione in base all'orientamento sessuale<sup>55</sup>.

In secondo luogo, come si è visto, nelle relazioni con il minore si profila la tendenza a riconoscere anche al coniuge (o al partner) privo di legami biologici una sfera minima di tutela giuridica. Tali relazioni si ricompongono nello Stato di riconoscimento divenendo parzialmente 'claudicanti' rispetto allo Stato di origine; come si è visto, tuttavia, il primo non è tenuto ad attribuire a tale persona lo *status* di genitore (*legal parent*). In effetti, nello Stato d'*accueil* si deve garantire un livello minimo di vita familiare non solo nei rapporti tra figlio e genitore biologico, ma anche rispetto alla persona adulta che abbia promosso la procreazione surrogata d'intesa con il primo<sup>56</sup>. Si passa qui dai diritti del minore, inteso *uti singulus*, ai diritti di soggetti diversi dal minore a lui collegati in una relazione familiare. Emerge una nozione di *vita familiare* meritevole di protezione perché fondata sulla constatazione di un effettivo e consolidato legame personale tra gli individui interessati, e in particolare sull'assunzione volontaria della responsabilità genitoriale nei confronti di un minore; con le conseguenze del caso in termini di accettazione delle regole giuridiche e morali, affettive, educative e materiali, che presiedono all'esercizio della funzione genitoriale<sup>57</sup>. L'asimmetria tra ordinamento di origine e Stato del riconoscimento potrebbe essere colmata, dal punto di vista del secondo ordinamento, tramite riforma legislativa, disegnando una speciale figura genitoriale ovvero ricorrendo all'istituto dell'adozione.

Su un piano più generale, l'efficacia nel foro di *status* personali acquisiti all'estero determina, in definitiva, un fenomeno di circolazione dei modelli familiari nella sfera di applicazione territoriale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; e ciò è tanto più vero all'interno dell'area geografica, più ristretta, dell'Unione europea in virtù del principio del mutuo riconoscimento delle situazioni giuridiche personali e familiari; sarebbe difficile immaginare, ad esempio, che una filiazione riconosciuta in Francia possa essere priva di effetti giuridici in altri Stati membri dell'Unione ove il nucleo familiare si trasferisse fruendo delle regole sulla libertà di circolazione delle persone.

<sup>55</sup> La cautela con cui la Corte europea affronta la questione è significativa: cfr. *X e altri c. Austria*, sentenza del 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, con nota di L. CONTE, "Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del partner omosessuale", in *Quaderni costituzionali* 2014, p. 119 ss.

<sup>56</sup> Questa differenza potrebbe essere colmata permettendo l'adozione da parte dell'adulto privo di legame biologico con il minore, come suggerito da D. GRUENBAUM, "Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat", cit.; e H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, "Reconnaissance ou reconstruction?", cit., p. 36.

<sup>57</sup> Da questo punto di vista, non è irragionevole prospettare che il fenomeno della procreazione mediante maternità surrogata contribuisce al caos familiare, al rafforzamento di 'nuove' famiglie che si affiancano a quella tradizionale, in cui padre e madre sono genitori naturali del bambino.

Ne consegue che, complessivamente considerati, gli ordinamenti nazionali possono anche assumere contorni apparentemente incoerenti: essi conservano un potere di regolazione sul piano interno (in virtù della dottrina del margine di apprezzamento) e possono vietare (anche penalmente) la procreazione per conto altrui; al contempo, non sono però in grado di opporsi al riconoscimento di *status* acquisiti all'estero a favore di stranieri o di propri cittadini quando tale esito comporti violazioni dei diritti del minore. L'avvenuta nascita (e dunque l'esistenza) del minore si configura come fatto giuridicamente rilevante che impone l'adozione di un'ottica protettiva prioritaria indirizzata al soggetto più debole.

Non è da escludere che, a termine, gli ordinamenti più restrittivi siano progressivamente condotti – per effetto di quel che abbiamo definito *processo di ravvicinamento* dei valori di riferimento – a condividere principi più aperti in materia di filiazione. Sarebbe auspicabile, tuttavia, che un simile processo di *osmosi valoriale* si producesse attraverso il prisma di un trattato internazionale multilaterale, intorno cioè a regole negoziate, anche per definire molti profili che meritano approfondimenti condivisi: si pensi, a titolo esemplificativo, ai limiti di età per accedere alla maternità per surrogazione, ai controlli affinché tale forma di procreazione sia consapevole e libera, e a quelli per combattere abusi, sfruttamenti della condizione di povertà. Si pensi ancora alla disciplina di aspetti tuttora incerti in molti ordinamenti (di tipo successorio, di attribuzione della nazionalità al minore, di soluzione delle controversie tra una pluralità di adulti che reclamano funzioni genitoriali su un medesimo minore, di creazione di speciali condizioni di genitorialità ove si optasse per l'accettazione di relazioni plurigenitoriali ecc.)<sup>58</sup>. In questa prospettiva, il diritto internazionale opterebbe per l'accettazione del pluralismo delle forme familiari, ben oltre quelle tradizionali. Potrebbe tuttavia anche accadere che prevalga a livello multilaterale un approccio totalmente proibizionista rispetto alla maternità mediante surrogazione, ritenendosi prevalente il diniego alla genitorialità e, dunque, il diritto del minore a *non* nascere in tale condizione. Proprio per le ragioni suindicate, a questi fini lo strumento più efficace sarebbe nuovamente l'adozione di uno strumento pattizio internazionale<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, cit., p. 25 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", in *Journal of Private International Law* 2011, p. 627 ss., p. 635 s.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, "Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?", in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2015, p. 142 ss., p. 153.

<sup>59</sup> Per chi intende affrontare la questione con mente aperta, non è semplice avere certezze sulla scelta, essenzialmente di tipo etico, tra il diritto del minore a nascere tramite maternità surrogata e il diritto, dello stesso minore, a non nascere con tale pratica. La questione esula dai confini del presente scritto. In chiave scientifica, potrebbe essere utile verificare tramite strumenti scientifici psicoterapeutici la condizione dei nati mediante maternità surrogata per valutarne lo stato psicologico, tenendo presenti, in particolare, eventuali disagi derivanti dal distacco dalla madre gestante che ha condotto la vita intrauterina e l'eventuale desiderio di conoscere la loro origine allorché abbiano appreso la realtà della procreazione.

Conviene, infine, sottolineare che, quale che sia l'evoluzione normativa (approccio totalmente permissivo ovvero accesso regolato alla maternità mediante surrogazione oppure sua proibizione assoluta), i sistemi nazionali che disciplinano i conflitti di leggi devono progressivamente adeguarsi ai valori normativi prevalenti in materia di diritti umani. Si pensi, ad esempio, alla rilevata tendenza a ridurre la sfera d'applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale quale eccezione al riconoscimento nel foro di situazioni giuridiche costituite all'estero. Si conferma, su un piano generale, quanto già rilevato in precedenti scritti<sup>60</sup>, e cioè che la disciplina di diritto internazionale privato non è neutrale in punto di valori normativi, come invece un tempo la dottrina riteneva sulla base di una sua presunta natura strumentale, perché destinata ad assicurare soltanto la distribuzione *giusta* di potere normativo e giurisdizionale tra Stati sovrani. Il ragionamento formalistico e astratto che ha caratterizzato in passato il dibattito sulla giustizia internazionalprivatistica (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*), di una giustizia formale semplicemente distributiva o ripartitrice, va respinto per il motivo che in principio il diritto non è, non può essere, soprattutto sul tema della famiglia, portatore di scelte assiologicamente neutrali<sup>61</sup>.

È evidente poi che l'interferenza sul sistema italiano dei conflitti di leggi dovrà misurarsi tenendo conto della condizione di *norme interposte* riservata dalla Corte costituzionale alle disposizioni della Convenzione europea<sup>62</sup>. Per un verso, l'obbligo di interpretazione conforme delle norme di conflitto (in quanto fonti ordinarie) alla Convenzione europea (che è collocata ad un rango superiore alla legge ordinaria in ragione della sua natura interposta) potrebbe ricomporre il tutto in un disegno unitario; si tratterebbe comunque di un risultato molto difficile da conseguire considerato il limite intrinseco (dato essenzialmente dall'assoluta inconciliabilità dei valori di riferimento del nostro sistema di diritto internazionale privato con i principi giurisprudenziali della Corte europea) che presiede alla tecnica dell'interpretazione conforme. Per altro verso, quel filone giurisprudenziale non esclude un controllo di costituzionalità della stessa Consulta sui valori normativi garantiti dalla Convenzione europea: la Corte costituzionale potrebbe, in ipotesi, reagire all'ingresso di valori esterni inconciliabili con i principi fondamentali del foro, determinandosi così un *punto di rottura* rispetto agli obblighi convenzionali<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici ai nostri scritti *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991, pp. 268-269; e *Problematic elements*, cit. p. 3 ss., p. 4.

<sup>61</sup> *Ex multis* in generale N. MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2007, p. 263 ss., e in chiave filosofica sul concetto di giustizia collegata al rispetto dei diritti umani A. SEN, *The Idea of Justice*, London, 2009, p. 355 ss.

<sup>62</sup> V. *supra*, nota 24.

<sup>63</sup> La tesi secondo cui il rispetto dei principi costituzionali dello Stato intesi come i valori fondamentali sui quali si fonda la Costituzione, sia causa di esclusione dell'illecito, è stata prospettata da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2014<sup>10</sup>, p. 402 s. La Corte costituzionale si è posta in questa prospettiva nella nota sentenza n. 238/2014, assumendo che sia suo compito esclusivo ve-

Se invece il sistema italiano sui conflitti di leggi si allineasse, mediante riforme legislative proprie o originate da strumenti internazionali o dell'Unione, all'evoluzione internazionale in tema di riconoscimento di *status filii* acquisito all'estero in situazioni di maternità surrogata, si avrebbe un'altra dimostrazione che il potere statale di dettare la disciplina delle fattispecie che presentano elementi di estraneità è sempre meno declinabile in termini di sovranità esclusiva. In effetti, i sistemi nazionali di diritto internazionale privato della famiglia subiscono continui processi di trasformazione dovuti all'influenza di fonti esterne al foro che impongono, per un verso, un *test* di compatibilità con i diritti fondamentali (i diritti alla vita privata e familiare) e, per altro verso, obblighi positivi di riconoscimento di *status* familiari. Esiste una relazione di proporzionalità diretta tra deroghe al funzionamento delle regole interne sui conflitti di leggi – tramite le tecniche di riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite validamente all'estero o ivi riconosciute – e incidenza delle fonti esterne sui principi strutturali dei sistemi nazionali di conflitto<sup>64</sup>.

Tali processi possono essere contrastati – e spesso lo sono da parte della dottrina specialistica – per timori di contaminazione e, in definitiva, di frammentazione dei sistemi nazionali di conflitto<sup>65</sup>. In realtà, il diritto internazionale privato e quello della famiglia in particolare, non sono ontologicamente differenti da qualunque altro settore del diritto interno che subisce le inevitabili trasformazioni dovute dall'apertura a valori normativi internazionali ed europei e delle evoluzioni sociali che, volenti o nolenti, si determinano. Più che di frammentazione del

rificare la coerenza di una norma internazionale con i principi fondamentali, intangibili e irrinunciabili, dell'ordinamento interno. L'ipotesi che uno Stato possa sottrarsi agli obblighi convenzionali come definiti dalla Corte europea è stata peraltro contestata da quest'ultima nel caso del regime pensionistico riservato a cittadini italiani che abbiano lavorato in Svizzera (*Cataldo e altri c. Italia*, sentenza del 24 giugno 2014, ricorsi n. 54425/08, 58361/08, 58464/08, 60505/08, 60524/08, 61827/08). Nella specie, la Corte di Strasburgo – a differenza di quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza del 19 novembre 2012, n. 264 – ha escluso che la legislazione retroattiva italiana potesse trovare legittimo fondamento nella sua giurisprudenza sugli «impellenti motivi di interesse generale», non rinvenibili, secondo la Corte stessa, in considerazioni di natura finanziaria relative alla sostenibilità del sistema pensionistico.

<sup>64</sup> Coglie, seppure con toni critici, tali riflessi sui sistemi nazionali di conflitto, E. JAYME, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2006, p. 353 ss.

<sup>65</sup> In chiave di analisi metodologica, se si considerano anche le influenze del processo di integrazione europea sui regimi nazionali di conflitto, appare sempre più evidente come l'analisi delle relazioni familiari in chiave strettamente internazionalprivatistica – soprattutto se incentrata nei tecnicismi esasperati, pur propri dei meccanismi di conflitti di leggi o tra ordinamenti – sia insufficiente a rendere conto di una realtà sempre più complessa, dinamica e permeata dall'esigenza di garantire certi diritti e libertà individuali. L'analisi giuridica non può dunque prescindere dall'utilizzo di tutti gli strumenti internazionalistici complessivamente considerati e, in particolare, per quel che qui interessa, dal porre l'accento sul rispetto dei diritti alla vita privata e familiare. Si è correttamente osservato che l'esame delle questioni di *transnational households* richiedono un esame interdisciplinare, non unicamente internazionalprivatistico (I. ISAILOVIĆ, "The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements", disponibile su [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org)).

diritto internazionale privato sarebbe allora opportuno riflettere in termini di *naturale evoluzione e ravvicinamento* dei sistemi giuridici complessivamente considerati. Il relativismo giuridico che il diritto internazionale privato assumeva come presupposto quasi indefettibile del suo operare appare sempre più sottoposto a progressive erosioni.

**ABSTRACT. Fundamental Rights and Recognition of Status Filii in International Surrogacy: Primacy of the Child's Interests**

While focusing on the ECtHR's case-law on international surrogacy arrangements and namely on the *child primary right's* to obtain respect for his private life, the article intends to show how international human rights instruments can affect domestic law and its system of private international law. It argues basically that the Strasbourg Court approach, under Article 8 ECHR, is to be conceived as a judicial policy of *child first* implying a primacy of child's rights as the ultimate *point de repère* given that he or she is the most vulnerable. Respect for the right to private life requires that persons should be able to establish details of their identity as individual human beings, which includes filiation and the child's right to have an identity, as well as a name. Overall, the emphasis lies on the child's *primary* need to have his/her *status filii* recognized with respect to the biological father. Ultimately, the article advocates that private international law is to be shaped by means of interpretation to comply with international human rights obligations.

*Keywords:* fundamental rights; recognition of *status filii* ; surrogacy motherhood; child's interests.