



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2022, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravalle, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2022, n. 1**

NUMERO TEMATICO

Il ruolo delle Corti nella costruzione dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia

Presentazione

Angela Di Stasi p. 1

Editoriale

Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali p. 5
Gaetano De Amicis

Saggi, Articoli e Commenti

L'ordine pubblico processuale e la tutela dei diritti di difesa tra Corti europee e italiane p. 40
Michela Capozzolo

Alla ricerca di una definizione del diritto d'asilo nell'ottica di una riforma di sistema: quale ruolo per le Corti europee? p. 73
Erika Colombo

Diritto di adire un giudice nel sistema "integrato" CEDU-UE e strumenti "deflattivi" del contenzioso a partire dal caso *Succi e altri c. Italia* p. 97
Claudia Colucci

Il ruolo delle giurisdizioni nazionali in materia di aiuti di Stato nell'ambito dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia p. 128
Silvia Marino

Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Claims Arising out of Smart Contracts under the Brussels I Regulation (recast) and on the Blockchain p. 151
Ana Mercedes López Rodríguez

Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata p. 172
Loredana Mura

La giurisprudenza "concorrenziale" della Corte di giustizia UE e della Corte EDU rispetto alla tutela dei singoli soggetti a sanzioni p. 209
Daniele Musmeci



- Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore p. 237
Egeria Nalin
- Judicial Dialogue between National Constitutional Judges and EU Judges in the Context of the Single Supervisory Mechanism: Opportunity for a Reverse Preliminary Ruling? p. 258
Ilaria Ottaviano
- Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giudiziario europeo: quale tutela multilivello per i singoli? p. 279
Cinzia Peraro
- Presunzione di innocenza, informazione giudiziaria e diritti fondamentali p. 308
Francesco Rotondo
- Lo spazio europeo di tutela dei minori di età e il crescente ruolo del principio dei *best interests of the child* in relazione alla “Direttiva rimpatri” con particolare riferimento alla causa C-112/20 p. 338
Sabrina Vannuccini



PREDISPOSIZIONE AI RAPPORTI DI SCHIAVITÀ E RUOLO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA CEDU SULLA MATERNITÀ SURROGATA

Loredana Mura*

SOMMARIO: 1. L'ipotesi di un nesso fra i rapporti stabiliti a mezzo della maternità surrogata e i rapporti di schiavitù nel dibattito interno alla giurisprudenza CEDU. – 2. Le sentenze della Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2015 e del 2017 e l'assimilazione della maternità surrogata alla forma di schiavitù definita come “traffico di esseri umani”. – 3. *Segue:* Le tracce della fattispecie relativa al “traffico di esseri umani” nel fenomeno della maternità surrogata alla luce della vicenda *Paradiso e Campanelli*. – 4. La giurisprudenza della Corte EDU precedente il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: le sentenze *Menesson c. France* e *Labassée c. France* del 2014 e il riconoscimento del legame di filiazione con il padre naturale. – 5. Gli ulteriori pronunciamenti della Corte EDU in tema di maternità surrogata: l'*Avis consultatif* del 2019 e il riconoscimento del legame con la madre d'intenzione non biologica. – 6. La più recente giurisprudenza della Corte EDU sulla maternità surrogata: le sentenze *D. c. France* del 2020 e *Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland* del 2021 e il riconoscimento dei legami personali “effettivi” e “di qualità” del minore. – 7. La disciplina dei profili di illiceità della fattispecie extraterritoriale della maternità surrogata nel quadro dei rapporti fra la Corte EDU e le giurisdizioni nazionali. – 8. L'articolazione della disciplina della maternità surrogata nella giurisprudenza CEDU e il valore attuale della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2017. – 9. La vulnerabilità familiare e ambientale caratterizzante i casi di maternità surrogata come fattore predisponente ai rapporti di schiavitù. – 10. Il ruolo del Diritto internazionale privato nell'azione di contrasto all'illecito della m.s. e di prevenzione dei rapporti di schiavitù.

1. L'ipotesi di un nesso fra i rapporti stabiliti a mezzo della maternità surrogata e i rapporti di schiavitù nel dibattito interno alla giurisprudenza CEDU

Parlare di schiavitù oggi può apparire anacronistico ed eccessivo o, quantomeno, inappropriato perché evocativo di epoche storiche, contesti sociali-economici-culturali, ordinamenti giuridici superati e distanti dai nostri. Il concetto di schiavitù, più esattamente, non sembra in alcun modo rapportarsi agli stili di vita occidentali, al loro

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ricercatrice confermata di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Brescia. Indirizzo e-mail: loredana.mura@unibs.it.

livello di civiltà, ai loro sistemi normativi e giurisdizionali ispirati al c.d. *human rights - based approach*¹ che non si riconoscono, e perciò nulla hanno da condividere, con i sistemi di stampo assoluto, illiberale e autoritario cui è tradizionalmente associato un siffatto concetto.

Al contrario di quanto ora riferito, è piuttosto facile constatare che il termine “schiavitù” non solo rientra pienamente nel linguaggio di uso corrente, ma è anche associato, *de iure condito e de iure condendo*, alla disciplina di fattispecie criminose ad esso collegate e, quindi a prassi, fenomeni e dinamiche di stretta e drammatica attualità. Talché, una recente indagine dottrinale² ha decisamente chiarito che “[c]on tale espressione ci si intende riferire all’evoluzione che il classico concetto codificato dalle Nazioni Unite nel 1926, strettamente riferito ad un vero e proprio ‘diritto di proprietà’ esercitato nei confronti di un essere umano, ha subito nel corso dell’ultimo secolo” e che oggi è “suscettibile di ricomprendere forme diverse, ma di natura ed effetti simili alla storica *chattel slavery* e al traffico transatlantico degli schiavi, quali principalmente: il traffico degli esseri umani, la prostituzione forzata, lo sfruttamento estremo di esseri umani che appartengono agli strati più poveri e meno protetti della popolazione mondiale (immigrati, persone che fuggono da conflitti interni ed internazionali, cittadini di Stati falliti o dittatoriali, esseri umani sottoposti a regimi politici altamente corrotti e politicamente instabili)”³.

Posto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (da qui in poi Corte EDU) nel 2017, facendo leva sui meccanismi di funzionamento del Diritto internazionale privato (d’ora in avanti DIP), ha avuto occasione di classificare la maternità surrogata (definita anche maternità sostitutiva, gestazione per altri-GPA o utero in affitto, *gestation pour autrui, surrogacy*) (d’ora poi m.s.) come una forma di schiavitù avente le caratteristiche tipiche del “traffico di esseri umani”⁴, la presente indagine si propone di verificare se un tale giudizio possa ancora considerarsi valido e, quindi, se l’esistenza di un collegamento così stretto fra questi due tipi di fattispecie abbia un effettivo riscontro nella prassi e quali possano essere, al riguardo, gli elementi che consentono di arrivare ad una siffatta conclusione configurandosi, in definitiva, come fattori di predisposizione alla schiavitù.

¹ Per una definizione di questo concetto (introdotto per la prima volta nel Rapporto UNDP sullo sviluppo umano del 2000) v. U.N., *Human rights - based approach*, in <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>: “The human rights-based approach (HRBA) is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights”.

² Si v. N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell’Agenda delle Nazioni Unite 2030*, Torino, 2021, *Introduzione*. Sul tema della schiavitù si rinvia anche a A. CALORE, P. DE CESARI, *Schiavi. Presente e passato*, Torino, 2021.

³ N. BOSCHIERO, *Presentazione del volume Giustizia e riparazione*, cit., in SIDI, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2021/07/Presentazione-2.pdf>.

⁴ V. in tal senso Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, par. 202. Per approfondimenti sul punto, si rinvia *infra*, ai parr. 2-3.

Al riguardo, è opportuno anticipare che, a distanza di qualche anno, quel giudizio così netto e *tranchante* espresso dalla Corte di Strasburgo sembra essersi attenuato e la m.s. sembra essere, non solo accettata, ma finanche legittimata: nella giurisprudenza CEDU, infatti, si è andato via via consolidando un approccio che inquadra ormai questa fattispecie nell'alveo dei "normali" rapporti di famiglia rientranti, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 8 CEDU sul "Diritto al rispetto della vita privata e familiare"⁵. In sostanza, la Corte di Strasburgo sembra avere abbandonato quella definizione così stigmatizzante della m.s. che l'assimila al "traffico di esseri umani", per adottare un approccio più attenuato in cui lo stesso richiamo al rispetto del DIP appare più sfumato. Tutto ciò, beninteso, senza che i problemi che circondano la m.s. siano stati superati; e, inoltre, che l'intenso dibattito cui essa ha dato vita abbia cessato di suscitare interesse; al contrario, si tratta di questioni molto vive sulle quali la discussione rimane aperta e sulle quali, pertanto, in questa sede ci si propone di ritornare. Per queste ragioni occorrerà chiedersi se è vero che, anche grazie alla giurisprudenza CEDU, la m.s. abbia perso quella connotazione negativa e odiosa che la rendeva incompatibile con gli *standard* di civiltà giuridica e sociale che caratterizzano gli ordinamenti giuridici attuali, inoltre se la copertura giuridica che, come sembra, essa ha ottenuto sia avvenuta a scapito dell'applicazione dei meccanismi di DIP. A questo scopo, la presente indagine cercherà di approfondire, attraverso un esame della giurisprudenza CEDU di settore, le ragioni che hanno indotto la stessa Corte EDU, in un primo tempo ad assimilare la m.s. al "traffico di esseri umani" e quindi a negare ad essa protezione giuridica ai sensi della CEDU; successivamente, a legittimarne l'equiparazione ai rapporti privati e familiari protetti dall'art. 8 CEDU. Sulla scorta di queste considerazioni si cercherà infine di capire quale possa essere, in prospettiva, il valore e il ruolo della legge, in particolare quella di DIP, rispetto a fattispecie, come quella in oggetto, che assumono una rilevanza giuridica e morale, anche molto diversa negli ordinamenti giuridici vigenti.

2. Le sentenze della Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2015 e del 2017 e l'assimilazione della maternità surrogata alla forma di schiavitù definita come "traffico di esseri umani"

L'accostamento della maternità surrogata allo schema della tratta di esseri umani ha formato oggetto, come accennato al paragrafo precedente, di una sentenza che la Corte EDU ha pronunciato in relazione al *key-case* *Paradiso e Campanelli c. l'Italia* del 2017. Questo noto caso di scuola era approdato, in realtà, davanti alla Corte *de quo* già nel 2015 e si era concluso con una condanna a carico dello Stato italiano. In seguito

⁵ Per una significativa rassegna delle principali problematiche familiari trattate dalla Corte EDU in relazione all'art. 8 CEDU v. **A. DI STASI** (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020; S. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Quaderni Giustizia*, 2/2019; Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale di diritto europeo in materia di diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, 2016.

all'impugnazione del nostro Governo, il caso è stato sottoposto al riesame della Grande Camera. Ed è proprio in questa occasione che la Corte EDU nel 2017, capovolgendo l'esito della sua precedente pronuncia, ha adottato una nuova sentenza in cui definiva la m.s. una "pratica illecita", "estremamente problematica"⁶ da un punto di vista etico e giuridico, suscettibile di concretarsi, fra l'altro, in situazioni che "possono essere definite traffico di esseri umani"⁷.

In vista di approfondire meglio gli aspetti ora evidenziati, conviene riassumere nei suoi passaggi fondamentali questa emblematica vicenda, oggetto di un doppio pronunciamento da parte della Corte EDU.

Il caso prende avvio dal ricorso proposto dai coniugi Paradiso-Campanelli alla Corte di Strasburgo nel 2012⁸ al fine di contestare la violazione, da parte dell'Italia, della loro vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU.

La coppia di coniugi, infatti, nel 2010 stipula un contratto di "gestazione per altri" presso una clinica russa dalla quale, in seguito alla nascita di un bambino, aveva ottenuto un certificato attestante il rapporto di filiazione con quest'ultimo. Il detto certificato indicava unicamente che i ricorrenti fossero i genitori naturali del neonato, senza quindi fornire alcuna informazione né sulla madre naturale né, più in generale, sulla nascita del bambino tramite una pratica di m.s. Al rientro dei coniugi nel nostro Paese, le autorità italiane, informate dal Consolato italiano di Mosca delle particolarità del caso, rifiutano la trascrizione del certificato di nascita prodotto in Russia e, per esigenze di tutela dell'ordine pubblico tese ad accertare l'"alterazione dello stato civile", avviano le indagini ai sensi dell'articolo 567 del codice penale⁹. Contemporaneamente, il Pubblico ministero presso il competente Tribunale per i minorenni italiano chiede l'apertura del procedimento di adottabilità nei confronti del neonato, considerato in stato di abbandono.

Le risultanze delle indagini e, in particolare, del test del DNA in contrasto con le affermazioni dei signori Paradiso e Campanelli, hanno successivamente evidenziato l'assenza di un legame biologico tra questi ultimi e il neonato; d'altro canto, nessuna prova era stata fornita dagli stessi genitori intenzionali per dimostrare che il loro materiale genetico fosse stato effettivamente consegnato alla clinica russa incaricata di eseguire la tecnica della m.s. In seguito a questi accertamenti, il competente Tribunale per i minorenni – che nel frattempo aveva sospeso "la potestà genitoriale dei ricorrenti ai sensi dell'articolo 10, comma 3, della legge n. 184/1983"¹⁰ – adotta pertanto un provvedimento immediatamente esecutivo in conseguenza del quale il bambino, che all'epoca aveva circa otto mesi, venne allontanato dalla coppia e collocato, prima presso una casa-famiglia, poi presso una famiglia adottiva. A questo punto, i coniugi Paradiso-Campanelli si rivolgono alla Corte europea in parola lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU per la sottrazione

⁶ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 203.

⁷ *Ibidem*, par. 202.

⁸ V. *supra*, nota 5.

⁹ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., parr. 12-13.

¹⁰ *Ibidem*, par. 16.

del minore da parte delle autorità italiane e per la mancata trascrizione del certificato di nascita rilasciato ai termini della legge russa.

La prima sentenza, pronunciata il 27 gennaio 2015 dalla Seconda sezione della Corte di Strasburgo¹¹, ha parzialmente accolto il ricorso della coppia di coniugi, riconoscendo l'avvenuta violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano. Nell'occasione, infatti, la Corte europea *de quo* ha ritenuto che il periodo trascorso dalla coppia insieme al neonato, benché breve, potesse essere considerato sufficiente ed adeguato ad instaurare un legame familiare *de facto* meritevole di tutela. In definitiva, secondo la Corte in parola, il mantenimento dei rapporti affettivi nel frattempo instaurati va garantito ad ogni costo a prescindere dalla loro origine illegale: in tal senso, “il riferimento all'ordine pubblico” utilizzato dalle autorità italiane per risolvere il caso di specie, secondo la stessa Corte non può “[...] essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo”¹²; per altro verso, “il solo fatto che il minore avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei suoi genitori intenzionali qualora fosse rimasto presso di loro” non basta, secondo la stessa Corte, “per giustificare il suo allontanamento”¹³ da loro. Con riguardo poi al “mancato riconoscimento della filiazione accertata all'estero” da parte dello Stato italiano, secondo la medesima Corte esso costituisce una “stretta applicazione del diritto nazionale”¹⁴ che integra la violazione dell'art. 8 CEDU. La sentenza in esame conclude osservando che le conseguenze dell'intervento delle autorità italiane “sono state molto pesanti per i ricorrenti”, senza peraltro che fosse stata mai dimostrata la loro mancanza di “buona fede”¹⁵. È pertanto su queste basi che essa condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 8 CEDU.

Il Governo italiano impugna questa sentenza ai sensi dell'art. 43 della Convenzione chiedendone il riesame da parte della Corte EDU nella sua composizione di Grande Camera. Quest'ultima con la sua pronuncia del 24 gennaio 2017 ha capovolto l'esito del primo verdetto. Tanto la breve durata del rapporto fra il neonato e i ricorrenti, quanto le modalità illegittime con cui questo si era formato, portavano infatti ad escludere che tra gli interessati potesse esistere una forma di “vita familiare” *de facto* ai sensi dell'art. 8 CEDU. La Corte considera giustificato, al riguardo, il rifiuto di trascrizione del certificato di nascita straniero da parte dell'Italia¹⁶; nonostante infatti risulti che le autorità italiane avessero riconosciuto, “implicitamente, nella misura in cui ne era stata richiesta la sospensione”, “la potestà genitoriale esercitata dai ricorrenti sul minore [...]”¹⁷, tuttavia

¹¹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12.

¹² *Ibidem*, par. 80.

¹³ *Ibidem*, par. 86.

¹⁴ Per le citazioni ora riportate v. *ibidem*, par. 77.

¹⁵ *Ibidem*, par. 76.

¹⁶ Cfr. Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 143.

¹⁷ *Ibidem*, par. 146.

tale “potestà genitoriale” doveva ritenersi “dubbia”¹⁸ in quanto le indagini avevano dimostrato “che la situazione dei ricorrenti” fosse “in conflitto” con l’ordinamento italiano di cui avevano violato alcuni principi fondamentali¹⁹. In particolare, la decisione dei coniugi di portare il minore fuori dalla Russia per “risiedere con lui in Italia”, ben sapendo che la maternità surrogata fosse proibita nel nostro Paese²⁰, aveva reso oltremodo incerta e precaria la relazione giuridica ad essi riconosciuta dall’ordinamento russo²¹; relazione questa, che è diventata “ancora più tenue” una volta ottenuto “l’esito del DNA” che aveva dimostrato l’assenza di un “legame biologico” tra i coniugi e il minore²².

La Corte EDU del 2017 ritiene che la relazione rivendicata dai ricorrenti non possa rientrare neppure nella nozione di “vita privata” ai sensi dell’art. 8 CEDU. Sebbene, infatti, riconosca che la vita privata delle persone possa ben realizzarsi a mezzo di “legami affettivi che si instaurano e si sviluppano tra un adulto e un minore in situazioni diverse dalla classica situazione di parentela”²³, tuttavia, il Giudice di Strasburgo ritiene che una tale circostanza non si sia verificata nel caso di specie. Se è vero infatti che “una gran parte” della vita privata dei ricorrenti sia “stata rivolta alla realizzazione del loro progetto di diventare genitori”²⁴; è altrettanto vero che questa risulta essersi realizzata in violazione di importanti disposizioni del diritto italiano, nella specie quelle previste dalla legge n. 218 del 1995²⁵ e, per effetto di quest’ultima, delle leggi sulla procreazione medicalmente assistita e sull’adozione internazionale²⁶. Con riguardo specifico al DIP italiano, la Grande Camera – dopo aver rammentato “la sua giurisprudenza costante secondo la quale le parole ‘prevista dalla legge’ impongono, non solo che la misura contestata abbia una base giuridica nel diritto interno” ma, inoltre, che questa debba essere “accessibile alle persone sottoposte alla giustizia, e i suoi effetti devono essere prevedibili”²⁷ – ritiene che, nella specie, l’applicazione delle norme “in materia di *conflitti di leggi* [...]”²⁸ (corsivo aggiunto) da parte dello Stato italiano “fosse prevedibile”²⁹ e priva di condizionamenti da parte del diritto internazionale vigente³⁰. Quindi essa si sofferma sull’importanza e le finalità perseguite dalle norme di DIP italiano nel caso concreto e al riguardo osserva che “vietando l’adozione privata fondata su una relazione contrattuale tra gli individui e limitando il diritto dei genitori adottivi di far entrare dei minori stranieri in Italia *nei* casi in cui le norme in materia di adozione internazionale siano rispettate, il legislatore nazionale *si sforza di proteggere i minori da pratiche illecite, alcune delle quali possono*

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, par. 147.

²⁰ *Ibidem*, parr. 156, 211.

²¹ *Ibidem*, par. 156.

²² *Ibidem*, par. 211.

²³ *Ibidem*, par. 161.

²⁴ *Ibidem*, parr. 163, 190.

²⁵ V. *ibid.*, i parr. 171-173.

²⁶ *Ibidem*, par. 189.

²⁷ *Ibidem*, par. 169.

²⁸ *Ibidem*, par. 170.

²⁹ *Ibidem*, par. 173.

³⁰ *Ibidem*, par. 169.

*essere definite traffico di esseri umani*³¹ (corsivo aggiunto). Spiega ulteriormente al riguardo la medesima Corte che “vietando la gestazione per conto terzi, lo Stato italiano ritiene di perseguire *l’interesse generale della protezione delle donne e dei minori potenzialmente interessati* da pratiche che esso percepisce come estremamente problematiche da un punto di vista etico”³² (corsivo aggiunto); quindi, essa aggiunge: “come sottolinea il Governo, questa politica diventa tanto più importante quando, come nel caso di specie, sono in gioco *contratti commerciali di gestazione per conto terzi*. Questo interesse generale entra in gioco anche nel caso di *misure* adottate dallo Stato *per dissuadere i propri cittadini dal fare ricorso all’estero a pratiche vietate nel proprio territorio*”³³ (corsivo aggiunto).

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, il provvedimento delle autorità italiane che disponeva la rottura dei rapporti fra il minore e i ricorrenti³⁴, secondo la Corte europea *de quo* doveva considerarsi rispettoso degli interessi del minore, posto che esso fosse idoneo non solo a proteggere l’interesse del neonato ad avere urgentemente – “senza attendere l’esito della [...] registrazione del certificato di nascita”³⁵ – “una famiglia conformemente alla legge sull’adozione”³⁶ che possa avere adeguatamente “cura di lui”³⁷; bensì, anche a garantire che il neonato non potesse ricevere “un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione” stessa³⁸. D’altro canto, conclude la Grande Camera, “lasciare il minore con i ricorrenti, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano”³⁹, in vista di realizzare il proprio “desiderio narcisistico”⁴⁰ di diventare genitori e quindi risolvere un problema individuale e di coppia⁴¹.

Su queste basi, pertanto, la Corte EDU giudica l’intervento posto in essere dallo Stato italiano come legittimo e proporzionato alla tutela degli interessi in gioco e, quindi, conforme all’art. 8 CEDU.

3. Segue: Le tracce della fattispecie relativa al “traffico di esseri umani” nel fenomeno della maternità surrogata alla luce della vicenda *Paradiso e Campanelli*

I ricorsi sulla m.s., come quello Paradiso e Campanelli risultano introdotti davanti alla Corte di Strasburgo come rapporti privati e familiari per i quali, dunque, si invoca l’applicazione dell’art. 8 CEDU; ed è alla luce di questo specifico parametro normativo

³¹ *Ibidem*, par. 202.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, par. 203.

³⁴ *Ibidem*, par. 133.

³⁵ *Ibidem*, par. 190.

³⁶ *Ibidem*, par. 209.

³⁷ *Ibidem*, par. 206.

³⁸ *Ibidem*, par. 215.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 190.

⁴¹ *Ibidem*, cfr. parr. 190, 207, 215.

– e non certo dell’art. 4 CEDU sulla “Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato”⁴² – che la Corte EDU li ammette al suo scrutinio. Questa particolarità, tuttavia, come si è visto⁴³, non ha impedito alla Corte di Strasburgo di rinvenire nei rapporti di m.s. le caratteristiche tipiche della schiavitù declinata in forma di “traffico di esseri umani” e di escludere, quindi, per essi la tutela prevista dall’art. 8 CEDU sopra menzionato.

Nel prendere atto della particolare connessione suscettibile di stabilirsi fra le fattispecie di m.s. e di schiavitù, conviene ora prenderne in esame proprio quelle caratteristiche che hanno convinto il Giudice di Strasburgo ad avanzare l’ipotesi della loro assimilazione. A ben guardare, queste caratteristiche sono numerose, evidenti e riconoscibili già nella sentenza del 2015 benché, all’epoca, non siano state correttamente riconosciute e debitamente inquadrare dalla Corte di Strasburgo.

È opportuno, al riguardo, prendere le mosse da quell’aspetto che rappresenta in genere un presupposto tipico della m.s. ed è tale da qualificarla nei termini di un “traffico di esseri umani” mettendone in luce la sua finalità di fare commercio di donne e bambini in stato di bisogno e di inferiorità psico-fisica. Si intende qui fare riferimento a quella struttura organizzativa che gode della copertura delle leggi locali⁴⁴ ed è preordinata a programmare e svolgere tutte quelle attività (legali, sanitarie, burocratiche, ecc.) che ruotano attorno ad un progetto di m.s. e si fondano su un contratto⁴⁵. “In effetti” riferisce al riguardo la sentenza del 2015 “la Corte si trova di fronte un fascicolo in cui una società russa – per la quale lavora l’avvocato che rappresenta i ricorrenti a Strasburgo – ha incassato una somma di denaro dai ricorrenti; ha acquistato dei gameti da donatori sconosciuti; ha trovato una madre surrogata e le ha fatto impiantare gli embrioni; ha consegnato il bambino ai ricorrenti”; e ha aiutato questi ultimi ad “ottenere il certificato di nascita”⁴⁶.

Con riguardo alla “legge” nazionale applicabile, si è avuto modo di accertare⁴⁷ che, trattandosi di una fattispecie connessa a due ordinamenti statali, quello russo e quello italiano, essa avrebbe dovuto essere il risultato di un’attività ricognitiva dei meccanismi di risoluzione del “conflitto” fra l’ordinamento italiano e quello russo in relazione ai diversi effetti che, in essi rispettivamente, si intendevano conseguire con la fattispecie di m.s. Nella realtà della prassi, invece, la gestione di questo aspetto fra l’Italia e la Russia non si è rivelata così agevole e piana: in particolare, l’applicazione del DIP italiano è stata contestata e a tratti disconosciuta anche davanti alla Corte EDU; ed è proprio per ragioni collegate a questo diverso modo di intendere e dare valore ai c.d. conflitti di leggi che lo Stato italiano ha impugnato la sentenza del 2015.

⁴² Per approfondire meglio il ruolo della Corte EDU nella disciplina delle fattispecie sottoposte al suo giudizio v. *infra*, par. 7.

⁴³ *Supra*, par. 2.

⁴⁴ Questa è la ragione per cui il giudice Dedov nella sua *Concurring Opinion* allegata alla sentenza del 2017 parla di un “traffico di esseri umani autorizzato dallo Stato” (cpv. 12).

⁴⁵ Sulla tipicità di questo elemento nello schema della m.s. v. C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 e ss.

⁴⁶ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit. par. 76.

⁴⁷ V. *supra*, par. 2.

Partendo dal secondo dei profili ora accennati, non può passare inosservato il fatto che la sentenza del 2015 – nell’abbracciare la tesi dei ricorrenti – finisce per mettere in dubbio che l’attuazione della legge italiana possa ritenersi plausibile anche con riguardo a fattispecie realizzate all’estero e, comunque, che la clausola dell’ordine pubblico possa essere applicata alla stregua di una “carta bianca che giustifichi qualsiasi misura”⁴⁸. Si è dovuta attendere, quindi, la sentenza del 2017 per riconoscere priva di fondamento la tesi promossa dai ricorrenti secondo cui “in assenza di una clausola di extraterritorialità, una gestazione per conto terzi realizzata legittimamente in un altro Stato non può [...] essere perseguita da parte dei giudici italiani”⁴⁹ e, al contempo, per pronunciare la contrarietà della m.s. effettuata in Russia alle nostre leggi nazionali così come richiamate dalle nostre “norme in materia di conflitto di leggi”⁵⁰. In definitiva, il Giudice di Strasburgo nel 2017 si convince che i ricorrenti, insieme all’organizzazione russa, hanno posto in essere una “pratica commerciale eticamente condannabile”⁵¹ approfittando della “mancanza di armonizzazione tra i sistemi giuridici degli Stati”⁵², a scapito della legge italiana la cui applicazione non può essere considerata arbitraria e illegittima⁵³ e perciò, neppure contraria alla CEDU.

Tornando invece al primo dei profili sopra indicati, basti qui ricordare che, sulla scorta di un indiscriminato *favor* nei confronti della m.s., la legge russa (in particolare, quella vigente all’epoca del caso di m.s. di cui si tratta) presentava una serie di ambiguità

⁴⁸ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., par. 80.

⁴⁹ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 108.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 170. Sotto il profilo in esame, viene in rilievo un passaggio dell’*Opinione dissenziente Comune* dei giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev allegata alla sentenza del 2017 che fornisce la misura del grado di (mis)conoscenza e mistificazione attuale del DIP: “Non abbiamo intenzione di esprimere una qualsiasi opinione sul divieto degli accordi di maternità surrogata in diritto italiano. Spetta al legislatore italiano stabilire quale sia la politica dell’Italia in materia. Tuttavia, *il diritto italiano non ha effetti extraterritoriali*. Quando una coppia è riuscita a sottoscrivere all’estero un accordo di maternità surrogata e a ottenere da una madre residente in un altro paese un neonato che successivamente ha portato legalmente in Italia, è *la situazione fattuale in Italia* derivante da tali eventi che si sono svolti precedentemente in un altro paese, a dover guidare le autorità italiane competenti nella loro reazione a tale situazione. A questo riguardo, abbiamo difficoltà a comprendere il punto di vista della maggioranza che ritiene pertinenti le motivazioni del legislatore che giustificano il divieto di accordi di maternità surrogata trattandosi di misure adottate per scoraggiare i cittadini italiani dal ricorrere all’estero a pratiche che sono vietate in Italia (paragrafo 203 della sentenza). *A nostro parere, la pertinenza di tali motivi diventa meno evidente quando si tratta di una situazione sorta all’estero che, di per sé, non può aver violato il diritto italiano*. A tale proposito, è importante rilevare che la situazione creata dai ricorrenti in Russia è stata in origine riconosciuta e formalizzata dalle autorità italiane, tramite il consolato italiano di Mosca (paragrafo 17 della sentenza)” (*ibid.*, par. 11) (corsivo aggiunto).

⁵¹ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 121.

⁵² *Ibidem*, par. 130.

⁵³ Sotto il profilo in esame, la sentenza del 2017, a differenza di quella del 2015, mette in luce il tentativo di screditamento della legge italiana da parte dei ricorrenti che si dicono convinti che le misure adottate dai giudici italiani siano frutto di una “analisi arbitraria” (*ibid.*, par. 108) animata da una “volontà esclusiva di sanzionarli per il loro comportamento” (*ibid.*, par. 109); che “in assenza di una clausola di extraterritorialità, una gestazione per conto terzi realizzata legittimamente in un altro Stato non può [...] essere perseguita da parte dei giudici italiani” (*ibid.*, par. 108); che “i giudici italiani si sarebbero basati esclusivamente sulla illegalità della situazione creata dai ricorrenti e si sarebbero limitati ad affermare – senza minimamente rispettare la legislazione russa – che la maternità surrogata in Russia era contraria al diritto italiano” (*ibidem*); inoltre, che le “delicate questioni di ordine etico” che la m.s. solleva non possono “legittimare una ‘carta bianca’ che giustifichi qualsiasi provvedimento” (*ibid.*, par. 110).

e conseguenze tali da vanificare ogni possibilità di coordinamento, valido ed effettivo, con quegli ordinamenti statali, come quello italiano, che non attribuiscono un trattamento di protezione alla m.s.: ciò che ha condotto ad un tentativo di aggiramento dei meccanismi di funzionamento del DIP. Sempre con riguardo al profilo in esame, la sentenza del 2015 riferisce le ambiguità della legge russa allora vigente, che non precisava se fosse “necessario un legame biologico tra i futuri genitori e il minore nascituro”⁵⁴ e che, comunque, rendeva “possibile aggirare l’esigenza di avere un legame genetico con uno dei futuri genitori acquistando gli embrioni, che diventano così i ‘suoi’ embrioni”⁵⁵. Ma se è vero che “il diritto russo non esigeva che gli aspiranti genitori fornissero il loro materiale biologico”⁵⁶, tuttavia, è altrettanto certo che “i ricorrenti furono registrati come *genitori del neonato* dall’ufficiale dello Stato civile di Mosca”⁵⁷, dunque senza alcun riferimento al fatto che essi non fossero i genitori naturali del bambino e, per altro verso, senza che “i documenti che riguardavano il parto” (che, peraltro, non recavano “alcuna data precisa”⁵⁸) facessero menzione del fatto che il bambino fosse nato tramite m.s. Sono, pertanto, proprio queste numerose anomalie, vizi e gravi irregolarità ad indurre la Corte EDU del 2017, a mutare d’avviso rispetto al 2015 e, quindi, da un lato, a ritenere che l’atto di nascita fosse “ideologicamente falso e contrario alla legge russa”⁵⁹ e che, addirittura, fosse dubbia la stessa “regolarità del protocollo seguito in Russia”⁶⁰; dall’altro, a concludere che “non vi era stata alcuna gestazione surrogata”⁶¹ bensì un’altra tecnica riproduttiva vietata dalla stessa legge straniera di cui si tratta⁶².

Nel corso della controversia Paradiso e Campanelli, la Corte EDU, per altro verso, si sofferma a descrivere l’oggetto del contratto concluso dalla coppia di coniugi. In tal senso, nel 2017 essa osserva che la missione della signora Paradiso in Russia risultava finalizzata alla stipula di “un contratto con la società Rosjurconsulting, che si era impegnata a trovare una madre surrogata disposta ad accogliere nel proprio utero il materiale genetico della ricorrente e di suo marito, tramite la clinica Vitanova di Mosca” allo scopo di porre in essere la compravendita di un neonato⁶³ con l’implicita costituzione di un “diritto di

⁵⁴ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., par. 76.

⁵⁵ Cfr. sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., par. 76 e sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 107.

⁵⁶ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 107.

⁵⁷ *Ibidem*, parr. 15-16.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 44.

⁵⁹ *Ibidem*, par. 47.

⁶⁰ *Ibidem*, parr. 122, 143.

⁶¹ *Ibidem*, parr. 47, 189.

⁶² La Corte EDU a questo proposito precisa che “il presente caso di specie non può essere qualificato come maternità surrogata di tipo gestazionale, in cui la madre surrogata che ha partorito il bambino non ha alcun legame genetico con quest’ultimo poiché la fecondazione è stata fatta con ovuli di una terza donna. In realtà, *per poter parlare di maternità surrogata di tipo gestazionale o tradizionale (la madre surrogata mette a disposizione i propri ovuli), è necessario che sussista un legame biologico del bambino con almeno uno degli aspiranti genitori* (nel caso di specie i sigg. Paradiso-Campanelli), legame biologico che, come abbiamo visto, non esiste” (*ibid.*, par. 37 e, in termini analoghi, *ibid.*, parr. 47, 131, 133, 189) (corsivo aggiunto).

⁶³ Cfr. sul punto la sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., parr. 26, 37 e la sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., parr. 31, 44, 47, 122, 144, 189.

proprietà” (tipico dei rapporti di schiavitù) su quest’ultimo. È la medesima sentenza del 2017 ad indicare poi, le modalità con cui avviene lo scambio oggetto di una tale compravendita⁶⁴: essa riferisce, in tal senso, che “il bambino nato” attraverso questa forma di PMA è “stato consegnato [...] dietro pagamento di quasi 50.000 Euro”⁶⁵ ai signori Paradiso-Campanelli sottolineando che questi ultimi avessero “versato una importante somma di denaro [...] come contropartita”⁶⁶ allo scopo di “ricevere il minore”⁶⁷.

Una volta accertato l’oggetto del contratto di m.s. e il regime applicabile, la Corte passa a descrivere il ruolo che, nella fattispecie, assume ciascuna delle parti in causa. Nella sentenza del 2017, essa si concentra, innanzitutto, sulla condotta ambigua dei ricorrenti per dedurre la sua anti giuridicità e le finalità antisociali: diversi sono gli spunti da cui la Corte deduce, infatti, la loro volontà, deliberata e premeditata, “fin dall’inizio”⁶⁸, di violare la legge italiana, sostenendo che essi “non soltanto avevano verosimilmente commesso i fatti ascritti, ma avevano anche tentato di nasconderli”⁶⁹. A conferma del fatto che per i ricorrenti “il minore” fosse “il frutto di un progetto genitoriale serio e ben ponderato”⁷⁰, espressione di un loro potere di scelta, libero e incondizionato⁷¹, la Corte rinviene il fatto che essi avessero accettato di concludere un contratto “con la società Rosjurconsulting che presentava chiari elementi di illegalità”, nella consapevolezza quindi della sua contrarietà alle leggi sulla procreazione medicalmente assistita e sull’adozione internazionale⁷². La stessa sentenza del 2017 riferisce, inoltre, che i ricorrenti avessero reso dichiarazioni false che hanno successivamente ritrattato “man mano che venivano smentiti”⁷³; essa aggiunge, altresì, che la ricorrente – che prima della nascita del bambino, aveva fatto “circolare la voce sulla sua gravidanza” lasciando sottintendere “di essere la madre naturale”⁷⁴ – si era dimostrata “molto vaga sull’identità

⁶⁴ Nella loro *Opinione concordante comune* allegata alla sentenza in esame del 2017 i giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov equiparano la m.s. remunerata alla “vendita di minori” considerata “illegale ai sensi del diritto internazionale” vigente (*ibid.*, par. 7); essi aggiungono che “la maternità surrogata, anche se non retribuita, non sia compatibile con la dignità umana”, inoltre che essa sia “degradante non solo per il bambino ma anche per la madre surrogata” e, perciò, deplorano il fatto “che la Corte non abbia adottato una posizione chiara contro tali pratiche” (*ibidem*). Secondo il giudice Dedov la m.s. “non può essere considerata un mezzo adeguato per favorire la solidarietà sociale” (*ibid.*, cpv. 8), essa è “un modo antisociale di realizzare profitti” (*ibidem*) e, pertanto, “tutte le forme di maternità surrogata” (*ibid.*, cpv. 1), risultano pericolose per il “benessere della società” (*ibidem*); la m.s., fin dall’inizio, viola infatti i valori fondamentali della civiltà umana e nuoce a tutti i partecipanti: la madre surrogata, i genitori adottivi e il minore” (*ibid.*, cpv. 12).

⁶⁵ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 44.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 37 e anche par. 189.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 131.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 121.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 42.

⁷⁰ *Ibidem*, par. 106, 163. Secondo la *Concording Opinion* (comune ai giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov) annessa alla sentenza del 2017, una tale forma di progettualità genitoriale costituisce “una circostanza aggravante” (*ivi*, par. 4) e che “Non vi è alcun motivo per ritenere che l’articolo 8 offra una protezione più forte agli atti premeditati” (*ibidem*).

⁷¹ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par.121; cfr. anche parr. 37, 119.

⁷² *Ibidem*, par. 37.

⁷³ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 42.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 44.

della madre genetica”⁷⁵ nel chiaro intento di renderne impossibile l’identificazione. Sulla base di queste premesse, quindi, nella stessa sentenza del 2017, la Corte EDU aderisce alle posizioni delle autorità italiane che dubitano dell’“esistenza “di reali capacità affettive ed educative e di un istinto di solidarietà”⁷⁶ nella coppia, oppressa piuttosto da un “desiderio narcisistico” di genitorialità⁷⁷. Sebbene mostri di non cogliere alcun segno di ravvedimento e riconoscimento delle proprie responsabilità da parte dei ricorrenti, nondimeno la Corte *de quo* non trascura di delinearne il profilo di fragilità personale e di coppia dei ricorrenti. A tal fine, la sentenza del 2015 riconosce “gli aspetti emozionali di questo caso in cui si è trattato, per i ricorrenti, di constatare la loro incapacità di procreare”⁷⁸; l’attesa, prolungata per anni, “di poter adottare affrontando la penuria di minori adottabili”⁷⁹; la “disperazione” di fronte alla scoperta che “il ricorrente non era il padre biologico del minore”⁸⁰; gli errori compiuti ai loro danni da parte della società Rosjurconsulting⁸¹. Anche la sentenza del 2017, sebbene orientata ad accogliere il ricorso del Governo italiano, nondimeno considera di non poter “ignorare il dolore morale” dei ricorrenti “per la mancata soddisfazione del loro desiderio di genitorialità”⁸² e riferisce, al riguardo, che la ricorrente, prima di rivolgersi all’agenzia russa, avesse “tentato invano per otto volte la fecondazione in vitro, mettendo in pericolo la sua salute”⁸³; fosse “ricorsa alla clinica russa perché, in questo paese, era possibile utilizzare gli ovuli di una donatrice, che venivano poi impiantati nel ventre della madre surrogata”⁸⁴. Si tratta dunque di aspetti, quelli ora riferiti, che descrivono efficacemente la situazione di estrema vulnerabilità dei ricorrenti, sia sul piano individuale che familiare ma, allo stesso tempo, ne rilevano l’incapacità di elaborarla e accettarla. Ciò che induce, quindi, il Giudice europeo del 2017 a considerare gli sviluppi negativi della detta vulnerabilità e ad attribuire ad essa un peso decisivo nella definizione dell’esito della causa.

Figura non meno equivoca e sfocata appare, altresì, agli occhi della Corte EDU la *mère porteuse*, la donna cioè, che accetta di portare avanti la gravidanza e che, infine, “ha partorito il minore”⁸⁵. Pur non essendo anche “la madre genetica” del bambino, in quanto non aveva fornito anche parte del suo corredo genetico, la madre surrogata rappresenta l’unico legame, e quindi la “sola certezza”, per il bambino⁸⁶. Ciononostante, essa accetta di rinunciare “ai suoi diritti sul minore dopo averlo messo al mondo”, lasciandolo così

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*, parr. 118, 207.

⁷⁷ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., parr. 118, 190.

⁷⁸ *Ibidem* par. 77.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ D’altro canto, la sentenza del 2015 sottolinea il fatto che l’esistenza di buona fede da parte dei ricorrenti non avrebbe potuto “creare il legame biologico che mancava” (*ibid.*, par. 77). Sulla stessa linea l’*Opinione* concordante comune ai Giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov secondo cui “i legami affettivi non possono da soli creare una vita familiare” (*ibid.*, par. 2).

⁸¹ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., parr. 76-77.

⁸² Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 215.

⁸³ *Ibidem*, par. 27.

⁸⁴ *Ibidem*, par. 37.

⁸⁵ *Ibidem*, parr. 27, 37.

⁸⁶ *Ibidem*, parr. 37 e 189.

“in uno stato di abbandono”⁸⁷. La Corte si preoccupa quindi di accertare le condizioni in cui risulta che la *mère porteuse* abbia “dato il proprio assenso a che l’atto di nascita, redatto in Russia, menzionasse che il bambino era figlio dei sigg. Campanelli e Paradiso”⁸⁸ e alla fine, nel 2017, avalla la tesi del Governo italiano il quale “dubita della validità del consenso della madre surrogata [...]”⁸⁹. Risulta, infatti che quest’ultimo sia stato manifestato a mezzo di una dichiarazione scritta con cui la madre surrogata acconsentiva che i “genitori del bambino fossero una coppia sposata di italiani [...] che avevano dichiarato per iscritto di voler impiantare *i loro embrioni*” nel suo utero e che, pertanto, “nell’atto e nel certificato di nascita” il “minore fosse registrato come figlio dei ricorrenti”⁹⁰. Diversamente da quanto riferito nella detta dichiarazione, tuttavia, si è accertato che il minore non avesse “alcun legame biologico con i ricorrenti”⁹¹, che i donatori del materiale genetico fossero rimasti del tutto sconosciuti e che, quindi, il bambino non fosse nato da una maternità surrogata vera e propria “di tipo gestazionale o tradizionale”⁹². Sulla scorta di questi riscontri e, in particolare, del fatto che “il consenso della madre surrogata” fosse diretto a dare copertura a circostanze diverse da quelle effettivamente realizzate, la Corte EDU ritiene che esso non possa essere considerato “valido”⁹³: ciò significa che esso sia stato manifestato in mancanza di una reale conoscenza dei fatti e di un’effettiva libertà di scelta da parte della madre surrogata che, pertanto, risultava essere stata raggirata.

Accanto alla vulnerabilità ambigua e opaca degli adulti si staglia quella abnorme, netta e inequivoca, del bambino nato da surrogata, incontestabilmente costretto nel ruolo della vittima, sottomesso alla totale volontà degli adulti⁹⁴, “destinato a risolvere i problemi” di questi ultimi passando dalla “proprietà” della madre surrogata a quella dei genitori sociali⁹⁵. La Corte EDU, in effetti, descrive il neonato come il prodotto di un

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 37.

⁸⁹ *Ibidem*, par. 122, 143.

⁹⁰ *Ibidem*, par. 14.

⁹¹ *Ibidem*, par. 37.

⁹² *Ibidem*, par. 37, 189.

⁹³ *Ibidem*, par. 112. Il carattere ambivalente della *mère porteuse* emerge anche nelle *Opinioni concordanti e dissenzienti* allegate alla sentenza *Paradiso e Campanelli* del 2017: da un lato, secondo il giudice De Gaetano si tratta di una figura centrale nel progetto di m.s. che nei fatti risulta del tutto “degradata” e privata della sua “dignità” (*ivi*, par. 7) e che, perciò, essa “deve rinunciare a sviluppare una relazione di amore e di assistenza per tutta la vita” (*ibidem*). Dall’altro, il giudice Dedov nel mettere in evidenza l’uso che la madre surrogata fa del proprio corpo, osserva che “anche se l’unica risorsa valida di cui dispone un individuo è un corpo bello o sano, l’argomento non è sufficiente per poter giustificare che egli tragga un reddito dalla prostituzione, dalla pornografia o dalla surrogazione di maternità” (*ibid.*, cpv. 2). Sui profili di rilevanza penale della m.s., anche con riferimento alla madre surrogata, e le sue relazioni con la schiavitù v. online M. PICCARDI, *La maternità surrogata. Profili di rilevanza penale*, in Camera penale di Roma, *Atti del Convegno su La condizione di vulnerabilità in ambito familiare. La tutela preventiva, punitiva e satisfattiva nazionale e sovranazionale*, 2020, p. 131 ss. spec. pp. 137-138, 165.

⁹⁴ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 77.

⁹⁵ *Ibidem*, par. 190. Sul punto si legga l’*Opinione concordante comune* dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov: “Nel caso di specie il minore è stato effettivamente *vittima* di un traffico di esseri umani. È stato *commissionato e acquistato dai ricorrenti*” (*ivi*, par. 6). Su questo aspetto della m.s. v. A. RUGGERI, C. SALAZAR, “*Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio*”: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di *Antigone*, in *Consulta online*, n. 1/2017, pp. 138-148.

processo di oggettiva reificazione e mercificazione (tipico della schiavitù) allorché il progetto di m.s. lo riduce a “strumento per realizzare un desiderio narcisistico della coppia”⁹⁶ di genitori d’intenzione, ma anche della stessa madre surrogata e degli altri soggetti, che hanno concorso alla sua nascita per problemi personali e di profitto economico⁹⁷, producendo su di lui conseguenze gravissime che, in definitiva, lo predispongono ad uno stato di dipendenza, condizionamento e asservimento al volere degli adulti di riferimento: lo “stato di abbandono”⁹⁸ in cui si trova infatti il minore, oltre ad esporlo alla totale e incontrollata soggezione agli adulti che l’hanno preso in consegna⁹⁹, lo rende “privo di identità”¹⁰⁰, di radici¹⁰¹, di una cittadinanza e, quindi, di una protezione giuridica¹⁰²; più in generale, lo pone in una condizione di grande incertezza giuridica¹⁰³ e di precarietà¹⁰⁴ circa il suo futuro che la Corte definisce (in entrambe le sentenze del 2015 e del 2017) propriamente, in termini di “inesistenza”¹⁰⁵. In sostanza, il minore appare privato – oltre che della prospettiva di uno “sviluppo armonioso e completo”¹⁰⁶ – di tutti quegli aspetti “che rivestono un’importanza primordiale”¹⁰⁷ per lui, per l’acquisto di una propria autonomia e consapevolezza: la sua nascita, le sue origini, la sua identità, la sua stessa esistenza risultano concepite in modo da risultare del tutto funzionali agli obiettivi dei suoi genitori d’intenzione; esse appaiono destinate a conformarsi alla volontà di questi ultimi, a diventare – anche per il futuro – la proiezione dei loro desideri. Questa circostanza – oltre a gettare un’“ombra importante sull’esistenza di reali capacità affettive ed educative e di un istinto di solidarietà umana” nei ricorrenti, che per primi avrebbero dovuto pensare all’interesse del minore¹⁰⁸ – crea quei presupposti di “urgenza” nei confronti del minore¹⁰⁹ che ne giustificano l’immediato¹¹⁰ allontanamento dai ricorrenti e il suo conseguente affidamento “ad una coppia idonea ai fini dell’adozione”¹¹¹: “qualsiasi misura di natura tale da prolungare il

⁹⁶ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 37, 190, 207.

⁹⁷ Si tratta di tutti coloro che hanno reso possibile la m. s. e “concluso un contratto” per la sua compravendita (così sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 121); dei suoi ignoti genitori biologici “vale a dire l’uomo e la donna che hanno fornito i gameti” (*ivi*, par. 37, cpv. 6; analogamente par. 131, 189); della “donna che l’ha partorito” (*ibidem*) e che ha rinunciato a lui. Nella loro *Opinione concordante comune*, i giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov ritengono che il minore e la madre surrogata siano “mezzi per soddisfare i desideri di altri persone” (*ivi*, par. 7).

⁹⁸ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 37, 191.

⁹⁹ *Ibidem*, par. 77.

¹⁰⁰ *Ibidem*, par. 51. Circa il fatto che, ormai, il diritto a conoscere le proprie origini e all’identità personale rappresenti un principio di rango fondamentale riconosciuto nell’ordinamento italiano anche al figlio adottato, v. la sentenza della nostra Corte costituzionale n. 178 del 2013.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 37, 47, 54, 121, 172, 195.

¹⁰² *Ibidem*, par. 47.

¹⁰³ *Ibidem*, par. 151.

¹⁰⁴ *Ibidem*, par. 211.

¹⁰⁵ V. rispettivamente Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., par. 33; sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par.51.

¹⁰⁶ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 76.

¹⁰⁷ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit., par. 85.

¹⁰⁸ Sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 207.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 213; 183, 191, 195, 196, 213.

¹¹⁰ *Ibidem*, par. 190.

¹¹¹ *Ibidem*, par. 210.

soggiorno del minore presso i ricorrenti”¹¹², infatti, “[...] avrebbe comportato il rischio che il semplice trascorrere del tempo” potesse tradursi in “una risoluzione della causa” *de facto*¹¹³ e che i ricorrenti potessero diventare “genitori adottivi” del minore “in violazione di norme importanti del diritto italiano”¹¹⁴.

4. La giurisprudenza della Corte EDU precedente il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: le sentenze *Menesson c. France* e *Labassée c. France* del 2014 e il riconoscimento del legame di filiazione con il padre naturale

La giurisprudenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* non è né la prima, né l’unica adottata dalla Corte EDU in tema di m.s. anche se, come si è detto¹¹⁵, è attualmente la sola ad assimilare una siffatta forma di procreazione assistita al traffico di esseri umani finalizzato al commercio e allo sfruttamento di donne e minori.

Nelle sue pronunce sia precedenti che successive a questa “pietra miliare” della giurisprudenza di settore, la Corte EDU ha in effetti affrontato il tema della m.s. allo scopo di individuare un nucleo di criteri e soluzioni il più possibile idonei a sciogliere i nodi più spinosi della m.s. nel superiore interesse del minore, senza tuttavia giungere alle conclusioni drastiche della sentenza *Paradiso-Campanelli* del 2017. Questo cambiamento della Corte EDU potrebbe lasciare intendere che i casi di m.s. che essa prende a riferimento non presentino quelle caratteristiche (evidenziate al paragrafo precedente) del reato relativo al “traffico di esseri umani”, come ravvisato nella vicenda *Paradiso-Campanelli*: in realtà, anche se (come si avrà modo di dimostrare nelle pagine che seguono) sono altre particolarità che, via via, attirano l’attenzione della Corte *de quo*, molte di quelle caratteristiche risultano essere chiaramente presenti anche in questi casi di m.s. Grazie infatti, alla copertura delle leggi locali e dell’attività di un’organizzazione che si offre di realizzare il progetto di m.s., essi prevedono tutti la stipula di un contratto di compravendita di un neonato e, quindi, il reclutamento di una madre surrogata che, in cambio di denaro e altri benefici, da un lato mette a disposizione il proprio “corpo”¹¹⁶ ai fini della gestazione e dall’altro, abbandona il bambino nelle mani della coppia committente. L’aspetto tuttavia più macroscopico che ricorre in tutti questi casi di surrogata sottoposti alla Corte EDU è sicuramente quello della cancellazione dell’identità della *mère porteuse* dalla certificazione anagrafica del bambino che comporta l’automatica cancellazione dell’identità del bambino stesso, la sua mercificazione e totale sottomissione ai desideri dei suoi genitori intenzionali.

¹¹² *Ibidem*, par. 213.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, par. 215

¹¹⁵ *Supra*, parr. 2-3.

¹¹⁶ In questo senso v. AA. VV., *Le nuove schiavitù e il traffico di esseri umani*, Associazione Diritti Umani - Sviluppo Umano Comune di Padova, 2002, pag. 34, reperibile online.

La situazione testé descritta risulta, quindi, ricorrere nelle vicende oggetto delle sentenze gemelle *Mennesson c. Francia e Labassée c. Francia* del 26 giugno 2014 che precedono il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* sopra esaminato¹¹⁷.

Esse riguardano due coppie di coniugi francesi che avevano dato alla luce, mediante pratiche di m.s. messe in atto negli Stati Uniti, rispettivamente ad una coppia di gemelle e ad una bambina regolarmente registrate come loro figlie legittime all'interno degli Stati americani – la California nel primo caso e il Minnesota nel secondo – in cui era avvenuto il parto, ma a cui era stata negata la trascrizione dell'atto di nascita nei registri anagrafici francesi per la loro contrarietà all'ordine pubblico.

La Corte EDU procede alla valutazione dei due ricorsi distinguendo fra i due tipi di interesse dei ricorrenti – vita familiare e vita privata – protetti dall'art. 8 CEDU che si pretendeva fosse stato violato dalle autorità francesi.

Con riguardo alla pretesa violazione della vita familiare dei ricorrenti, la Corte ritiene che lo Stato francese – nel rifiutare di procedere alla trascrizione del rapporto di filiazione negli appositi registri – non abbia oltrepassato il margine di discrezionalità ex art. 8 CEDU. D'altro canto, non sembrava che questo avesse arrecato nocimento ai ricorrenti che si erano dimostrati in grado di affrontare le difficoltà – comuni, del resto, a tante altre famiglie – derivanti dal mancato riconoscimento del certificato di nascita. In definitiva le due coppie, sebbene non avessero ottenuto il riconoscimento, da parte dell'ordinamento francese, dell'atto di nascita straniero, tuttavia, per effetto di quest'ultimo, godevano di una “*possession d'état*” che permetteva loro di vivere in Francia, insieme ai minori nati da m.s., conducendo di fatto una propria vita familiare¹¹⁸.

Se la Corte EDU esclude, pertanto, un'ingerenza illecita dello Stato francese nella vita familiare dei ricorrenti, viceversa ritiene che il medesimo Stato abbia violato l'art.8 CEDU non tutelando adeguatamente la vita privata delle minori. Queste ultime, infatti, a differenza dei genitori d'intenzione, non avevano scelto di nascere attraverso la m.s., nondimeno si trovavano a dover subire in prima persona le conseguenze di una siffatta scelta genitoriale¹¹⁹. Il mancato riconoscimento della cittadinanza francese per effetto del legame biologico con il padre – in contraddizione con il codice civile francese che ne prevede l'acquisto automatico per effetto dello *jus sanguinis*¹²⁰ – comporta infatti “une troublante incertitude” a carico delle bambine che “est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité”¹²¹. Secondo la Corte di Strasburgo, dunque, “le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste” – in particolare il legame fra le bambine nate tramite surrogata e il loro “père

¹¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. France*, n. 65192/11; sentenza del 26 giugno 2014, *Labassée c. France*, n. 65941/11. Per un commento a queste due sentenze v. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.

¹¹⁸ Sentenza *Mennesson c. France*, cit., par. 93; sentenza *Labassée c. France*, cit., par. 72.

¹¹⁹ Cfr. sentenza *Mennesson c. France*, cit., par. 33.

¹²⁰ Sentenza *Mennesson c. France*, cit., parr. 29, 97; sentenza *Labassée c. France*, cit., parr. 18, 76.

¹²¹ Sentenza *Mennesson c. France*, cit., par. 97; sentenza *Labassée c. France*, cit., par. 75.

biologique” – “porte atteinte” all’identità delle bambine “au sein de la société française” (nella quale esse “ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants”)¹²² (corsivo aggiunto) ed è contrario al superiore interesse del minore¹²³.

La Corte EDU, dunque, non nega di comprendere la preoccupazione dello Stato francese di prevenire il ricorso, in un Paese straniero, a tecniche procreative proibite sul proprio territorio¹²⁴; nondimeno, dichiara di voler evitare “que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d’intention” si ripercuotano negativamente sulla vita privata dei minori coinvolti. Di fronte agli ostacoli di riconoscimento del legame (biologico) di filiazione paterna “[s]e pose donc”, secondo la medesima Corte, “une question grave de compatibilité de cette situation avec l’intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant”¹²⁵. Data l’importanza “de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun”¹²⁶, pertanto, il mancato riconoscimento di un atto straniero – attestante il “lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie”¹²⁷ – che non sia né irregolare né falso¹²⁸, costituisce violazione dell’art. 8 CEDU.

A questo proposito, la Corte osserva che il margine di apprezzamento dello Stato, generalmente molto ampio, in materie eticamente sensibili come questa si riduce “sensibilmente” per effetto del principio del superiore interesse del minore: pertanto, il diritto del minore alla propria *identità*, laddove questa sia validamente accertata, deve considerarsi prevalente su ogni altro ed è sempre meritevole di tutela da attuarsi con ogni mezzo¹²⁹.

Punto fermo di questa giurisprudenza, dunque, è che l’accertamento di un effettivo legame di sangue fra il genitore d’intenzione (nella specie il padre) e il bambino nato da m.s., risultante da un atto di nascita risultato attendibile e legalmente formato all’estero, obbliga lo Stato interessato alla trascrizione del certificato di nascita straniero del minore nato da m.s. e, in definitiva, ad un sostanziale abbassamento dei livelli normativi del proprio ordinamento interno (nella specie di quelli di DIP) nel superiore interesse del minore. Questa sentenza, si badi, lungi dal rappresentare il tentativo della Corte EDU di risolvere una volta per tutte i problemi derivanti dalla m.s., in realtà (come vedremo anche in seguito), intende inaugurare un approccio “moderato” alla disciplina dei rapporti da m.s. che la stessa Corte consoliderà nel tempo e interromperà solo con la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2017.

Qui basti dire che una volta affrontato il problema del riconoscimento del legame di filiazione fra il minore e il proprio padre intenzionale in quanto anche suo genitore biologico, il Giudice di Strasburgo si cimenterà con la questione del rapporto fra il minore

¹²² Sentenza *Menesson c. France*, cit., par. 96.

¹²³ *Ibidem*, par. 100.

¹²⁴ *Ibidem*, par. 99.

¹²⁵ Sentenza *Menesson c. France*, cit., par. 99; sentenza *Labassée c. France*, cit., par. 78.

¹²⁶ Sentenza *Menesson c. France*, cit., par. 100.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*, par. 90.

¹²⁹ *Ibidem*, par. 97.

e la madre sociale, fosse o no genitore naturale del bambino nato da m.s. Aspetto questo che sarà oggetto di analisi del prossimo paragrafo.

5. Gli ulteriori pronunciamenti della Corte EDU in tema di maternità surrogata: l'*Avis consultatif* del 2019 e il riconoscimento del legame con la madre d'intenzione non biologica

Le questioni di m.s. sollevate dalle vicende *Menesson* e *Labassée* riferite al paragrafo precedente, non sono state interamente esaurite con l'adozione delle due sentenze del 2014. In particolare, la vicenda *Menesson* ha lasciato aperti problemi di notevole importanza pratica e giuridica per il minore da non poter essere in nessun modo trascurati: fra questi, *in primis*, quello del suo legame con la madre d'intenzione.

Se, infatti, le due sentenze del 2014 sono pervenute alla conclusione che la soluzione migliore fosse quella di consentire la trascrizione del legame di filiazione con il padre biologico ove accertato che, sotto un tale profilo, l'atto di nascita straniero fosse autentico e veritiero (cioè né invalido, né falso), molti erano i dubbi rimasti aperti circa la disciplina da destinare al rapporto del bambino nato da surrogata con la madre sociale, specie ove quest'ultima non presentasse un legame genetico con il bambino. È pertanto proprio sotto questo profilo che, nel 2019, la Corte di cassazione francese, chiamata a pronunciarsi sul caso *Menesson c. France*, decise di chiedere il parere della Corte EDU utilizzando la procedura prevista dal Protocollo n. 16¹³⁰. Il quesito posto dall'alta Corte francese verteva sui limiti alla discrezionalità degli Stati in materia di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nel caso in cui – come in quello di specie – le gemelle nate tramite surroga di maternità risultavano registrate, oltre che come figlie del sig. *Menesson* loro padre naturale, anche come figlie della Sig.ra *Menesson* che, tuttavia, non era la loro

¹³⁰ Si tratta del Protocollo n. 16 della CEDU adottato a Strasburgo il 2 ottobre 2013 (reperibile *online*). In virtù di tale Protocollo, la Corte EDU assume la competenza, rispetto agli Stati che hanno deciso di ratificarlo, di emettere “pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli” (*ivi*, art. 1, 1° co.). La giurisdizione che presenta la domanda quindi “può chiedere un parere consultivo solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa” (art. 1, 2° co.). Non avendo ratificato il Protocollo n. 16, l'Italia al momento non può disporre di questo importante strumento di dialogo e di confronto con la Corte EDU che potrebbe essere in grado di sciogliere alcuni nodi cruciali che riguardano specificamente il proprio ordinamento, in settori particolarmente sensibili come quello in esame che riguarda i diritti fondamentali dei minori. Sul Protocollo n. 16, v. i recenti contributi *online*: F. GRAZIANI, *Riflessioni brevi su maternità surrogata e interesse superiore del minore: i possibili effetti del parere della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sull'ordinamento italiano*, in *ForoEuropa*, n. 3/2020; F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo – Consulta online*, 2 marzo 2020; I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova dei giudici sul delicato argomento della maternità surrogata*, in *SIDIBlog*, 2019; A. Di BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *SIDIBlog*, 2019; D. HUGLO, *La gestation pour autrui en France suite à l'avis consultatif de la CEDH du 10 avril 2019: entre le droit à l'enfant et le droit de l'enfant*, in *JuriTravail*, 2019.

madre biologica. Sullo sfondo di questo caso, continuava a restare ferma la necessità di trovare una soluzione tale da conciliare la tutela del minore con la repressione del fenomeno della m.s. e, quindi, con la difesa del c.d. ordine pubblico internazionale.

Nel dettaglio, la Corte di cassazione francese ha chiesto alla Corte EDU: se il rifiuto di trascrivere un documento straniero che designasse la madre intenzionale come madre legittima fosse contrario alla CEDU (e, quindi, se violasse la vita privata e familiare degli interessati); inoltre, se fosse necessario distinguere a seconda che la madre intenzionale avesse o no un legame di sangue con il bambino; ulteriormente, se il riconoscimento di un tale legame attraverso la procedura di adozione fosse compatibile con i requisiti previsti dall'art. 8 CEDU; infine, se la soluzione individuata per la madre intenzionale potesse essere applicata, all'occorrenza, anche ai padri d'intenzione che non fossero anche i genitori biologici del bambino.

Il 10 aprile 2019 la *Grand Chambre* emette il suo *Avis consultatif*¹³¹ di risposta all'istanza della Corte di cassazione francese. La Corte EDU esordisce affermando che i casi di m.s. non prevedono soltanto aspetti che coinvolgono la vita privata del minore, bensì anche altre situazioni che meritano analoga tutela: è proprio con un espresso richiamo alla sentenza Paradiso-Campanelli che, sul punto, la Corte EDU si dichiara consapevole “of the fact that, in the context of surrogacy arrangements, the child’s best interests do not merely involve respect for these aspects of his or her right to private life” bensì, coinvolge anche “other fundamental components *that do not necessarily weigh in favour of recognition* of a legal parent-child relationship with the intended mother, *such as protection against the risks of abuse which surrogacy arrangements entail (see Paradiso and Campanelli, cited above, § 202) and the possibility of knowing one’s origins*”¹³² (corsivo aggiunto).

Ciò premesso, la Corte EDU ritiene comunque importante dare un riconoscimento legale al rapporto del minore con quelle persone che sono responsabili della sua educazione e accudimento: “the child’s best interests also entail *the legal identification of the persons responsible* for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment”¹³³ (corsivo aggiunto). Sul presupposto, quindi, che colei che risulti designata come madre nel certificato di nascita legittimamente rilasciato all'estero sia anche colei che, nei fatti, si assume la responsabilità di educare e crescere il nato da m.s., la Corte EDU ritiene che lo Stato interessato – nella specie quello francese – sia tenuto a prevedere la *possibilità* di dare un riconoscimento legittimo ad una siffatta relazione. Una soluzione diversa da quella ora prospettata sarebbe, pertanto, da considerarsi contraria al superiore interesse del minore così come inteso ai sensi della CEDU. La Corte EDU, nell'occasione, precisa che un tale riconoscimento non debba necessariamente avvenire,

¹³¹ Cour européenne des droits de l’homme, *Avis Consultatif* relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention, demandé par la Cour de cassation française (Demande n. P16-2018-001).

¹³² *Avis Consultatif*, cit., par. 41.

¹³³ *Ibidem*, par. 42.

“ab initio”¹³⁴ tramite la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato, ma possa essere anche successivo – ad esempio tramite l’adozione del bambino da parte della madre designata – a condizione che la procedura stabilita al riguardo dalla legislazione nazionale risulti rapida ed efficace, nel senso che essa “enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lengthy period in a position of *legal uncertainty* as regard the relationship”¹³⁵.

Spetta alle autorità nazionali valutare “whether and when, in the concrete circumstances of the case”¹³⁶, il legame madre sociale-figlio sia diventato “a practical reality”¹³⁷, cioè una realtà stabile e concreta, in tal senso, assuma un valore protettivo e di effettivo aiuto alla crescita del minore, favorendone il regolare percorso evolutivo.

Alla luce di questo parere, dunque, lo Stato conserva sicuramente un ampio margine di apprezzamento nella materia e può, perciò, anche perseguire l’obiettivo di vietare, contrastare e sanzionare il ricorso alla m.s. all’estero tramite l’applicazione delle sue norme di DIP. Un tale obiettivo, tuttavia, non può tradursi in un ostacolo al riconoscimento dei legami familiari del bambino nato tramite m.s.¹³⁸, incluso quello con la madre d’intenzione, in quanto riferimento stabile ed effettivo anche se non madre biologica¹³⁹.

Di tutta evidenza, con la formulazione di questo *Avis* la Corte di Strasburgo introduce ulteriori temperamenti all’applicazione e al funzionamento del DIP nazionale – con conseguente abbassamento dei livelli di ordine pubblico – in virtù della forza prevalente ed espansiva del superiore interesse del minore. Un “sacrificio” questo che, come vedremo a breve, non sarà neppure l’ultimo che la Corte EDU chiede alle autorità nazionali coinvolte nella materia.

¹³⁴ *Ibidem*, par. 52.

¹³⁵ *Ibidem*, par. 54.

¹³⁶ *Ibidem*, par. 52.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Con la sentenza del 4 ottobre 2019, n. 648 la *Cour de cassation* francese, modificando il proprio indirizzo giurisprudenziale, ha evidenziato la necessità di un adattamento delle norme di stato civile al diritto CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nell’*Avis* in esame. Su questa linea, si colloca anche la sentenza del 9 marzo 2021, n. 33 della Corte costituzionale italiana. Su questi temi v., con diverse posizioni, la seguente dottrina reperibile online: V. G. CHIAPPETTA, *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l’applicabilità dell’art. 279 c.c.*, in *Giustizia insieme*, 6 luglio 2021; G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021*, in *Giustizia Insieme*, aprile 2021; M. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2/2020, p. 290 ss.

¹³⁹ Osserva a questo proposito la Corte EDU che “the general and absolute impossibility of obtaining recognition of the relationship between a child born through a surrogacy arrangement entered into abroad and the intended mother is incompatible with the child’s best interests, which require at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case” (par. 42) (corsivo aggiunto).

6. La più recente giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata: le sentenze *D. c. France* del 2020 e *Valdis Fjölfnisdóttir and others c. Iceland* del 2021 e il riconoscimento dei legami personali “effettivi” e “di qualità” del minore

La Corte EDU è tornata a parlare di m.s. in altre due recenti sentenze.

La prima di queste, *D. c. France* del 16 luglio 2020¹⁴⁰, riguardava la trascrizione in Francia degli atti di stato civile formati all'estero e il procedimento di adozione di una minore, nata in Ucraina mediante la gestazione per altri, da parte della madre d'intenzione. Quest'ultima, tuttavia, pur non avendo partorito la bambina aveva fornito il suo materiale genetico e quindi poteva considerarsi la madre naturale. La seconda delle sentenze citate, la *Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland* del 18 maggio 2021¹⁴¹ affronta, invece, il caso di una coppia dello stesso sesso che si era recata in California per avere un figlio da maternità surrogata e, tornata in Islanda, si è vista respingere la propria richiesta di trascrizione dell'atto di nascita ottenuto negli USA, nei pubblici registri islandesi.

Nel caso oggetto della sentenza *D. c. France* del 16 luglio 2020, i due genitori di intenzione si recano in Ucraina per effettuare una m.s. fornendo entrambi i propri gameti; la madre surrogata ha quindi ricevuto l'embrione e ha portato a termine la gravidanza fino al parto¹⁴². Di questa circostanza, tuttavia, non è stata fatta alcuna menzione sul certificato di nascita redatto in Ucraina dove, pertanto, i ricorrenti figuravano come il padre e la madre naturali della neonata con la conseguenza che l'atto dovesse ritenersi redatto con un'alterazione dei dati reali e, perciò, fosse falso. Al rientro dei coniugi in Patria, le autorità francesi, in conformità al proprio diritto positivo, accettano la domanda di trascrizione sui registri di stato civile del legame di filiazione paterna, ma non anche quella materna adducendo il fatto che il riconoscimento di quest'ultimo legame dovesse realizzarsi tramite procedimento di adozione, come stabilito dalla Corte di Cassazione francese in adeguamento all'*Avis consultatif* pronunciato dalla Corte EDU nel 2019.

La coppia pertanto, presenta ricorso alla Corte EDU lamentando di avere subito “une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée”¹⁴³ da parte del proprio Stato, sia per il rifiuto da parte di quest'ultimo della trascrizione dell'atto di nascita della minore nata tramite surrogata all'estero che “désigne la première requérante comme étant sa mère”¹⁴⁴ e che risulta essere anche “sa mère génétique”¹⁴⁵; sia per il ritardo con il quale è stata successivamente pronunciata la sentenza di adozione della piccola da parte della madre sociale. I ricorrenti lamentano altresì una discriminazione della bambina nata da maternità surrogata rispetto agli altri minori francesi nati all'estero

¹⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 luglio 2020, *D. c. France*, ricorso n. 11288/18.

¹⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 maggio 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland*, ricorso n. 71552/17.

¹⁴² Sentenza *D. c. France*, par. 65.

¹⁴³ *Ibidem*, par. 56.

¹⁴⁴ *Ibidem*, par. 58.

¹⁴⁵ *Ibidem*, par. 56.

che ottengono il riconoscimento dei rispettivi legami di filiazione così come accertati dall'atto di nascita straniero.

La Corte EDU, dal canto suo, ritiene che non vi sia stata affatto un'ingerenza, né quindi una violazione dell'art. 8 della Convenzione, da parte dello Stato francese. A suo parere, infatti, “la présente requête ne concerne toutefois pas les droits des parents d'intention au regard de la Convention, *mais uniquement ceux de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*”¹⁴⁶ (corsivo aggiunto). Secondo la stessa Corte, quindi, il fatto che la madre d'intenzione sia anche madre genetica del bambino non obbliga lo Stato a procedere al riconoscimento del relativo legame di filiazione tramite trascrizione dell'atto di nascita straniero “dès lors que le lien de filiation entre l'une et l'autre peut être effectivement établi par une autre voie”¹⁴⁷; a questo proposito aggiunge, altresì, che il riconoscimento di tale legame di filiazione tramite l'adozione del figlio del coniuge “produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger”¹⁴⁸. Di fondamentale importanza resta, quindi, la circostanza che lo Stato – dal momento in cui “le lien entre l'enfant et la mère d'intention *s'est concrétisé*”¹⁴⁹ – garantisca comunque alla madre sociale “un mécanisme *effectif* et suffisamment *rapide* permettant la reconnaissance”¹⁵⁰ (corsivo aggiunto).

Con riguardo poi alla questione che una tale modalità di riconoscimento sia suscettibile di creare una discriminazione fra i minori francesi nati all'estero da m.s. e gli altri minori francesi nati all'estero, la Corte rileva che “la différence de traitement dont il est question” non riguarda il fatto che i primi diversamente dai secondi non possano “obtenir la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation à l'égard de celle dont le nom figure sur l'acte de naissance étranger” ma, piuttosto, le *modalità* di un tale riconoscimento: i primi, infatti, “à l'époque des faits de la cause, contrairement aux seconds, ils ne pouvaient à cette fin obtenir la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger et devaient passer par la voie de l'adoption s'agissant de leur filiation maternelle”¹⁵¹. La *ratio* di questa diversità di trattamento da parte della legislazione francese risiede, dunque, secondo la Corte di Strasburgo, nella necessità, da un lato, di consentire che il giudice nazionale possa valutare *se rientri o meno nell'interesse del minore riconoscere* il legame di filiazione materno in ragione della *qualità* che esso riveste nel caso concreto¹⁵²; dall'altro, di scoraggiare il ricorso, da parte dei propri cittadini, alla surrogata nei Paesi stranieri in cui questa è consentita¹⁵³ evitando quindi di eludere in toto l'esistenza e il significato stesso del DIP.

¹⁴⁶ *Ibidem*, par. 61.

¹⁴⁷ *Ibidem*, par. 60.

¹⁴⁸ *Ibidem*, par. 66.

¹⁴⁹ *Ibidem*, par. 67.

¹⁵⁰ *Ibidem*, par. 70.

¹⁵¹ *Ibidem*, par. 85.

¹⁵² Su questa sentenza v. il commento di O. LOPEZ PEGNA, Mater (non) semper certa est! L'impasse sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2021, p. 709 ss.

¹⁵³ Sentenza D. c. France, par. 87.

La seconda delle pronunce citate in apertura al presente paragrafo, la sentenza *Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland* del 18 maggio 2021, riguarda invece il caso di una m.s. effettuata in California da una coppia di donne omosessuali che, peraltro, si è successivamente separata e che, nel proprio Paese, si è vista respingere la richiesta di trascrizione nei pubblici registri dell'atto di nascita ottenuto negli USA. Le due donne si erano rivolte ad un'agenzia a pagamento californiana con cui avevano concluso "a surrogacy delivery plan"¹⁵⁴ che avrebbe permesso loro di diventare genitori. La sentenza *de quo* rileva innanzitutto, che gli stessi documenti americani precisavano che la madre surrogata "has waived any claim to legal parenthood" nei confronti del neonato¹⁵⁵; inoltre, che all'inizio le ricorrenti fossero state reticenti e che solamente "later revealed to Registers Iceland" che il bambino fosse nato "via gestational surrogacy"¹⁵⁶; infine che, per ammissione delle stesse ricorrenti, "it is not contested that there is no biological link between the three applicants"¹⁵⁷. È pertanto sulla base di questi riscontri che la Corte ritiene che la vicenda di cui si tratta sia "comparable to that in the leading case of *Paradiso and Campanelli* [...]"¹⁵⁸ del 2017 alla quale, pertanto, fa numerosi rinvii. Oltre alle numerose analogie, la Corte mette in evidenza, però, anche le sostanziali differenze esistenti fra questi due casi: in particolare, rileva il fatto che le autorità islandesi, pur non avendo registrato le due donne come madri del bambino, non avessero sottratto quest'ultimo – considerato un "minore non accompagnato"¹⁵⁹ – alle loro cure; inoltre, che "the quality of their bond has not been contested by the Government"¹⁶⁰ e che, proprio perciò, la "family life" fra "all three applicants"¹⁶¹ "was not interrupted by an intervention by the respondent State"¹⁶² (corsivo aggiunto). Il bambino, pertanto, continuò a restare affidato ad entrambe le due donne anche in seguito al loro divorzio¹⁶³, inoltre, ottenne la cittadinanza islandese e, dunque, la regolarizzazione del proprio *status* legale dato che, nonostante non fosse stato registrato come il figlio della coppia delle due madri sociali, il suo certificato di nascita americano era stato trascritto sui pubblici registri islandesi.

Nel rigettare, quindi, le accuse delle ricorrenti nei confronti delle autorità islandesi per violazione della loro vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, la Corte di Strasburgo rileva che le misure adottate dall'Islanda nel caso di specie fossero previste dalla legge

¹⁵⁴ Sentenza *Valdis Fjölfnisdóttir and others v. Iceland*, cit., par. 5.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, par. 6.

¹⁵⁷ *Ibidem*, par. 59.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, par. 8.

¹⁶⁰ *Ibidem*, par. 61.

¹⁶¹ *Ibidem*, parr. 60-61.

¹⁶² *Ibidem*, par. 61.

¹⁶³ La Corte, alla fine, si confronta anche sulla questione dell'adozione del bambino dopo la separazione delle due donne, da una di esse. Posto che il ricorso dei privati avesse ad oggetto solo la questione della registrazione del legame parentale, essa non risultava chiamata a pronunciarsi su tale questione. Nondimeno la Corte *de quo* ritiene di dover rispondere ad una esplicita richiesta governativa in tal senso e, perciò osserva che ciascuna delle due *ex* coniugi, da sola o insieme alla nuova compagna (par. 74), avrebbe potuto presentare domanda di adozione ma che – considerato che solo una di esse avrebbe potuto adottare il bambino – ogni decisione al riguardo, avrebbe dovuto essere esaminata esclusivamente alla luce dell'interesse di quest'ultimo.

nazionale e, quindi, fossero conoscibili¹⁶⁴; inoltre, essa riconosce come meritorio lo scopo della stessa legge di proteggere da un lato, gli interessi delle donne particolarmente vulnerabili; e, dall'altro, il diritto del bambino di costruire una propria identità¹⁶⁵, di conoscere la propria storia e le proprie origini, quindi, di poter distinguere fra i suoi genitori naturali e quelli sociali¹⁶⁶. In definitiva, secondo la Corte di Strasburgo le autorità islandesi hanno bilanciato correttamente gli interessi in gioco, coniugando le istanze delle due ricorrenti con quelle attinenti all'ordine pubblico internazionale.

Di tutta evidenza, nella visione della Corte EDU le sentenze ora esaminate hanno lo scopo di concorrere, anche con l'aggiunta di nuovi tasselli, alla costruzione di una disciplina comune della m.s. in Europa. Nella specie, esse hanno definito il profilo attinente al legame "effettivo" e "di qualità" del nato da surrogata con la madre sociale (anche laddove questa abbia fornito il suo materiale genetico ma, tuttavia, non abbia dato alla luce il bambino); inoltre, hanno affrontato la questione del rapporto fra il nato da m. s. e la coppia genitoriale omosessuale, considerandone la disciplina anche in caso di divorzio della coppia stessa. In quest'ottica esse operano un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco considerando, tuttavia, che quello del minore – e il suo diritto di crescere in modo libero e consapevole – debba sempre prevalere su quello dei ricorrenti ma anche della stessa legge nazionale, nella specie, quella di DIP che subisce perciò un temperamento. Non può non notarsi, in tal senso, che le conclusioni a cui giunge la Corte EDU nelle sentenze ora esaminate sono assai diverse, addirittura opposte, a quelle della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2017 nonostante i numerosi ed espliciti richiami ad essa. A ben guardare, infatti, le contestazioni sull'origine illecita dei rapporti derivanti dalla m.s., e quindi sulla violazione delle norme di DIP, mostrano di perdere rilevanza per lasciare spazio al riconoscimento legale di questi rapporti attraverso una deroga all'applicazione dell'ordine pubblico¹⁶⁷; soprattutto, qualsiasi cenno di assimilazione della m.s. al "traffico di esseri umani" risulta essere scomparso. Partendo proprio da quest'ultimo assunto, nelle pagine che seguono, si cercherà di approfondire quale sia il risvolto e il reale significato della circostanza ora descritta, specie in ordine al cambiamento e alla nuova *ratio* che essa intendeva imprimere alla giurisprudenza CEDU sulla m.s.

7. La disciplina dei profili di illiceità della fattispecie extraterritoriale della maternità surrogata nel quadro dei rapporti fra la Corte EDU e le giurisdizioni nazionali

L'analisi giurisprudenziale svolta nelle pagine precedenti ha messo in evidenza che l'inquadramento teorico della m.s. non è affatto cambiato, per cui essa continua ad essere

¹⁶⁴ *Ibidem*, par. 64.

¹⁶⁵ Sul significato di questo diritto v. S. MARINO, *Il diritto all'identità personale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 816 ss.

¹⁶⁶ Sentenza *Valdis Fjölnisdóttir and others v. Iceland*, cit., par. 65.

¹⁶⁷ V. *supra*, parr. 2 e 3.

considerata un reato (assimilabile al traffico di esseri umani) nella maggior parte degli Stati europei come il nostro; in particolare, l'applicabilità delle norme di DIP all'illecito commesso con la m.s. non è stata in nessun modo esclusa o messa in discussione (neppure di fronte alla necessità di tenere conto di altri e prevalenti interessi, quali sono quelli del minore nato da m.s.), bensì sottoposta ad una misura di deroga. A fronte di ciò, potrebbe restare poco chiaro *come* dei rapporti interpersonali originati da un illecito, quali sono quelli nati da un progetto di m.s., possano essere ritenuti dalla Corte di Strasburgo meritevoli di tutela e, quindi, ricondotti al campo di applicazione dell'art. 8 CEDU riservato, invece, ai rapporti privati e familiari aventi origine lecita. Un tale approccio, a ben guardare, produce l'effetto di procurare alla m.s. una sorta di copertura giuridica (con conseguente impunità della condotta antiggiuridica sottostante) e, allo stesso tempo, di causare una perdita di forza e autorevolezza della legge italiana, nella specie quella di DIP che, viceversa, si prefigge di contrastare questo tipo di fattispecie penalmente rilevanti.

A questo proposito, vale osservare che, sebbene la modalità adottata dalla Corte EDU nella disciplina dei casi di m.s. abbia prodotto qualche inconveniente (specie ai danni dell'immagine del DIP), i suoi effetti vanno intesi con un significato e una portata diversi da quelli qui sopra descritti. Non bisogna dimenticare, infatti, che i casi di m.s. sopra esaminati, come ogni altro affare sottoposto alla Corte EDU, sono soggetti ad un *iter* basato sul funzionamento di due sistemi procedimentali – statale e internazionale – di diversa natura giuridica, che perciò risultano indipendenti e coordinati fra loro in virtù di un criterio di *sussidiarietà* che, tuttavia, non può essere inteso anche in termini di *gerarchia*. Da ciò discendono una serie di conseguenze giuridiche di cui è assolutamente necessario tenere conto per comprendere fino in fondo il senso di quell'ipotetico cambio di passo, di cui si discute, che avrebbe portato la Corte EDU nella disciplina della m.s. a spostarne l'inquadramento dalla categoria dell'illecito relativo al traffico di esseri umani escluso dalla tutela dell'art. 8 CEDU, a quella dei rapporti familiari rientranti, invece, nella tutela del medesimo articolo CEDU. A ben guardare, infatti, la qualificazione giuridica della m.s. costituisce un'operazione articolata e complessa che coinvolge una pluralità di aspetti, quali: 1) il riparto di competenza delle giurisdizioni coinvolte – nazionale ed europea – e il peculiare significato che assume, in tale contesto, il carattere c.d. "sussidiario" del ruolo della Corte EDU rispetto a quello degli Stati parti della CEDU; 2) la rilevanza del carattere extraterritoriale della m.s. – posto che si tratta di una fattispecie che presenta collegamenti con più di un ordinamento statale, che genera quindi un "conflitto di leggi" con conseguente necessità di ricerca della legge applicabile al caso concreto; infine, 3) l'interpretazione del *best interest of the child*, ovvero del contenuto effettivo che assume un tale principio nella disciplina del singolo caso di m.s. Prima dunque di accertare il reale significato dell'approccio seguito dalla Corte EDU nella disciplina della m.s. nonché il peso che al suo interno assume ad oggi la sentenza Paradiso e Campanelli del 2017, conviene soffermarsi singolarmente sugli aspetti ora indicati.

1) Sotto il primo profilo, innanzitutto, va detto subito che non c'è coincidenza fra l'illecito di competenza dei giudici interni e quello di competenza della Corte di

Strasburgo. Mentre infatti, spetta al giudice nazionale, sulla base del proprio diritto interno, la qualificazione di un fatto come illecito, (nella specie, il reato relativo alla m.s.)¹⁶⁸; viceversa, alla Corte europea *de quo* è attribuito il compito di esprimersi sulla qualificazione della condotta dello Stato convenuto in giudizio come illecito CEDU, perciò dovrà adoperarsi per verificare se il *modus operandi* di tale Stato nella trattazione del caso concreto – e, quindi, anche nella qualificazione di quest’ultimo come reato – si sia dimostrato conforme o contrario ai parametri CEDU. Questo aspetto è in grado di spiegare quindi il significato del *ruolo sussidiario*¹⁶⁹ della Corte EDU che interviene nel giudizio del caso concreto solo allorché l’atteggiamento dello Stato rispetto al dettato della CEDU possa ritenersi inequivocabile e irrevocabile; inoltre, esso attesta che nello svolgimento del suo compito la stessa Corte europea non si limiterà soltanto a verificare se nell’ordinamento dello Stato convenuto la norma applicabile ai fatti di causa sia o meno conforme al diritto CEDU bensì, *lato sensu*, se l’interpretazione data a tale norma sia tale da rispecchiare il “diritto vivente”¹⁷⁰ e, quindi, sia indicativa della flessibilità e capacità dell’ordinamento nazionale di adattarsi – in modo costante e al passo coi tempi – agli obblighi CEDU.

2) Sotto il secondo profilo va detto che la Corte EDU, nell’accertare se la condotta posta in essere dallo Stato convenuto nel caso concreto, possa ritenersi compatibile con la CEDU, è tenuta a verificare che questa risponda a specifici requisiti quali: che sia “prevista dalla legge” dello Stato stesso; persegua uno “scopo legittimo”; sia “necessaria in una società democratica”. L’eventuale carattere di estraneità – definito anche di transnazionalità, transfrontalierità, sovranazionalità, internazionalità o, come nel caso *Paradiso e Campanelli*, di extraterritorialità – che è suscettibile di connotare un fatto illecito (nel caso di specie la m.s. e gli altri reati ad essa collegati) non modifica la modalità operativa della Corte EDU sopra descritta, se non per il fatto che la verifica della compatibilità della condotta statale con la CEDU dovrà essere svolta alla luce di quello specifico ramo del diritto statale denominato DIP e, per effetto del rinvio di quest’ultimo, alla luce della norma da questo richiamata per la disciplina materiale della fattispecie sottoposta a giudizio: nel caso della m.s. si tratterà dunque del DIP appartenente a

¹⁶⁸ Si tratta di una competenza, quello ora definita, sovente ricordata dalla stessa Corte EDU: v. per tutte, la sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 168.

¹⁶⁹ L’accusa spesso rivolta, in proposito, alla Corte EDU è quella di instaurare un indebito quarto grado di giudizio e di comportarsi, quindi, come un giudice di ultima istanza gerarchicamente sovraordinato a quello nazionale: nell’ambito dei casi di m.s. qui presi in esame, una tale accusa viene mossa alla Corte EDU da parte dei suoi stessi giudici Raimondi e Spano nella loro *Opinione dissenziente* allegata alla sentenza *Paradiso e Campanelli* (2015), cit.: “la majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la ‘quatrième instance’” (*ibid.*, par. 13). Sull’asserito ruolo della Corte EDU come “giudice di quarto grado” v. i seguenti contributi online: A. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016; F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell’uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Archivio penale*, 2013, p. 3 ss.

¹⁷⁰ Sul concetto di “diritto vivente”, v. di recente: G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte EDU e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *Giustizia Insieme*, maggio 2020; R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in *Consulta online*, 2015.

quell'ordinamento nazionale nel quale i privati pretendono di far valere, a qualsiasi titolo, gli effetti prodotti da questa fattispecie all'estero¹⁷¹. Di tutta evidenza, il problema in questi casi non risiede nella natura extraterritoriale della fattispecie di reato, bensì nella opportuna conoscenza e compiuta osservanza (ovvero effettiva e non solo nominale) delle norme di DIP da parte di chi si trovi chiamato a determinarne la sua disciplina nel caso concreto.

3) *Last but not least* va detto che se è vero, come ora riferito, che nella valutazione delle fattispecie internazionalprivatistiche il giudice statale applicherà le norme di DIP, è anche vero, che egli dovrà adoperarsi, in conformità al principio *iura novit curia*, per conoscere al meglio la causa e far emergere, quindi, anche quelle specificità del caso concreto che possano giustificare una deroga all'applicazione delle suddette norme di DIP. Nell'assolvere un tale compito, il giudice nazionale – come spesso ricorda la Corte EDU – ha l'onere di prestare una particolare attenzione alla situazione dei soggetti vulnerabili¹⁷², specie se questi sono minori di età, l'interesse dei quali dovrà prevalere sopra ogni altro¹⁷³. Il *best interest of the child* è un principio – riconosciuto tanto a livello statale che CEDU – che si applica a prescindere dal fatto che il minore sia figlio naturale o legittimo, e indipendentemente dalle modalità con cui è venuto al mondo. È la stessa Corte EDU nella sua giurisprudenza a fare un continuo richiamo a questo principio e al fatto che “l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération”¹⁷⁴. In questo senso, anche la normativa di DIP può subire modifiche dovute all'applicazione di questo fondamentale principio sia sul piano CEDU che su quello nazionale. Vero è piuttosto che, trattandosi di una clausola di carattere generale¹⁷⁵ destinata a riempirsi di significato e assumere portata precettiva in relazione alle particolarità del caso concreto, l'interpretazione del principio del superiore interesse del minore ad opera della Corte

¹⁷¹ Vale osservare, al riguardo, che una recente sentenza di Cassazione penale, la n. 5198 del 10 febbraio 2021, ha chiarito la portata del divieto di maternità surrogata stabilito dal comma 6 dell'articolo 12 della nostra legge n. 40 del 2004 che, secondo l'Alta Corte, punisce "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità".

¹⁷² Un tale principio ha formato oggetto di uno specifico approfondimento da parte della Corte EDU nella sentenza del 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, ricorso n. 52557/14, spec. par. 54.

¹⁷³ Per alcuni recenti scritti *sul best interest of the child* v. C. CARLETTI, *I dibattiti di alto livello nel quadro della 43a sessione del Consiglio dei diritti umani: diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e diritti delle donne*, in *Ordine internazionale e Diritti umani*, 2020/2, p. 369 ss.; M. MAGLI-G. SPADARO, *Diritti dei minori e rapporti tra le fonti del diritto internazionale*, in *Il Diritto Vivente*, 2020; F. POCAR., *La CRC nel sistema delle Nazioni Unite*, in A.G.I.A., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2019, pp. 15-16 ss.; J. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in F. BUFFA e M. G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione Giustizia*, aprile, 2019, p. 413 ss.; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 1/2016, pp. 1-26.

¹⁷⁴ Così da ultimo la sentenza *Valdis Fjölfnisdóttir and others c. Iceland*, cit., par.74; con riferimento alla giurisprudenza CEDU riguardante l'Italia si v. la recente sentenza del 24 giugno 2021, *A.T. c. Italia*, ricorso n. 40910/19, par. 68.

¹⁷⁵ Sulle norme di carattere generale e il loro rapporto con le norme di deroga, ci permettiamo di rinviare al nostro *Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di assicurazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2011, p. 555, spec. 558-561.

EDU non sempre collima con quella del giudice interno¹⁷⁶. Quando questo accade, purtroppo, finisce per produrre un contrasto fra le due linee giurisprudenziali di cui si tratta che può incidere negativamente sulla tutela dei diritti umani¹⁷⁷.

Una volta fatte queste precisazioni, occorre ora procedere, come anticipato all'inizio di questo paragrafo, ad analizzare le ragioni che hanno portato la Corte EDU a spostare l'inquadramento dei rapporti occasionati dalla m.s. dal novero dei rapporti (di origine illecita, perciò assimilabili a quelli conseguenti il traffico di esseri umani) non tutelati dall'art. 8 CEDU, a quelli viceversa tutelati dalla medesima norma convenzionale.

8. L'articolazione della disciplina della maternità surrogata nella giurisprudenza CEDU e il valore attuale della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 2017

Nel cercare di rispondere ora alla questione proposta in conclusione al paragrafo precedente, vale ricordare che di fronte ad un'espansione scomposta e incontrollata¹⁷⁸ del fenomeno della m.s. – sulla cui regolamentazione non c'è uniformità di consensi fra gli Stati membri – la Corte EDU è apparsa sempre più incline ad adottare un *range* di soluzioni rivolte, anziché a rescindere i legami con essa formati, a risolverne i nodi più ostici e cruciali. A questo proposito, l'analisi giurisprudenziale svolta nelle pagine precedenti ci consente di rilevare che il riconoscimento dei diritti genitoriali e, in particolare, di quello rivendicato dai genitori intenzionali al rispetto della propria vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, non è concepito dalla Corte EDU come fine a sé stesso – in quanto, cioè, finalizzato a soddisfare gli scopi e i desideri dei detti genitori – né, tantomeno, è diretto a legalizzarne la condotta illecita. Viceversa, esso è inteso in termini del tutto funzionali al miglior interesse del minore nato da m.s.; l'obiettivo di un tale approccio è dunque quello di assicurare che l'accertamento delle responsabilità genitoriali nella scelta di ricorrere alla tecnica procreativa in esame, non si ripercuota negativamente sui minori, venuti al mondo inconsapevolmente in seguito a tale scelta ma, anzi, possa essere utilmente impiegato per rilevare l'esistenza di eventuali e residuali

¹⁷⁶ Sulla diversità di interpretazione e applicazione del *best interest of the child* da parte della Corte EDU e delle giurisdizioni italiane, sia consentito fare rinvio al nostro *La tutela dei rapporti familiari del minore ex art. 8 CEDU e la sua attuazione dell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 341 ss.

¹⁷⁷ Si tratta di un grosso ostacolo all'azione di effettiva tutela dei diritti umani. A questo proposito, non ci si può esimere dal sottolineare l'importanza di ricorrere a strumenti (come quelli offerti dal Protocollo 16 cui l'Italia, purtroppo, non ha ancora aderito) diretti a favorire il dialogo e il confronto fra Corte EDU e Corti nazionali (v. *supra*, par. 4).

¹⁷⁸ E' proprio sulla scorta di questa circostanza che la Juge O'Leary si spinge ad affermare (nella sua *Opinion concordante* alla sentenza *D. c. France*, cit.) che “Tô dit ou tard, les juridictions nationales pourraient être confrontées à la question de savoir si le dictum *mater semper certa est* doit ou peut toujours être appliqué par les autorités internes [...]” (ivi, par. 7, 21). In precedenza, è stata la Corte EDU ad osservare che “le principe *mater semper certa est, pater est quem nuptiale demonstrant* est battu en brèche en droit positif” (così la sentenza *Mennesson c. France*, cit., par. 106). Su questi aspetti v. di recente G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo*, in *Questione Giustizia*, 2021, spec. par. 6.

condizioni familiari suscettibili di soddisfare le esigenze del minore ovvero il suo diritto di crescere in modo sano, libero e incondizionato. Le particolari e distinte modalità a cui è stato via via sottoposto il riconoscimento del rapporto di filiazione¹⁷⁹ a favore dei genitori d'intenzione, risultano particolarmente indicative in tal senso, evidenziando proprio questa presa di distanza dello Stato dalle richieste avanzate da questi genitori e, al medesimo tempo, la volontà di garantire al minore il suo benessere psico-fisico¹⁸⁰.

Una volta approfondito il significato che assume la collocazione dei rapporti interindividuali derivanti dalla prassi della m.s. fra i rapporti familiari tutelati dall'art. 8 CEDU, resta però il dubbio di quale valore possa ancora rivestire nell'ambito di un tale regime giurisprudenziale la soluzione adottata nella sentenza *Paradiso-Campanelli* del 2017. Vale ribadire, a questo proposito che, sebbene la Corte EDU non sia mai arrivata a sconfessare questa sentenza, tuttavia, le scelte che essa ha mostrato col tempo di privilegiare appaiono molto distanti da quelle contenute in tale noto precedente giudiziale, inducendo quasi a pensare che queste ultime non siano più plausibili, in quanto pertinenti ad una *ratio* giuridica anacronistica, poco flessibile e pertanto superata: si ricorderà, infatti, che la sentenza *Paradiso-Campanelli* del 2017 ha considerato conformi all'art. 8 CEDU il diniego statale del riconoscimento del rapporto di filiazione e, perfino, la rottura dei rapporti di fatto sorti illecitamente dalla m.s.

A questo riguardo, in realtà, non deve sfuggire il fatto che se è vero che la Corte EDU abbia nel tempo preferito optare per un approccio più conciliante nella disciplina della materia, ciò non significa affatto che tutti i legami occasionati da una m.s. debbano essere riconosciuti e, dunque, tutelati incondizionatamente, senza limiti ed eccezioni a scapito, peraltro, del diritto interno e, nella specie, del DIP. Nelle convinzioni espresse dalla Corte EDU, sopra esaminate, in effetti, sembra che il superiore interesse del minore non debba essere in alcun modo penalizzato dal suo temperamento con gli altri interessi in gioco e che, in tal senso, non possa considerarsi soddisfatto da un'applicazione di misure "automatiche e stereotipate"¹⁸¹, adatte per tutti gli usi e per tutte le occasioni; viceversa, un tale interesse va verificato *case by case*, alla luce delle particolari circostanze del caso concreto, se del caso quindi sacrificando in suo nome ogni altro interesse. Obiettivo della Corte EDU, in questi casi, dunque, è quello di verificare se la condotta dei genitori d'intenzione – dimostratasi fortemente antiggiuridica – possa considerarsi ancora di una qualche utilità nella crescita del minore o, viceversa, essa risulti definitivamente compromessa e, quindi, suscettibile di danneggiare quest'ultimo, in contrasto con il diritto

¹⁷⁹ In particolare, sul riconoscimento in Italia del legame di filiazione da m.s. certificato all'estero v. online S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 81 ss.; ID., *Ordine pubblico internazionale e atti di nascita stranieri in caso di gravidanza per altre*, in *Art. 29. Dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018, p. 1 ss.

¹⁸⁰ La Corte EDU precisa al riguardo che non è sufficiente invocare il *best interest of the child* per assecondare le pretese di riconoscimento, da parte dei privati, dei loro legami di filiazione derivanti da una pratica di m.s. dato che occorre, invece, che un tale obiettivo risulti compatibile con una strategia di tutela del minore intesa a garantirne, in senso effettivo e reale, lo "sviluppo armonioso e completo della sua personalità" (così la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (2017), cit., par. 76).

¹⁸¹ Così la stessa sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 210.

CEDU teso, invece, a promuovere una genitorialità legittima, sana, autenticamente responsabile¹⁸². Laddove quindi il minore risulti esposto a *fattori di rischio e pregiudizio*¹⁸³ dovuti ad una situazione di grave *vulnerabilità* familiare – in cui cioè le capacità e responsabilità genitoriali appaiono altamente disfunzionali e, quindi, oggettivamente predittive di un danno al minore – il superiore interesse del minore non solo scongiurerà il riconoscimento del legame familiare sottostante, ma giustificherà altresì l'allontanamento radicale e definitivo di quest'ultimo da un ambiente parentale così fortemente disadattivo e deleterio, proprio come nel caso oggetto della sentenza Paradiso-Campanelli del 2017. Si tratta di misure drastiche, e perciò eccezionali, che rispondono evidentemente ad un'*extrema ratio* e si rendono necessarie nei casi di grave inadempimento, incompetenza, indegnità genitoriale, quando cioè gli svantaggi relativi al mantenimento del rapporto fra i genitori sociali e il neonato superano di gran lunga i vantaggi, si profili un serio rischio e non restino alternative differenti dalla misura di rottura del rapporto stesso. La logica che sorregge un tale ragionamento, di tutta evidenza, lungi dal togliere valore e attualità alle soluzioni della sentenza Paradiso-Campanelli, le rimette pienamente in gioco, contribuendo a dare ad esse una precisa collocazione nell'articolato e complessivo quadro di disciplina a cui la Corte EDU sottopone i rapporti derivanti dalla m.s. escludendoli o includendoli, a seconda dei casi, dalla tutela ex art. 8 CEDU.

Le considerazioni fin qui svolte ci offrono ora lo spunto per soffermarci sulle diverse forme di vulnerabilità familiare (come quella caratterizzante la m.s.) suscettibili di causare un pregiudizio (anche in senso gravemente patologico) al minore che ci permetteranno, a loro volta, di approfondire ulteriormente la questione relativa al nesso esistente fra la m.s. e la schiavitù e, quindi, ai fattori che predispongono ad esse.

9. La vulnerabilità familiare e ambientale caratterizzante i casi di maternità surrogata come fattore predisponente ai rapporti di schiavitù

L'analisi svolta al paragrafo precedente ha accertato che, nella disciplina dei rapporti derivanti da m.s., la Corte EDU accanto a misure più miti, di sostanziale accondiscendenza alla conservazione dei rapporti di cui si tratta – in quanto compatibili con le prospettive di una crescita equilibrata del minore – ha previsto altresì misure più radicali¹⁸⁴, di rescissione dei detti rapporti – in quanto suscettibili di esporre il minore al rischio di un'evoluzione, anche gravemente patologica, del suo sviluppo – confermando con ciò la piena attualità e adeguatezza delle soluzioni da essa stessa adottate nel caso

¹⁸² In tal senso, depone la stessa interpretazione dell'art. 8, paragrafo 2 CEDU da parte della Corte EDU nella sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit., par. 167.

¹⁸³ Nella specie si tratterebbe di quel "risk of abuse which surrogacy arrangements entail" ventilato dalla Corte EDU nel suo *Avis* pronunciato nel 2019 (v. *supra*, par. 5).

¹⁸⁴ Su questa duplice direzione della disciplina del *best interest of the child* ex art. 8 CEDU, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 6 luglio 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, ricorso n. 41615/07, par. 136.

Paradiso e Campanelli del 2017. A ben guardare, nella mentalità della Corte di Strasburgo l'attitudine antiggiuridica e antisociale posta in essere dalla coppia di genitori sociali con la m.s., ove non adeguatamente elaborata, può riflettersi sullo stile di cura e di educazione del bambino nato da m.s. e quindi essere suscettibile di produrre effetti nocivi sulla sua vita.

D'altro canto, se è vero, che la famiglia può rappresentare l'ambiente ideale in cui un bambino può crescere serenamente, ricevere protezione, educazione, sostegno morale e materiale, è anche vero che la famiglia può essere il luogo in cui il minore può subire forme di trascuratezza, sfruttamento, violenza, abuso, ecc. che possono interferire con il suo regolare sviluppo e segnare, in modo anche indelebile, la sua esistenza confinandola in uno stato di *vulnerabilità* irrisolto e, quindi, permanente¹⁸⁵.

È un dato di comune esperienza che *la famiglia con le sue origini, la sua storia, la sua educazione possa rappresentare tanto un fattore di protezione quanto di rischio per l'individuo e, quindi, possa forgiarne la personalità, controllarne i comportamenti, influenzarne le relazioni, condizionarne le scelte, limitarne l'autonomia, comprometterne addirittura lo stato di salute.*

Il modello (educativo, affettivo, relazionale, morale, ecc.) adottato dalla famiglia in sostanza può stimolare, valorizzare, condividere e rinforzare le caratteristiche e attitudini personali dell'individuo, ma può anche mortificarle, ostacolarle, reprimerle, annientarle.

Se nella famiglia sana i modelli di riferimento possono essere messi in discussione, confrontati e adattati alle esigenze di ogni suo singolo membro, nella famiglia patologica e disfunzionale, viceversa, essi appaiono rigidi, imm modificabili e possono perciò generare forme di disadattamento, anche di tipo sanitario, a danno dei suoi membri più fragili, in primis dei figli non attrezzati ad affrontarle e, dunque, predisposti a subirle. Un ambiente familiare vulnerabile può, quindi, sicuramente costituire il presupposto per la formazione di personalità disturbate che, in circostanze favorevoli, saranno propense a slantetizzare quei comportamenti disfunzionali appresi in famiglia rendendoli inclini ora a subire ora ad infliggere sofferenza, ad usare violenza contro se stessi e/o contro gli altri senza alternative o soluzioni di compromesso¹⁸⁶. Si tratta delle due facce di una stessa medaglia

¹⁸⁵ Sui rapporti familiari di tipo disfunzionale promossi davanti alla Corte EDU e riguardanti il nostro Stato sia consentito di rinviare al nostro *I diritti e i doveri dei genitori fra modelli socio-culturali e interesse superiore del minore*, (in M.C. DE CICCO (ed.), *"I doveri nell'era dei diritti fra etica e mercato. Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado"*, VII Journadas Internacionais da Catedra Unesco organizadas na Universidade de Camerino 21-22 novembre 2019, Napoli, 2020, pp. 160-183.

¹⁸⁶ Sul tema si v. *ex multis*, i seguenti scritti reperibili online: E. V. SARDINA, *"Liberi di scegliere" e i nuovi progetti di tutela dei minorenni, figli della 'ndrangheta*, in *Diritto penale e Uomo*, giugno 2020; P. TODINI, *Tutela dei minori di mafia attraverso i provvedimenti de potestate*, in *Nuovefrontierediritto.it*, 2015. Qui di seguito, le parole estratte dalla sentenza (reperibile *online*) con cui il Tribunale dei minori di Reggio Calabria nel 2012 ordinava la decadenza della potestà genitoriale del capomafia Giuseppe De Stefano: "La situazione dei figli di mafiosi costretti a subire come normali, complici le madri, esempi estremi di vita criminale è sicuramente una situazione ben più grave di quella qualificabile come semplice abbandono. [...] la famiglia di 'ndrangheta, funzionando come palestra di addestramento al crimine elevato a sistema di vita, cessa di essere una cellula educativa della società civile"; per queste ragioni la Procura presso lo stesso Tribunale decideva di intervenire ravvisando in quel *tipo di educazione*: "Una forma di schiavitù che aliena i figli dalla vita normale e li prepara ad un futuro fatto di *certa inclinazione criminale*" (*ibidem*, corsivi aggiunti).

in cui si riflettono i *profili del* maltrattato e del maltrattante, dell'abusato e dell'abusante, del violentato e del violentatore, dello sfruttato e dello sfruttatore, dello stalkerato e dello stalker, del controllato e del controllante, del masochista e del sadico, del dominato e del dominatore, della vittima e del carnefice e, quindi, dello schiavo e del suo padrone¹⁸⁷. *Solo attraverso un progressivo e adeguato percorso di crescita il minore può prendere coscienza ed elaborare la propria situazione familiare, i suoi limiti, le sue fragilità e conquistare la propria autonomia, la propria libertà di scelta, costruire una propria identità, sostituire il modello familiare malato con un modello sano, più adatto alle sue esigenze, alle sue attitudini e alle sue aspirazioni.* Questo spiega perché l'orientamento giurisprudenziale della Corte EDU tenda sempre di più a verificare che l'intervento statale – affinché possa considerarsi conforme alla CEDU e, quindi, al *best interest of the child* – risulti orientato in tale direzione e quindi preveda le condizioni più adatte a garantire al minore l'acquisizione di strumenti e meccanismi di (auto)protezione (in forma di regole, esperienze, strategie, ecc.) che possano aiutarlo a superare la propria vulnerabilità e soglia di rischio per assumere modalità adattive (in forma di comportamenti, mentalità, ecc.) quanto più possibile favorevoli alla sua salute, al suo benessere e alla sua autonomia evitando, quindi, situazioni di soggezione e dipendenza.

Queste riflessioni, di tutta evidenza, non soltanto ci portano alle origini del fenomeno della m.s., alla comprensione dei suoi presupposti, delle sue cause scatenanti, della situazione di grande vulnerabilità che la contraddistingue, ma ci conducono altresì ai presupposti, alle cause e allo stato di vulnerabilità alla base della schiavitù, alle sue vecchie e nuove forme, al suo archetipo originario. Per comprendere tuttavia fino in fondo l'origine e le dinamiche di questi fenomeni, va osservato che la famiglia, pur con le sue responsabilità e fragilità, non è il solo fattore di predisposizione ad essi.

Se è vero, infatti, che la famiglia è il primo ambito con cui *il singolo viene a contatto e da cui riceve i suoi input iniziali e fondamentali, tuttavia, essa non è l'unico. È vero cioè, che il contesto familiare (sia esso biologico o meno), più di ogni altro, può influire sull'individuo segnando in modo profondo e anche irreversibile la sua esperienza personale, costituire il presupposto non solo della sua vulnerabilità ma, altresì, della sua evoluzione negativa. Tuttavia, per quanto possa essere autonoma e organizzata, la famiglia non è una realtà autoreferenziale, isolata o separata dall'ambiente circostante. Al contrario, essa risulta spesso inserita, anche integrata e comunque collegata con l'ambiente esterno (in tutti o alcuni dei suoi aspetti) in un rapporto di causa-effetto, in un flusso variabile di reciproco scambio e condizionamento. Neanche la famiglia più refrattaria, chiusa, poco incline alla comunicazione e al confronto può sottrarsi del tutto a questo fenomeno; in tal senso, essa riceve, filtra ed elabora le informazioni (sotto forma di modelli, schemi, tendenze, mode, tradizioni, consuetudini, abitudini, prassi, condotte,*

¹⁸⁷ La recente sentenza della nostra Corte di cassazione, V Sez. penale del 4 agosto 2021 n. 30538 ravvisa gli elementi costitutivi della fattispecie relativa all'art. 600, co. 1, c.p. in un caso di induzione di una figlia al matrimonio: è stata riscontrata, infatti, l'esistenza di un contesto familiare responsabile di "uno stato di soggezione implicito" di tale figlia e della sua sottoposizione a un processo di reificazione anche sulla scorta dell'adesione paterna al sistema culturale di riferimento.

atteggiamenti, aspettative, conoscenze, valori, mentalità, interpretazioni, teorie, idee, ideologie, congetture, suggestioni, credenze, paure, convinzioni, stereotipi, pregiudizi, tabù, ecc.) che provengono dall'esterno e attengono ai diversi ambiti della nostra quotidiana vita di relazione; essa, giocoforza, viene a riflettere l'andamento della società e dell'ambiente che la circonda e a rappresentarne tanto la sua evoluzione quanto il suo degrado e la sua involuzione.

Le considerazioni ora svolte contribuiscono dunque ad individuare quali ulteriori fattori, oltre alla famiglia, possono influenzare l'individuo attivando la sua propensione a sperimentare situazioni di rischio (come quelle di dipendenza, in termini di sottomissione o di dominio, tipiche dei rapporti di schiavitù) o invece ad accrescere la sua autonomia e consapevolezza, insieme alla sua capacità di resilienza e autoconservazione: nelle pagine seguenti, resterà quindi da esaminare quale possa essere il ruolo della legge, in particolare quella di DIP, per veicolare modelli di vita positivi, forme di indipendenza, prassi virtuose atte ad evitare condotte pregiudizievoli per sé e per gli altri come quelle relative alla m.s.

10. Il ruolo del Diritto internazionale privato nell'azione di contrasto all'illecito della m.s. e di prevenzione dei rapporti di schiavitù

Alla luce di quanto osservato al paragrafo precedente circa i rapporti fra l'individuo, la famiglia e il contesto di riferimento, è agevole osservare che il rapporto fra l'individuo e un determinato ordinamento giuridico (e, quindi, la questione del rispetto o meno delle sue leggi) rientra nella dinamica di questi fenomeni: talché se negli individui dotati di un buon grado di autonomia, in termini di capacità di autoregolamentazione, autocontrollo, autoconservazione e interiorizzazione delle regole, l'ordinamento si limita a costituire un modello comportamentale e, in tal senso, un punto di riferimento, di prevenzione e, all'occorrenza, di tutela; viceversa, in quei soggetti meno dotati di tali capacità, e dunque più vulnerabili, essa può perdere ogni attrattiva e potere di contenimento limitandosi ad assumere, semmai, una funzione sanzionatoria e correttiva delle diverse tipologie di condotta antiggiuridica a seconda del suo grado di sregolatezza.

L'istituto della m.s. costituisce un chiaro esempio di questo rapporto osmotico fra individuo, famiglia e ambiente esterno: nella specie, fra la coppia di genitori d'intenzione, il loro ordinamento di appartenenza e quello straniero. Quest'ultimo, favorendo la m.s., permette ai due genitori d'intenzione di innescare modelli operativi interni di tipo disadattivo in vista di assecondare il proprio desiderio represso di genitorialità. Esso fornisce cioè quell'occasione che prima intacca e poi rompe le loro fragili remore, al punto che la loro vulnerabilità frustrata finisce per degenerare in uno schema comportamentale volto ad aggirare la legge del proprio Stato. La situazione ora descritta, a ben guardare, costituisce l'esempio di una pratica ben nota all'esperienza giuridica internazionalprivatistica, che, sfruttando l'eterogeneità fra gli ordinamenti giuridici vigenti, si manifesta in forma di attacco, da parte di un ordinamento nazionale, ai principi fondanti di un altro ordinamento statale e, in particolare, ai diritti e alle libertà che esso

garantisce alla persona umana¹⁸⁸. Di fronte, a queste evenienze gli Stati hanno sviluppato meccanismi di DIP preordinati a prevenire e respingere queste forme di ingerenza normativa da parte di ordinamenti stranieri al fine di preservare l'armonia e la coerenza del proprio ordinamento interno senza che questo, tuttavia, possa valere ad annullare o contraddire i suoi ideali di coordinamento, neutralità e apertura verso realtà giuridiche differenti. È evidente che, di fronte ad una tale possibilità il DIP svolge una funzione di indiscutibile importanza per il bene comune dell'umanità che, in prospettiva, merita di essere non solo consolidata, ma altresì incrementata. Nelle pagine che precedono si è avuto modo di delineare la *ratio*, la vocazione e le finalità molto attuali e strategiche del DIP, in relazione a fattispecie alquanto controverse come quella della m.s. In particolare, si sono potute apprezzare la sua flessibilità ovvero la sua capacità di mettersi in discussione e attenuare gli eventuali punti di rigidità per sapersi meglio adattare alle nuove istanze, ai nuovi traguardi, alle nuove sfide della società, specie se riguardanti la tutela dei diritti umani. Sotto questo profilo si è visto, in particolare, che le esigenze di ordine pubblico possono piegarsi e cedere il passo – attraverso la previsione di apposite deroghe – a favore dei diritti umani, dell'interesse e dei bisogni di protezione di quei soggetti che, a causa della loro fisiologica inferiorità dovuta all'età anagrafica, sono particolarmente vulnerabili senza peraltro che questo possa pregiudicare la coerenza interna dell'ordinamento, il suo livello di civiltà e di progresso ma, anzi, adeguandone l'applicazione al caso concreto¹⁸⁹. Il principio del *best interest of the child*, infatti, attraverso il progetto di crescita del minore – di cui, caso per caso, si fa portatore insieme al modello di emancipazione e libertà cui questo si ispira – rappresenta il miglior investimento che un ordinamento possa fare non solo in termini di educazione, ma anche di sensibilizzazione e prevenzione da stili di vita inadeguati, comportamenti devianti, attitudini antisociali come quelle inerenti la m.s.; in prospettiva, costituisce anche il miglior deterrente rispetto a crimini extraterritoriali come quello della m.s. e al modello schiavistico che essa ricalca e veicola. Tuttavia, un conto è affermare la necessità che il DIP si autolimiti e si sottoponga ad una deroga in nome di interessi di grado superiore, altro è dire che esso non sia dotato di un carattere di “extraterritorialità”, e quindi di giuridicità, lasciando così intendere che questo ramo del diritto statale (e gli istituti su cui

¹⁸⁸ Sulla pratica del c.d. *system e forum shopping*, nonché sulla questione della c.d. concorrenza tra gli ordinamenti v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, vol. I, Torino, 2019, pp. 15-16.

¹⁸⁹ Cfr. sul punto B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, p. 21 secondo cui “[l]’ordine pubblico internazionale [...] è nozione “sintetica” e “pluralistica” [...] che mal si presta a interpretazioni ‘monistiche’ come quella che vorrebbe esaurirla nell’ambito di un unico principio o valore, quale può essere, appunto, quello del superiore interesse del minore o della protezione dell’infanzia”. Sul dibattito in corso nella dottrina intorno a questi temi v. C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. Di STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 137 ss.; R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi.it*, n. 21/2020; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; S. TONOLO, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIus*, n. 2/2019, p. 1 ss.

si basa il suo funzionamento) cessi la sua funzione proprio in relazione a quelle fattispecie – connotate da estraneità – che, viceversa, formano l’oggetto della sua specifica disciplina. È indubbio, a questo proposito, che il percorso maturato dalla Corte EDU nella disciplina dei casi di m.s. abbia faticato a porsi in un’ottica di riconoscimento e valorizzazione della funzione propria del DIP e stenti tuttora ad essere letto come tale. Una circostanza questa che, come a suo tempo osservato¹⁹⁰, ha finito per dare alla m.s. una sorta di copertura giuridica (tanto che essa resta un fenomeno piuttosto radicato e diffuso a livello internazionale) ma, soprattutto, ha contribuito ad offuscare le potenzialità del DIP, ad intaccarne la credibilità come fonte di norme giuridiche e strumento idoneo a prevenire e reprimere l’illecito extraterritoriale¹⁹¹. È inevitabile, quindi, che una tale situazione generi un clima di confusione, di incertezza giuridica, nonché di diffidenza nei confronti della legge che è suscettibile di mettere a rischio la condotta dei soggetti più fragili e meno strutturati dell’ordinamento giuridico senza riuscire neppure a raggiungere la coscienza collettiva, ad accrescere la sensibilità generale. Al punto che lo stesso divieto con cui l’ordinamento italiano cerca di contrastare il ricorso alla m.s., finisce per apparire come un irrigidimento normativo, un gesto autoritario, se non pure un anacronismo giuridico, un segnale di arretratezza legislativa che nella specie si declina in un ostacolo al progresso scientifico e all’utilizzo di nuove tecniche di procreazione assistita, in un limite alla realizzazione delle naturali aspirazioni riproduttive dell’individuo, alle libere scelte lavorative della donna che decide di offrirsi come madre surrogata e al superiore interesse del bambino di vivere in un ambiente familiare economicamente più agiato¹⁹².

D’altro canto, non si può fare a meno di osservare che questa modalità di approccio ai fenomeni extraterritoriali, come quello della m.s., e alla loro disciplina è tutt’altro che nuova e perciò rievoca vecchi schemi e un modo di intendere il DIP che si consideravano ormai superati. Essa, a ben guardare, fa riaffiorare i problemi, i pregiudizi, gli stereotipi, i dubbi, le false convinzioni – riguardanti la sua natura giuridica, il suo carattere obbligatorio, il suo oggetto, il suo funzionamento, ecc. – che in passato hanno ostacolato e reso difficile la nascita e l’esistenza di questa parte del diritto statale, che sembrava fossero stati elaborati e risolti dalla scienza giuridica ma che, invece, danno prova di esistere tuttora.

A dispetto dell’importanza che, soprattutto in prospettiva, il DIP si accinge ad assumere nella regolamentazione dei rapporti interpersonali, non sembrano intravedersi spiragli per la creazione di quel giusto clima di sensibilità, consapevolezza, conoscenza e preparazione che viceversa sono indispensabili – non solo al giurista, come si dirà – per

¹⁹⁰ *Supra*, spec. parr. 2 e 3.

¹⁹¹ Quella ora evidenziata corrisponde ad una preoccupazione molto diffusa fra gli Stati appartenenti alla CEDU e che perciò risulta spesso rappresentata in occasione dei giudizi di m.s. davanti alla Corte EDU: lo Stato italiano la manifesta nella stessa sentenza *Paradiso e Campanelli* (2017), cit.: v. *ivi*, parr. 130, 177, 197, spec. par. 204. Sul merito si rinvia alle indicazioni espresse dalla giurisprudenza della nostra *Cassazione*: *supra*, par. 7, nota 172.

¹⁹² Per una breve sintesi delle posizioni favorevoli e contrarie alla m.s. v. S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Politeia*, 2016, spec. pp. 19-31.

ridare slancio a questo settore del diritto e assicurarne l'effettiva applicazione, oggi rimessa più che altro alla libera iniziativa e discrezionalità dell'operatore giuridico interno¹⁹³. A ben guardare, infatti, la risposta a questa situazione di *empasse* non può che consistere nella creazione di una solida *cultura* di DIP attraverso il ritorno alla discussione, allo studio e all'insegnamento dei suoi caratteri, istituti, principi fondamentali, nonché dei suoi valori e della sua vocazione originaria. Tanto più la materia è chiara, il suo funzionamento comprensibile e coerente, quanto più sarà facile per le istituzioni promuoverla e diffonderla, per l'individuo interiorizzarla e rispettarla. E se è vero, al riguardo, che i giudici e gli esperti sono schierati in prima linea nelle risoluzioni dei nodi più tecnici della materia, nella scelta della legge più adatta a disciplinare il caso concreto, nella sua più giusta interpretazione, tuttavia essi non sono gli unici destinatari e interpreti del DIP: sarebbe un errore, in tal senso, legittimare l'idea che il DIP sia un diritto "verticale", per specialisti e pochi eletti, che esso si applichi solo per iniziativa del giudice, una volta cioè che le sue fattispecie emergono in tutta la loro problematicità degenerando in controversia. Se si considera, infatti, che il DIP è destinato a regolare rapporti fra privati e, quindi, rapporti "orizzontali", fra soggetti dotati di una capacità individuale (anche sul piano giurisdizionale¹⁹⁴), allora può ben capirsi che sono tutti i soggetti privati (dunque, in quanto tali, anche quelli pubblici) i naturali e diretti destinatari del DIP. Promuovere il DIP, in questo senso, significa mettere al centro dei suoi obiettivi ed interessi l'individuo, la sua autonomia, la sua capacità di connessione e interazione. Significa quindi promuoverne la consapevolezza, l'autodisciplina, l'autolimitazione, l'autodeterminazione. Allo stesso tempo significa promuoverne la capacità di confronto, di immedesimazione, di collaborazione, di coordinamento¹⁹⁵. In un solo concetto, significa promuovere la responsabilità individuale e collettiva. Un tale approccio, oltre a favorire modelli di convivenza basati su valori di pace, giustizia ed uguaglianza che sono parte del patrimonio del DIP, potrebbe innescare forme di naturale e spontanea contaminazione fra realtà giuridiche e sociali diverse, avvicinare anche quelle più distanti fra loro e creare, quindi, quel substrato culturale e umano di comprensione, dialogo e solidarietà che possa portare, infine, all'abbandono di modelli intollerabili come quello schiavistico.

ABSTRACT: Nel quadro del rapporto sussidiario e dialettico fra la Corte EDU e le Corti nazionali, la disciplina della maternità surrogata (m.s.), benché inizialmente assimilata a quella forma di schiavitù definita come "traffico di esseri umani", mostra di orientarsi sempre più spesso verso forme di tutela ispirate al superiore ed esclusivo

¹⁹³ Sul punto cfr. P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2021, p. 166.

¹⁹⁴ G. CARELLA, *Fondamenti di diritto internazionale privato*, Torino, 2021, p. 91 ss; P. FRANZINA, *Introduzione*, cit., spec. pp. 59, 107 ss., 136.

¹⁹⁵ Si riprendono, in questa sede, alcuni degli spunti proposti nel nostro *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, il diritto europeo e straniero*, Torino, 2012.

interesse del minore che l'art. 8 CEDU prevede per i rapporti familiari vulnerabili. Nonostante i suoi pregi, tuttavia, un tale approccio non si dimostra in grado di incidere sulla mentalità antiggiuridica e antisociale che contraddistingue la m.s. e che il Diritto internazionale privato (DIP) italiano, viceversa, concorre a contrastare. Un'azione di sensibilizzazione a favore della creazione di una solida cultura di DIP, che abbia al suo centro l'individuo e la sua capacità di autoregolamentazione, connessione e interazione, potrebbe in questo senso rappresentare un utile contributo per affermare modelli di responsabilità individuale e collettiva del tutto consoni agli scopi del DIP e agevolare, quindi, l'abbandono dei modelli di tipo schiavistico.

KEYWORDS: Maternità surrogata – Schiavitù – Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Diritto internazionale privato – Responsabilità individuale e collettiva.

PREDISPOSITION TO RELATIONSHIPS OF SLAVERY AND ROLE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW UNDER THE SCRUTINY OF ECHR JURISPRUDENCE ON SURROGACY

ABSTRACT: In the framework of the subsidiary and dialectical relationship between the ECtHR and national courts, the discipline of surrogacy, although initially assimilated to that form of slavery defined as "trafficking in human beings", is increasingly orienting itself towards forms of protection inspired by the superior and exclusive interest of the child that art. 8 of the ECHR provides for vulnerable family relationships. Despite its merits, however, such an approach does not prove capable of affecting the anti-legal and anti-social mentality that distinguishes surrogacy practices and that the Italian Private International Law (PIL), on the contrary, contributes to counteract. An action to raise awareness in favor of the creation of a solid culture of PIL, which has at its center the individual and his ability to self-regulate, connect and interact, could in this sense represent a useful contribution to affirm appropriate models of individual and collective responsibility and to facilitate, therefore, the abandonment of slave-type models.

KEYWORDS: Surrogacy – Slavery – European Convention of Human Rights (ECHR) – Private International Law – Individual and Collective Responsibility.