



**IL RICONOSCIMENTO DELLA LA MATERNITÀ SURROGATA  
ALL'ESTERO:  
LA RISPOSTA DELLA *COUR DE CASSATION*  
Marta Giacomini \***

**Sommario** 1. Introduzione. – 2. Il caso sottoposto alla *Cour de cassation*. – 3. La decisione della *Cour de cassation* alla luce dei casi *Mennesson e Labassée c. Francia*. – 4. L'inversione dell'orientamento giurisprudenziale. – 5. Questioni aperte. – 6. Rilievi comparatistici con la decisione *Paradiso e Campanelli c. Italia*. – 7. Conclusioni.

1. La disciplina della maternità surrogata si pone all'interno di un panorama giuridico contraddistinto da scelte normative eterogenee che variano sulla base dell'ampio margine di apprezzamento di cui gode ogni Stato.<sup>1</sup> Negli ordinamenti in cui essa è vietata – come è il caso della Francia e dell'Italia – la sua disciplina origina, sempre più spesso, vivaci dibattiti dottrinali anche alla luce della necessità di regolamentare gli effetti giuridici che si producono nell'ordinamento interno a seguito di un eventuale accordo di maternità surrogata perfezionato all'estero. Ciò, poiché rispetto alle ordinarie procedure di fecondazione artificiale, la surrogazione di maternità richiede la collaborazione di una donna che metta a disposizione il proprio corpo per condurre la gravidanza per conto di altri, i cc.dd. committenti, impegnandosi giuridicamente a non esercitare alcun diritto genitoriale nei confronti del nascituro.<sup>2</sup>

A tale riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è recentemente pronunciata sia nei confronti della Francia – con le sentenze gemelle *Mennesson e Labassée c. Francia* –<sup>3</sup>, sia

---

\*Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Curriculum *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale globale* - presso l'Università degli studi di Verona e in co-tutela di tesi con l'*Université Paris I- Panthéon Sorbonne*; Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Verona.

<sup>1</sup> F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falza, A. Spadaro e L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 e ss.

<sup>2</sup> La surrogazione di maternità può essere di diverse tipologie: da quella tradizionale, che prevede l'inseminazione artificiale dell'ovulo della madre surrogata, che è quindi anche madre biologica del bambino; a quella gestazionale, in cui la madre surrogata si limita a condurre la gravidanza a seguito dell'impiantato di un embrione realizzato in vitro, che può essere geneticamente legato ai genitori committenti o provenire da altre donatrici. Per un approfondimento si veda M. Dell'Utri, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2010, pp. 358- 385

<sup>3</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, 26/06/2014, ric. n. 65192/11; sez. V, 26/06/2014, ric. n. 65941/11



dell'Italia – con la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* –<sup>4</sup> sull'efficacia dei documenti di stato civile redatti all'estero a seguito della pratica di surrogazione di maternità.<sup>5</sup>

Tali casi, decisi dai giudici di Strasburgo, sono esemplificativi di come, una legislazione nazionale che vieti le tecniche di maternità surrogata, si presti a essere elusa attraverso il fenomeno del c.d. turismo procreativo.<sup>6</sup>

In particolare nell'ordinamento francese, le decisioni citate hanno avuto una particolare incidenza. Può così richiamarsi la Corte di cassazione francese che, nella sentenza del 3 luglio 2015, ha riconosciuto ai bambini nati all'estero attraverso un accordo di maternità surrogata (in francese: *gestation pour autrui, GPA*), il diritto alla trascrizione dell'atto di nascita compilato all'estero in conformità alle norme dello Stato. Esso deve soddisfare due requisiti: il padre sia cittadino francese e non vi siano motivi per ritenere che le dichiarazioni in esso contenute, siano irregolari, false o non corrispondenti alla realtà (sent. *Cour de Cassation*, n. 14- 21. 323 e n. 15- 50. 002).

Attraverso la pronuncia del 3 luglio 2015, la decisione della Corte d'Appello di *Rennes* (sent. del 15-04-2014, n. 14- 21. 323) che aveva respinto la domanda di trascrizione dell'atto di nascita di una bambina, per il solo motivo di essere stata concepita a seguito un accordo di surrogazione di maternità, è stata, di conseguenza, cassata e annullata nella parte in cui rifiutava il riconoscimento del certificato.

La Corte di cassazione francese, contestualmente all'accoglimento del ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di *Rennes* del 15 aprile 2014, si è poi pronunciata anche su di un altro ricorso, questa volta presentato non dal genitore della bambina, ma dal Procuratore generale. L'impugnazione riguardava una decisione della Corte di appello di *Rennes* del 16 dicembre 2014 che, viceversa, aveva permesso la trascrizione dell'atto di nascita di un'altra bambina nata all'estero mediante la *GPA*. La *Cour de cassation*, una volta constatato che il certificato fosse stato regolarmente redatto e le informazioni fossero veritiere, ha concluso con il suo rigetto sulla base delle medesime motivazioni che l'hanno portata ad accogliere il ricorso precedente, in tutela dell'interesse superiore del minore.

Il ricorso presentato alla Corte di cassazione si incentrava sul diniego alla trascrizione del certificato di nascita fondante su di un unico motivo: aver ricorso a tecniche di surrogazione di maternità in Russia - in cui sono regolarmente consentite- nonché sulla sua compatibilità con le recenti decisioni pronunciate in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo *Menesson e Labassée c. Francia*. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo

---

<sup>4</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 27/01/2015, ric. n. 25358/12

<sup>5</sup> La Corte EDU ha dovuto decidere se il mancato riconoscimento nei registri dello stato civile del legame di filiazione ottenuto all'estero, mediante maternità surrogata, influisca sull'identità dei minori ai sensi dell'art. 8 della CEDU. Per un approfondimento si veda B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/ 2015

<sup>6</sup> Cfr. M. D'Amico, M. P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*, *Analisi critica e materiali*, Franco Angeli 2014



può infatti incidere nell'ordinamento francese in virtù dell'art. 55 della Costituzione che prevede che le convenzioni internazionali, tra cui si annovera anche la CEDU, abbiano un valore gerarchicamente superiore alla legge ordinaria. In Francia – a differenza di quanto accade in Italia - nel caso in cui una norma contrasti con la CEDU, non viene sollevata una questione di legittimità costituzionale ma è lo stesso giudice nazionale a disapplicare la norma interna con essa configgente.<sup>7</sup>

2. I fatti della causa possono essere riassunti nelle richieste di un cittadino francese, residente all'estero, che aveva avuto una figlia in Russia, attraverso una gravidanza surrogata. Rientrato in Francia, era stata negata la trascrizione dell'atto di nascita che indicava lui come padre e la madre surrogata poiché, le autorità competenti, ritenevano che avesse ricorso alla surrogazione gestazionale, vietata nell'ordinamento francese.

La *Cour de cassation* ha dovuto pronunciarsi sulla legittimità della decisione dello Stato francese di voler privare i minori nati all'estero attraverso la *GPA* dei documenti di stato civile che attestino lo *status* di figli del padre biologico che vi ha fatto ricorso. Nelle motivazioni, seppur sintetiche, della decisione in commento, si evince che il solo ricorso alla maternità surrogata non giustifichi il diniego di trascrivere l'atto di nascita. Ciò, poiché le norme di stato civile devono essere interpretate in conformità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nel pronunciarsi, nel caso di specie, la *Cour de cassation* non ha infatti svolto un *contrôle de conventionnalité* - circa la compatibilità delle norme interne rispetto alla CEDU- ma ha dato un'interpretazione delle norme conforme a essa.<sup>8</sup> Nel comunicato della *Cour de cassation* si afferma che le norme sulla trascrizione degli atti di stato civile francesi debbano essere interpretate alla luce dell'art. 8 della CEDU, fissando così il principio in virtù del quale non possa essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Per un approfondimento sulle norme che regolano la giustizia costituzionale in Francia si veda G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, 2011

<sup>8</sup> Il *contrôle de conventionnalité* della legge è un controllo che può essere esercitato dalla *Cour de cassation* e dal *Conseil d'État*, che permette di contestare l'applicazione di una legge che si ritiene sia incompatibile con una convenzione internazionale. Per un'analisi dettagliata dell'art. 55 della Costituzione cfr. G. Carcassone, *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassone*, Onzième Édition, Éditions Dalloz, Paris, 2013, pp. 267 ; per un approfondimento sul *contrôle de conventionnalité* si veda A. Levade, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard: la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2010

<sup>9</sup> Si riporta per completezza il testo nell'originaria lingua francese: “*Les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance*”. *Cour de cassation, Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA*. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)



3. La sentenza in esame si pone in continuità a quanto già stabilito dalla Corte EDU nei casi *Menesson c. Francia* (n. 65192/11) e *Labassée c. Francia* (n. 65941/11) del 26 giugno 2014 in cui i giudici di Strasburgo avevano ritenuto che il rifiuto da parte delle autorità amministrative francesi di ammettere il rapporto di filiazione fra il padre biologico e i figli nati mediante procedimenti di maternità surrogata negli Stati Uniti, eccedessero il margine di apprezzamento statale. Le rispettive autorità statunitensi avevano riconosciuto la parentela in capo ai coniugi francesi; una volta rientrati in Francia, tuttavia, l'Ufficio dello stato civile aveva rifiutato di trascrivere l'atto di riconoscimento della filiazione dei coniugi *Labassée*. Ai coniugi *Menesson*, invece la trascrizione era stata in un primo momento concessa e quindi annullata. L'annullamento fu motivato dalla lettura combinata degli artt. 16-7 e 16-9 del *Code civil* che stabiliscono che qualsiasi accordo sulla procreazione o sulla gestazione altrui, sia nullo per contrarietà all'ordine pubblico.<sup>10</sup>

Nel pronunciarsi la Corte EDU ha argomentato affermando che, nonostante il padre biologico fosse francese, i bambini nati da maternità surrogata, scontano inevitabilmente la possibilità di non vedersi riconosciuta la nazionalità francese in applicazione dell'art. 18 del *Code Civil*. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto, pertanto, che questa prassi avesse degli effetti negativi nella definizione dell'identità del minore aggiungendo, inoltre, che il mancato riconoscimento del legame di filiazione con il padre biologico e la madre di *intenzione* da parte del diritto francese, avesse delle conseguenze anche in materia di diritto successorio, dal momento che i nati da maternità surrogata possono essere istituiti dalla madre committente solo come legatari e non come eredi.<sup>11</sup>

La giurisprudenza della *Cour de cassation* non ha perciò potuto che allinearsi alle decisioni della Corte EDU. Ciò ha suscitato reazioni contrastanti in dottrina, che ha dimostrato un atteggiamento ostile rispetto alla maternità surrogata e alle ulteriori tematiche etiche a essa correlate.<sup>12</sup> A differenza dei coniugi *Menesson* e *Labassée*, la decisione del luglio 2015 si è incentrata sul caso di due padri celibi, facendo così riaffiorare anche il tema della paternità e maternità nelle unioni omosessuali.

La soluzione adottata dalla *Cour de cassation* ha ridimensionato la valutazione del comportamento illecito tenuto dai genitori committenti. Affinché una decisione o un atto

---

<sup>10</sup> Per un'analisi più dettagliata cfr. T. Trinchera, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 luglio 2014, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>11</sup> Si riporta parte della sentenza della *Cour de cassation* in lingua francese: “*Qu'en ordonnant la transcription de l'acte de naissance, sur les registres français d'état civil, sur le fondement de l'atteinte à la vie privée de l'enfant et sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans reconnaître que l'enfant avait bien une filiation paternelle et maternelle légalement établie, qu'il était donc muni d'un droit dans la succession de son père, qu'il vivait sur le sol français avec son père et qu'il pouvait, en vertu de l'article 18 du code civil et de la circulaire du 25 janvier 2013 validée par le Conseil d'État le 12 décembre 2014, obtenir la nationalité française*” cit. Sent *Cour de cassation*, n. 15-50.002

<sup>12</sup> “*A différence des affaires Menesson et Labassée, seul l'établissement de la filiation paternelle, conforme à la réalité biologique, était demandée.*” cit. F. Chénéde, *La reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger ou la consécration du fait – frauduleusement- accompli: première étape*, *AJ Famille* 2015



costituiti all'estero possano produrre effetti nel territorio francese, di regola, è necessario che questi non siano contrari all'ordine pubblico e che non violino la legge francese in virtù del presupposto secondo il quale nessun diritto può essere acquisito, in violazione alla legge, secondo il principio *fraus omnia corrumpi*.<sup>13</sup>

Accedendo a tale impostazione, sulla base delle considerazioni svolte, si potrebbe sostenere che, dal momento che la maternità surrogata è vietata, una *GPA* perfezionata in un altro Stato, non potrebbe produrre alcun effetto in Francia poiché, tale tecnica procreativa, violerebbe il diritto interno. Le doglianze di cui è stata investita la Corte non hanno avuto a oggetto l'introduzione della *GPA*, bensì l'indiretto riconoscimento dei suoi effetti attraverso la possibilità di registrare all'anagrafe i minori nati all'estero attraverso tale metodo procreativo.

La *Cour de cassation*, a differenza della sua precedente giurisprudenza in cui tendeva a ritenere prevalenti gli interessi della collettività sul diritto dei ricorrenti a godere pienamente della propria vita familiare,<sup>14</sup> ha scelto, nel caso di specie, di seguire una inedita valutazione. Essa ha affermato che l'interesse del minore debba ritenersi superiore all'ordine pubblico e anche a una eventuale violazione di legge, laddove la sanzione irrogata pregiudichi i suoi diritti alla vita privata e familiare consacrati all'art. 8 della CEDU.<sup>15</sup> Le decisioni *Menesson* e *Labassée* hanno pertanto influenzato la giurisprudenza della *Cour de cassation* con particolare attenzione al rispetto della vita familiare e dell'interesse superiore dei minori.

La Corte, in alcune sue pronunce, aveva espressamente stabilito che gli Stati aderenti alla CEDU siano tenuti a rispettare le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo senza attendere di dover essere sanzionata dalla stessa per aver disatteso le proprie disposizioni (sent. *Cour de cassation*, 15-04-2011, n. 10-30.313 e n. 10-30.316).<sup>16</sup>

È in questo contesto che deve pertanto collocarsi il mutamento giurisprudenziale della *Cour de cassation* che, sino al 3 luglio 2015, aveva sempre negato il riconoscimento di qualsiasi convenzione di *GPA*.

La decisione che si commenta si è posta, infatti, all'interno di un panorama giurisprudenziale particolarmente articolato: invero affermare che in Francia la maternità surrogata sia semplicemente illegale sarebbe un'affermazione semplicistica.

Secondo un principio di diritto francese enunciato dalla stessa *Cour de cassation* il corpo umano sarebbe, per definizione, *indisponibile*.<sup>17</sup> Da ciò deriva che qualsiasi tipo di

---

<sup>13</sup> Cfr. *Les principes généraux du droit et la technique de visas dans les arrêts de la Cour de cassation*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>14</sup> Cfr. Sent. *Cour de cassation*, 6-06-2011, n. 09-66.486

<sup>15</sup> “L'intérêt supérieur de l'enfant commande que soit transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger mentionnant exactement la filiation paternelle à l'égard du père biologique et la filiation maternelle” cit. Sent. *Cour de cassation* n. 14- 21. 323

<sup>16</sup> Per un approfondimento dei rapporti intercorrenti tra l'ordinamento francese e quello comunitario si rimanda all'analisi svolta da B. Mathieu, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/4, n. 72

<sup>17</sup> Cfr. *Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)



accordo, che lo riguardi sia comminata la sanzione della nullità (sent. *Cour de cassation*, 31-05-1991, n. 90-20. 105). A eccezione di alcune circostanze (come ad esempio la donazione degli organi o la donazione di sangue) sono infatti nulli tutti quei contratti per i quali una persona “affitta” il proprio corpo come è il caso della maternità surrogata, sia essa a titolo oneroso che gratuito. D'altra parte la pronuncia della *Cour de cassation* del 1991 esordisce sancendo che ogni accordo sulla base del quale una donna si impegni alla procreazione o alla gestazione per conto altrui, violi tanto il principio dell'ordine pubblico, quanto quello di indisponibilità del corpo umano.<sup>18</sup>

Successivamente all'entrata in vigore della legge sulla bioetica del 30 luglio del 1994 (n. 94- 654) sono state inserite nel *Code civil* alcune norme molto chiare a riguardo della GPA. Gli articoli 16-7 e 16-9 del *Code civil*, dispongono infatti che ogni contratto di maternità surrogata sia nullo, in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico, con la conseguenza che nessun contratto di GPA sarebbe produttivo di effetti giuridici. Il *Code pénal*, invece, affronta la questione in maniera indiretta disciplinando, ad esempio, il delitto di mediazione per la maternità surrogata all'art. 353-1 o quello di simulazione di maternità all'art. 227-13. Nonostante l'art. 227-12 sanzioni il ricorso alla GPA in Francia, con una pena che varia dai 6 mesi di reclusione a 7500 euro di ammenda, non contiene nessuna disposizione che disciplini le conseguenze giuridiche di una eventuale surrogazione di maternità all'estero.<sup>19</sup>

4. Sulla base di tali premesse, non stupisce che le vicende più frequenti si siano scontrate non tanto in relazione all'indebito ricorso alla maternità surrogata nel territorio francese, quanto con le problematiche giuridiche connesse ai casi in cui una coppia faccia ricorso alla GPA all'estero e, una volta rientrata in Francia, si veda negare la trascrizione dell'atto di nascita regolarmente redatto in un altro Stato.

Il rilascio del certificato dovrebbe essere del tutto indipendente dal legame di genitorialità con un cittadino francese. Tuttavia il diniego delle autorità competenti è sempre stato motivato non in virtù della mancanza di detto rapporto ma proprio per il sospetto che si fosse fatto ricorso alla GPA.<sup>20</sup>

Non a caso, tale impostazione ha influenzato la *Cour de Cassation* che, in precedenza, si era espressa con una giurisprudenza costante in materia.

In tre decisioni del 2011 (sent. *Cour de Cassation*, 6-04-2011, n. 09-66.486, n. 09-17.130, n. 10-19.053) e due del 2014 (sent. *Cour de Cassation*, 13-09-2013, n. 12-18.315 e n. 12-30.138) essa aveva sistematicamente rifiutato di riconoscere il legame di parentela tra il

---

<sup>18</sup> “La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes” cit. Sent. *Cour de cassation* n. 90- 20. 105

<sup>19</sup> Si rimandano sul tema le considerazioni svolte da M. Cotta, *La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 26 novembre 2013, [www.revdh.revues.org/201#text](http://www.revdh.revues.org/201#text)

<sup>20</sup> Cfr. C. Lengrand, A. Planchard, *Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger?*, in *La Revue des droits de l'homme*, 16 febbraio 2015, [www.revdh.revues.org/1054](http://www.revdh.revues.org/1054)





genitore committente, c.d. *genitore di intenzione*, e il bambino nato da surrogazione gestazionale in quanto ritenuto contrario all'ordine pubblico, nonché lesivo del principio essenziale del diritto francese inerente l'indisponibilità della persona. La posizione dalla Corte di cassazione è stata messa in discussione dalla Corte EDU quando, nelle sentenze gemelle *Menesson* e *Lambassée*, ha disposto di riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e il padre biologico committente della *GPA*.

In verità, i giudici di Strasburgo, nelle due sentenze richiamate, pur invocando la violazione dell'art. 8 della CEDU e l'interesse superiore del minore, non hanno imposto alla Francia il riconoscimento della surrogazione di maternità ma si sono limitati a constatare che i Paesi del Consiglio d'Europa dispongono di un ampio margine di apprezzamento e di discrezionalità sui temi di carattere etico.<sup>21</sup> Le due pronunce sono state l'occasione per precisare che tale discrezionalità, riguardante temi sociali ed etici così delicati, è destinata a essere ridotta nel momento in cui le autorità nazionali limitino i diritti dei bambini nati attraverso tale tecnica procreativa, anche se vietata.

Le sentenze *Menesson* e *Lambassée* hanno avuto particolare incidenza nell'ordinamento francese ancor prima dell'inversione dell'orientamento della *Cour de cassation* consacrato con le decisioni del 3 luglio 2015. Ad anticipare un primo mutamento è stato infatti il *Conseil d'État* quando, il 12 dicembre 2014, ha rigettato il ricorso proposto contro la circolare del 25 gennaio 2013 relativa al rilascio del certificato di nazionalità francese per i bambini nati all'estero da genitori francesi che avessero, verosimilmente, ricorso alla maternità surrogata (sent. *Conseil d'État*, 12-12-2014, n. 367324).

La circolare aveva, per l'appunto, lo scopo di ricordare che la nazionalità francese non potesse essere negata sulla base della sola presunzione del ricorso alla *GPA* all'estero: l'art. 18 del *Code civil* stabilisce, infatti, che un bambino possa godere della cittadinanza francese allorquando almeno uno dei genitori lo sia.

Nelle motivazioni della decisione si deduce che, in virtù dell'art. 18 del *Code civil*, la negazione della trascrizione dell'atto di nascita lasci questi bambini privi degli elementi costitutivi della loro identità e della loro nazionalità, soprattutto dal momento che questi stessi vivono in Francia con una coppia che, un altro Stato, ha legalmente riconosciuto come i loro effettivi genitori.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Il margine di apprezzamento – come metodo di interpretazione della CEDU- viene affermato dalla Corte EDU sia per una esigenza funzionale, poiché riconosce che le autorità nazionali abbiano una migliore conoscenza delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della CEDU, sia per un'esigenza ideologica volta all'uniforme protezione dei diritti. Cfr. E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>22</sup> La Corte EDU utilizza la nozione di "identità" per riferirsi a un principio richiamato anche in alcune sue precedenti sentenze: *S.H. c. Austria* (Grande Camera, 3-11- 2011, ric. n. 57813/ 00) –in materia di fecondazione assistita di tipo eterologo- e *Evans c. Regno Unito* (Grande Camera, 10- 04- 2007, ric. n. 6339/ 05)- in riferimento al diritto alla vita dell'embrione- laddove afferma "*lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la*



La pronuncia del *Conseil d'État*, come del resto quella della *Cour de cassation*, ripercorre il medesimo ragionamento seguito dalla Corte EDU nelle sentenze *Menneson* e *Labassée* e, interpretandole in modo estensivo, evidenzia come la nozione di identità sia strettamente connessa alla vita privata e familiare tutelata dall'art. 8 della CEDU che, nell'interesse del minore, deve essere sempre riconosciuta.<sup>23</sup> Seguendo il modello tracciato dalla Corte EDU, il *Conseil d'État* si ricollega alla nozione di nazionalità e a quella della vita privata affermando che il rispetto della vita privata è garantito dall'art. 8 della CEDU che, implicitamente, comprende anche la nozione di identità.<sup>24</sup>

Il *Conseil d'État* giunge alla medesima soluzione della Corte EDU. Nelle decisioni *Menneson* e *Labassée* i giudici di Strasburgo avevano sostenuto la violazione dell'art. 8 della CEDU in ragione dell'impossibilità di stabilire un legame di filiazione tra il padre e il minore ritenendo che si arrecasse un danno alla vita privata in modo del tutto sproporzionato. Allo stesso modo, il *Conseil d'État* afferma che il diniego alla trascrizione dell'atto di nascita leda il minore sulla base dello stesso pregiudizio sproporzionato alla vita privata menzionato nella decisione della Corte EDU.<sup>25</sup>

Rispetto al *Conseil d'État*, la *Cour de cassation* ha fatto un passo ulteriore indicando esplicitamente le condizioni sulla base delle quali sia possibile ammettere il legame di filiazione instaurato all'estero con la *GPA*. Una volta stabilito che né l'ordine pubblico, né la violazione di legge, possano intervenire nel riconoscimento dei suoi effetti nell'ordinamento francese, la decisione in commento ha fissato due requisiti cumulativamente necessari: i) la maternità surrogata deve essere una tecnica legittima nello Stato in cui è stata compiuta; ii) le dichiarazioni apposte nell'atto di nascita redatto all'estero devono essere veritiere.

5. Il nuovo approccio della *Cour de cassation* costituisce certamente una evoluzione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali. La soluzione offerta per il riconoscimento del legame di filiazione, validamente stretto in un altro Stato, si incentra infatti sull'interesse del minore alla propria identità, definito primario rispetto al principio di

---

*marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte*' cit. S.H. c. Austria § 94. Nella sentenza *Menneson*, la Corte sostiene, ancora una volta, come il legame di filiazione sia un aspetto essenziale per l'identità di ogni individuo affermando inoltre che il margine di apprezzamento lasciato ai singoli Stati possa essere relativizzato: "un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'Etat défendeur en l'espèce" cit. *Menneson c. Francia* § 80

<sup>23</sup> La Corte sottolinea infatti come "le droit à l'identité fait partie intégrale de la notion de vie privée et qu'il y a une relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation" cit. *Menneson c. Francia* § 46

<sup>24</sup> Il *Conseil d'État* afferma infatti: "Ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" cit. *Conseil d'État* § 11

<sup>25</sup> *Conseil d'État* sostiene: "la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" cit. *Conseil d'État* § 11





indisponibilità del corpo umano, della violazione di legge e dell'ordine pubblico. Pur tuttavia tale decisione mette nuovamente in evidenza le incertezze e gli interrogativi congiunti al tema della maternità surrogata che, restando comunque vietata nell'ordinamento francese, continuerà a essere oggetto di dibattiti e di incertezze.<sup>26</sup>

Secondo la *Cour de cassation* l'atto di nascita redatto all'estero deve rispondere al requisito della veridicità delle dichiarazioni contenute. Sorge però il dubbio sulla natura di tale dichiarazioni. Il certificato di nascita potrebbe infatti indicare quale madre del minore, sia la madre surrogata che quella committente. La Corte non precisa in quale dei due casi questo atto corrisponda alla veridicità richiesta tra i parametri necessari al riconoscimento.

Secondo il principio in virtù del quale *mater semper certa est* la madre dovrebbe essere quella biologica e, di conseguenza, quella surrogata, lasciando così alla committente, solamente il ruolo di madre genetica non dichiarato nell'atto di nascita. È probabile che sarà pronunciata una ulteriore decisione a riguardo volta a chiarire i punti d'ombra di quella che sarà una disciplina, in parte, da riscrivere.

Un'altra questione che potrebbe ingenerare incertezze riguarda l'acquisizione della cittadinanza francese da parte dei minori nati all'estero con la *GPA*. Tranne per alcune eccezioni (come la nascita e la residenza, art. 21- 7 e seguenti del *Code civil*) il principio su cui si fonda la nazionalità è quello dello *ius sanguinis*: l'art. 18 del *Code civil* stabilisce che abbia nazionalità francese il bambino nato da almeno un genitore francese. Se ne deduce che, una volta riconosciuto il rapporto di filiazione tra il minore e il padre biologico francese, anche il bambino nato attraverso la maternità surrogata potrà senz'altro acquisirne la nazionalità.

Una ulteriore tematica che, con ogni probabilità si presenterà, riguarda l'eventuale richiesta del congedo di maternità. In base alle regole dell'Unione europea, la maternità surrogata non comporterebbe il diritto per la madre committente di ottenere un congedo retribuito. A stabilirlo è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea in due sentenze depositate il 18 marzo con le quali ha chiarito la portata e i limiti della direttiva 2006/54 sul principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (sent. Corte giust., sent. 18-03-2014, causa C- 167/12, *C. D. contro S. T.* e sent. Corte giust. 18-03-2014 causa C-363/12, *Z. contro A. Government department, The Board of management of a community school*).

Potrebbero trovare applicazione i principi di diritto delineati nella sentenza relativa a un'insegnante irlandese (*Z. c. A Government department, The Board of management of a community school*) che, per gravi motivi di salute, aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in California per poi vedersi negare ogni congedo retribuito per la maternità. Il Tribunale, alla quale la donna si era rivolta, prima di pronunciarsi nel merito della questione ha sollevato alla Corte di Lussemburgo un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di alcune direttive, inclusa la n. 2006/54. Precisato che non sussiste una discriminazione fondata sul sesso perché il padre committente non poteva usufruire di congedi retribuiti, la Corte ha ritenuto

---

<sup>26</sup> Cfr J. Hauser, *État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA: circulez y a rien à voir!*, RTD Civ. 2015



che la madre surrogata non potesse sostenere di essere vittima di un trattamento meno favorevole legato alla sua gravidanza proprio perché non era mai stata incinta del figlio.<sup>27</sup>

Nonostante la posizione assunta dalla Corte di giustizia non è da escludere che, nel momento in cui l'autorizzazione alla trascrizione degli atti di nascita diventerà una prassi consolidata, le madri committenti chiederanno di godere del congedo retribuito, proprio in forza di quel legame di filiazione ora riconosciuto.

6. La decisione della *Cour de cassation* esaminata rappresenta un importante inversione di tendenza rispetto al percorso che la giurisprudenza aveva tracciato fino a quel momento. Pur avendo marcato un'evoluzione sotto il profilo dei diritti fondamentali, è stata oggetto di numerose critiche che l'hanno accusata di aver voluto, di fatto, legalizzare un comportamento vietato<sup>28</sup>.

Il bilanciamento tra gli interessi pubblici e i diritti individuali presenta sempre degli equilibri piuttosto precari quando si tratta di temi eticamente sensibili. I giudici si trovano sempre più di frequente ad affrontare delle questioni etiche delicate in materie, come quella della bioetica, nella quale le disposizioni normative non sempre sono al passo con i tempi.

L'evoluzione delle tecniche mediche hanno certamente favorito il consolidamento di nuovi diritti ma, allo stesso tempo, comportano molteplici problemi per la gestione della loro tutela. Se la Francia ha iniziato a percorrere la strada della regolamentazione di una tecnica procreativa vietata, la nostra giurisprudenza italiana è ancora contraria alla surrogazione di maternità poiché contrastante con i principi di ordine pubblico ed esplicitamente vietata dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004. Come in Francia anche in dell'Italia si è posto il problema sulla validità degli accordi di surrogazione regolarmente conclusi da cittadini italiani in uno Stato estero che li permette e, a tale riguardo, il 27 gennaio 2015 la Corte EDU si è pronunciata nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12).

I giudici di Strasburgo - affrontando la delicata questione della *GPA* nell'ordinamento italiano- hanno affermato che costituisce violazione dell'art. 8 della CEDU la decisione da parte delle autorità italiane di allontanare il minore, nato all'estero ricorrendo a un accordo di maternità surrogata anche nel caso in cui il bambino non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti.

A differenza della vicenda francese che si incentrava sul diniego alla trascrizione dell'atto di nascita, in quella italiana, oltre al rifiuto di trascrizione del certificato del

---

<sup>27</sup> Rif. Comunicato stampa n. 115/13, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>28</sup> Cfr. D. Sindres, *Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA*, Recueil Dalloz 2015



bambino nato in Russia da madre surrogata, le autorità hanno anche disposto il suo collocamento presso i servizi sociali dopo che il neonato aveva trascorso i primi sei mesi di vita con la coppia. La decisione è stata presa dalle autorità italiane in virtù del fatto che il patrimonio genetico del minore non coincideva né con quello della madre né con quello del padre committenti (sent. Corte di cassazione, 11-11-2014, n. 24001).

La Corte EDU ha osservato che il provvedimento di allontanamento del minore alle cure dei ricorrenti sia stata presa allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità. I ricorrenti, infatti, hanno violato la normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita e sulla adozione di minori. La Corte ha affermato che la necessità di porre rimedio a una situazione illegittima non sia, da sola, sufficiente a giustificare l'adozione di una qualsiasi misura restrittiva, in quanto lo Stato è investito del compito di tutelare l'interesse superiore del minore che prescinde dall'origine del rapporto di parentela, sia essa biologica o di altra natura. I giudici di Strasburgo hanno dichiarato pertanto la violazione dell'art. 8 della CEDU.<sup>29</sup>

A ben vedere l'azione delle autorità italiane è stata molto più incisiva rispetto a quella delle autorità francesi nei casi *Mennesson* e *Labassée* ma è opportuno analizzare i motivi che hanno spinto la Corte di cassazione a prendere una decisione tanto drastica come quella di allontanare un minore e rompere tutti i legami familiari che si erano di fatto creati. I genitori di *intenzione* avevano violato la legge sull'adozione nazionale e internazionale, erano stati indagati per il delitto di alterazione di stato perché il certificato di nascita conteneva delle false informazioni. Pertanto è comprensibile che sia stato deciso di porre fine alle numerose violazioni disponendo l'allontanamento del minore dalla coppia.

Pur tenendo presente l'autorevolezza della Corte di Strasburgo, è opportuno evidenziare che la decisione *Paradiso* e *Campanelli* non è stata adottata all'unanimità dal collegio giudicante, poiché sono allegare le opinioni dissenzienti di due giudici: l'italiano Guido Raimondi e l'islandese Robert Spano. I giudici dissenzienti eccepiscono che la Corte di Strasburgo, nel rilevare la violazione del parametro convenzionale, rischia di sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali. *“In questo genere di cause, nelle quali i giudici nazionali devono esaminare questioni difficili di bilanciamento degli interessi del minore da una parte e delle esigenze dell'ordine pubblico dall'altra, la Corte dovrebbe secondo noi dare prova di ritegno e limitarsi a verificare se la valutazione fatta dai giudici nazionali sia arbitraria. Gli argomenti sviluppati dalla maggioranza - § 82-84- non sono convincenti. In particolare, riteniamo che la questione dell'accertamento dell'identità del minore non abbia impatto sulla decisione del 2011 di separarlo dai ricorrenti e potrebbe essere oggetto, al limite, di una doglianza del minore stesso”*.<sup>30</sup>

La Corte EDU non determina, infatti, il significato della legge nazionale ma si deve limitare a valutare se essa, per come è stata applicata nel caso sottoposto alla sua cognizione, abbia violato la CEDU. Ne viene che i giudici comuni debbano interpretare il diritto interno

---

<sup>29</sup> Per un'analisi più approfondita della decisione si rimanda a T. Trinchera, *La Corte EDU condanna l'Italia in un caso di maternità surrogata all'estero*, 3 febbraio 2015, Diritto penale contemporaneo, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>30</sup> Cit. Sent. n. 25358/12



in senso conforme alla Convenzione e, allo stesso tempo, abbiano il compito di adottare una lettura conforme alla Costituzione in nome del “predominio assiologico di questa sulla CEDU”.<sup>31</sup>

7. Alla luce delle considerazioni svolte, si può affermare che, negli Stati in cui è vietata, la maternità surrogata sia un tema particolarmente controverso e inevitabilmente correlato a valutazioni giuridiche ed etiche che ne condizionano il riconoscimento.

Nelle motivazioni della decisione della *Cour de cassation* emergono le difficoltà che incontrate anche dalla Corte di Strasburgo nell’imporsi nelle scelte discrezionali nazionali. La Francia ha infatti rimodulato la propria giurisprudenza in relazione ai parametri delineati dalla Corte EDU tenendo presente che, almeno in linea teorica, la tutela dell’ordine pubblico nazionale e internazionale dovrebbe fungere da limite per il rispetto delle norme imperative vigenti, la cui elusione non dovrebbe verificarsi per il tramite di situazioni di fatto per le quali si chiede il riconoscimento e la protezione *ex post*.

Le vicende scaturite attorno alla maternità surrogata in Francia e al riconoscimento dei figli nati all’estero attraverso la stessa, scorrono in parallelo con quelle di altri Stati - tra i quali l’Italia - in cui la *GPA* è vietata. Ciò conferma quanto sia problematica la regolamentazione di questa tecnica, frutto di un lungo dibattito incentrato sull’esigenza di tutelare, attraverso un’opera di bilanciamento, i diritti fondamentali e una molteplicità di valori di ordine etico e religioso che, difficilmente, possono trovare una soluzione organica attraverso una sentenza della *Cour de cassation*.

Ad oggi appare che l’ordinamento francese si sia indirizzato verso il riconoscimento e la regolamentazione di una situazione particolarmente delicata, in cui il confine tra l’etica e la tutela dei diritti, è ancora molto labile.

Legittimando gli effetti della maternità surrogata, le richieste di tutela dei diritti a essa correlati non potranno che aumentare. Si dovrà pertanto attendere il corso della giurisprudenza che, in materia, non ha certamente terminato di pronunciarsi.

---

<sup>31</sup> Cit. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, Forum Quaderni costituzionali, 2015