

La maternità surrogata al vaglio della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo

Autore: Kabashi Emilio

In: Giurisprudenza commentata

1.

La legislazione francese sulla maternità surrogata nel mirino della Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*

La questione della maternità surrogata è stata recentemente affrontata da due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte Edu) del 26 giugno 2014 e diventate definitive il 26 settembre 2014 ai sensi dell'art. 44 § 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*.

La gestation pour autrui (ovvero la maternità surrogata, d'ora in poi GPA) è una pratica medica che consiste nella fecondazione in vitro di un ovulo e di uno spermatozoo di una coppia o di donatori esterni e nel conseguente impianto dell'embrione così formato nell'utero di una donna portatrice, estranea alla coppia (c.d. utero in affitto).

Tale pratica

esplicitamente vietata in Francia ai sensi degli artt. 16-7 e 16-9 del codice civile francese e degli artt. 227-12 e 227-13 del codice penale francese, in quanto ritenuta contraria all'ordine pubblico nazionale e

internazionale francese. Le autorità francesi sono di conseguenza impegnate attivamente nell'impedire il c.d. tourisme procréatif.

Nell'affaire *Menesson c. France* la Corte di Strasburgo si è pronunciata sul riconoscimento della filiazione in Francia a seguito di un parto gemellare avvenuto nel 2000 in California tramite il ricorso alla GPA. Di seguito, i fatti salienti del caso.

I coniugi *Menesson*, non potendo avere figli per motivi di salute, si erano recati in California nella speranza di realizzare il loro projet parental grazie alla maternità surrogata, pratica legale in detto Stato. Alla nascita dei due gemelli, i signori *Menesson* si rivolgevano al Consolato francese di Los Angeles al fine di trascrivere l'atto di nascita californiano che riconosceva ufficialmente questi ultimi quali genitori a tutti gli effetti dei due bambini nati a seguito del ricorso alla GPA. L'autorità consolare francese, però, si rifiutava di trascrivere l'atto di nascita, di rilasciare il certificat de nationalité française indispensabile sia per ottenere il passaporto francese che per rientrare in Francia, e per il riconoscimento della filiazione che avrebbe permesso ai coniugi *Menesson* di esercitare pienamente la responsabilità genitoriale.

Dopo molteplici vicende giudiziarie, il 6 aprile 2011 la Corte di Cassazione confermava il divieto di trascrizione dell'atto di nascita californiano sui registri dello stato civile francese, negando, pertanto, un legame de jure tra i coniugi *Menesson* ed i due bambini in questione, pur riconoscendo l'esistenza di un legame de facto, dal momento che la giurisprudenza francese prendeva atto dell'esistenza di una cellula familiare.

In seguito, i coniugi *Menesson* denunciavano la discriminazione subita dai propri figli, i quali, non essendo cittadini francesi, non avevano diritto a richiedere delle prestazioni sociali ed era loro negato qualsiasi diritto di successione; essi, inoltre, erano esposti al rischio di essere addirittura espulsi dalla Francia una volta raggiunta la maggiore età: i due minori, infatti, erano tutelati dall'art. 521-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile che sancisce il divieto di espulsione dello straniero minore di 18 anni, ma una volta diventati maggiorenni, non avrebbero avuto nessun titolo per continuare a soggiornare in Francia.

La sentenza della corte californiana del 14 luglio 2000 riconosceva il signor Mennesson come padre biologico dei due gemelli, mentre la signora Mennesson era considerata la “madre legale”, essendo, invece, la donna che li aveva portati in grembo definita come “madre biologica”. Le sentenze della Corte d’appello di Parigi del 18 marzo 2010 e della Corte di Cassazione del 6 aprile 2011 rifiutavano, tuttavia, il riconoscimento della sentenza californiana, in quanto questa, facendo indirettamente riferimento anche alla GPA, veniva ritenuta contraria all’ordine pubblico internazionale (Mennesson c. Francia, §§ 22-27).

I coniugi Mennesson decidevano quindi di ricorrere quindi alla Corte Edu sostenendo che le autorità francesi, con la propria condotta, avevano violato il loro diritto alla vita privata e familiare sancito dall’art. 8 CEDU, nonché quello dei propri figli.

Nella propria difesa, lo Stato francese, rivendicava un margine di discrezionalità su siffatta questione di carattere etico, respingendo le accuse di discriminazione e rilevando che in caso di divorzio dei coniugi Mennesson “le juge aux affaires familiales fixerait le lieu de résidence et les droits de visite des parents tels que ceux-ci sont désignés par l’acte d’état civil étranger” ed inoltre i due gemelli “seraient en mesure d’héritier des premiers requérants sur le fondement de leurs actes d’état civil américains, dans les conditions du droit commun” (Mennesson c. Francia, § 71).

I giudici di Strasburgo, nel sviluppare il proprio ragionamento, confrontavano, in primis, la legislazione francese sulla GPA con quella di trentacinque Paesi membri del Consiglio d’Europa. L’analisi comparata mostrava che quattordici Paesi vietavano esplicitamente la GPA (tra i quali la Francia e l’Italia), mentre in dieci Paesi si osservava che “il n’y a pas de réglementation relative à gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n’y est pas tolérée, soit la question de la légalité est incertaine” e in quattro Paesi la GPA “paraît être tolérée ou elle ne fait pas l’objet d’une réglementation” (Mennesson c. Francia, § 41).

Solo in sette Paesi del Consiglio d’Europa (in Albania, in Grecia, nei Paesi Bassi, nel Regno Unito, in Russia, in Georgia e in Ucraina), la GPA è legale a determinate condizioni, tra le quali l’assenza di fini commerciali e che almeno il 50% del materiale biologico provenga dalla coppia.

Vista la mancanza di un consenso sul punto, la Corte di Strasburgo accertava la sussistenza di un margine di apprezzamento in capo agli Stati ricordando, al tempo stesso, che “les choix opérés par l’Etat, même dans les limites de cette marge, n’échappent pas au contrôle de la Cour” e perciò “chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer” (Mennesson c. Francia, § 81).

La Corte Edu riteneva che si dovesse distinguere il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare, da una parte, e il diritto dei due gemelli alla vita privata, dall’altra parte. I giudici di Strasburgo concludevano, quindi, per l’insussistenza di una violazione della vita familiare, ai sensi dell’art. 8 CEDU, nei confronti della coppia perché è stato accertato che vivono tutti insieme e che “il n’y a pas lieu de penser qu’il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français” (Mennesson c. Francia, § 92). Al contrario, la Corte Edu riteneva sussistente una violazione dell’art. 8 CEDU nei confronti dei gemelli Mennesson poiché la Francia li aveva privati della loro identità e del riconoscimento della filiazione paterna. La Corte indicava che, per porre rimedio a tale violazione, le autorità francesi avrebbero dovuto procedere con l’iscrizione dell’atto di nascita straniero nel registro di stato civile francese.

A pochi mesi di distanza, la Corte è tornata a pronunciarsi su un caso analogo con la pronuncia Labassée c. Francia.

I coniugi Labassée, non potendo anch’essi avere figli per motivi di salute, si recavano nel Minnesota per ricorrere alla GPA. Nel 2000 nasceva una figlia: anche in questo caso, le autorità francesi si rifiutavano di trascrivere presso l’autorità consolare francese l’atto di nascita. Le parti in causa riaffermavano una linea difensiva simile a quella dei coniugi Mennesson, ovvero la violazione dell’art. 8 CEDU da parte delle autorità francesi. Il governo rivendicava, anche in questo caso, un margine di discrezionalità sulle questioni etico-giuridiche persistendo nella distinzione tra “madre legale” e “madre biologica”. La Corte di Strasburgo confermava quanto sostenuto nella causa Mennesson, ovvero che la Francia non aveva violato l’art. 8 CEDU nei confronti dei coniugi Labassée, ma solo nei confronti della bambina.

I giudici di Strasburgo, nelle due sentenze “gemelle”, non hanno imposto agli Stati il riconoscimento della GPA, 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. Le due pronunce della Corte Edu, inoltre, sono state l’occasione per precisare che tale discrezionalità riguardante i temi sociali così sensibili è destinata a venir meno nel momento in cui le autorità nazionali discriminano i bambini nati tramite questa tecnica procreativa e violano pertanto i loro diritti individuali sanciti dall’art. 8 CEDU.

2. Il difficile bilanciamento nell’ordinamento italiano tra interessi pubblici e diritti individuali in materia di maternità surrogata: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia

Si condivide l’opinione di chi (v. blog di M. Castellaneta) ha evidenziato gli effetti positivi di queste due sentenze come il fatto di non dover più assistere al paradosso che consisteva nel riconoscimento della filiazione da parte delle autorità USA, ma non da parte delle autorità francesi.

La nostra giurisprudenza, pur essendo consapevole della decisione della Corte di Strasburgo in merito alle nascite a seguito della GPA, è ancora contraria alla tecnica della “madre in affitto” contrastante con i principi di ordine pubblico dell’Italia ed esplicitamente vietata dall’art. 12 della legge n. 40 del 2004. La sentenza della prima sezione civile della Corte di Cassazione (n. 24001/14), depositata l’11 novembre 2014, nel pronunciarsi sulla vicenda di una coppia italiana che chiedeva la trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato in Ucraina a seguito della GPA, ha ribadito che il divieto di ricorrere alle pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014 ha sancito parzialmente l’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40 del 2004, ma ha precisato che il divieto di ricorrere alla maternità surrogata previsto dall’art. 12 della predetta legge non è incostituzionale poiché la Consulta ha

affermato che “la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004... in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia” (§ 9).

La Corte Edu, in data 27 gennaio 2015, si è pronunciata nella sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia nella quale si affronta la difficile e spinosa questione della GPA nell’ordinamento italiano.

Una coppia italiana sposata non potendo avere figli per motivi di salute si era recata in Russia per ricorrere alla GPA.

I coniugi si rivolgevano ad una società russa con la quale sottoscrivevano un contratto avente ad oggetto il bambino che sarebbe nato grazie al ricorso alla GPA, previo pagamento di una cospicua somma di denaro (circa 50.000 euro). Alla nascita del piccolo, la coppia si rivolgeva al Consolato italiano a Mosca per ottenere i documenti necessari per portare il bambino in Italia.

I funzionari del Consolato, prima di rilasciare i documenti, interrogavano la donna e, sospettando il ricorso alla surrogazione di maternità, inviavano una nota all’anagrafe del loro Comune di residenza, alla Prefettura, alla Procura e al Ministero degli Affari Esteri.

L’anagrafe rifiutava di trascrivere il certificato di nascita ed i coniugi venivano indagati per il delitto di alterazione dello stato civile (art. 567 del codice penale) e per aver violato la normativa dell’affidamento e dell’adozione dei minori (art. 72 della legge n. 184 del 1983); il Tribunale per i minorenni inoltre, dover aver disposto il test del DNA dal quale si evinceva l’assenza di un legame biologico con la coppia, decideva di disporre l’allontanamento di quest’ultimo.

La decisione delle autorità italiane, ad avviso della Corte Edu, era sproporzionata poiché l’Italia non aveva

considerato i solidi legami familiari che si erano de facto creati e tanto bastò per considerare che “l’éclatement d’une famille constitue une ingérence très grave” (Paradiso e Campanelli c. Italia, § 77) tale da comportare la violazione dell’art. 8 CEDU.

È innegabile che l’azione delle autorità italiane sia stata molto più incisiva rispetto a quella delle autorità francesi con riguardo ai casi *Menesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*, ma è opportuno analizzare i motivi che hanno spinto le autorità italiane a prendere una decisione così drastica come quella di allontanare un minore e rompere tutti i legami familiari che si erano di fatto creati.

È bene sottolineare che la sentenza è stata approvata con 5 voti favorevoli e 2 contrari; infatti, il caso in questione presenta una dissenting opinion comune dei giudici

Raimondi e Spano i quali sostengono che “l’article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l’origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l’ordre public” (cfr. l’opinione discordante, § 3).

In estrema sintesi, il bambino non solo è entrato illegalmente in Italia, ma non è stata neanche provata la filiazione con la coppia; inoltre, non si conosce l’identità dei signori che hanno messo a disposizione il loro materiale biologico e questo presume che non sia scontata neanche la cittadinanza del minore. Gli unici elementi certi sono la data di nascita e il nome della madre portatrice, il bambino risulta del tutto privo di un’identità.

3. Considerazioni finali

In attesa di conoscere l'orientamento della Grande Chambre in merito ai legami familiari "di fatto" creati tra le coppie e i bambini nati dal ricorso alla GPA, siccome si riscontrano delle opinioni discordanti anche tra i giudici della Corte Edu, possono essere comunque fatti alcuni rilievi.

Innanzitutto, la surrogazione di maternità è un meccanismo che sul piano ideologico si pone in conflitto con l'istituto dell'adozione nazionale ed internazionale almeno laddove vi sono i Paesi che la considerano contraria ai principi costituzionali e all'indisponibilità del corpo umano.

L'auspicio è che in futuro la Corte Edu rispetti la decisione di quei Paesi che ritengono la maternità surrogata contraria alla dignità umana; il ragionamento giuridico dei giudici di Strasburgo non può che lasciarci perplessi perché è stato condannato un Paese che si è rifiutato di riconoscere i legami familiari "di fatto" creati illegalmente.

I giudici di Strasburgo non avrebbero dovuto riconoscere nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia l'esistenza dei legami familiari "di fatto" perché il test del DNA aveva addirittura rivelato l'assenza di un legame biologico tra il bambino e i ricorrenti. I coniugi si erano recati in Russia con l'intento di aggirare la normativa italiana che vieta esplicitamente la GPA ed evitare i lunghi tempi d'attesa dell'adozione. Essi avevano, inoltre, violato la legge sull'adozione nazionale ed internazionale, erano stati indagati per il delitto di alterazione di stato perché il certificato di nascita conteneva delle false informazioni ed è quindi comprensibile che le autorità italiane abbiano deciso di porre fine alle numerose violazioni disponendo l'allontanamento del minore dalla coppia.

<https://www.diritto.it/la-maternita-surrogata-al-vaglio-della-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo/>