

# IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI AL DIBATTITO SULLA GESTAZIONE PER ALTRI

Ludovica Poli

## Abstract

The case-law of the European Court of human rights puts some interesting insights into the debate on gestational surrogacy. In particular, it allows some considerations in a *de jure condendo* perspective and, more generally, insisting on the need to protect the children born through surrogacy, it pushes towards some kind of permissive regulation of this practice.

## Keywords

Gestational surrogacy; reproductive freedom; margin of appreciation; right to origins.

## 1. Introduzione

La gestazione per altri (GPA) rappresenta una tecnica di riproduzione assistita piuttosto controversa sotto il profilo giuridico. Non solo essa determina il «sovertimento della verità del parto» (Margaria, 2018, 198), dal momento che la gestante non è destinata ad essere né madre sociale, né madre giuridica del nato, ma contribuisce anche a frammentare la nozione di paternità<sup>1</sup>, e apre a forme di famiglia diverse dalla bigenitorialità eterosessuale, che in molti ordinamenti costituisce ancora un rigido paradigma.

Inoltre, stante la tendenza di molte coppie di recarsi all'estero per praticare la GPA e la diversa regolamentazione che essa riceve negli ordinamenti nazionali, essa tende a produrre legami familiari che sono ricostruiti in modo molto diverso alla luce delle varie normative nazionali<sup>2</sup>. Le conseguenze giuridiche possono essere significative per

---

<sup>1</sup> È in effetti possibile distinguere tra il padre genetico (ovvero chi ha donato il seme), il padre legale (l'eventuale coniuge della gestante), il padre d'intenzione o sociale, che si prenderà cura del bambino (Margaria, 2018, 199).

<sup>2</sup> Tale contrasto di fatto «hides a myriad of different State approaches which may vary even further depending upon the particular factual matrix of the case being considered»: Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy*

tutte le parti coinvolte: in gioco, infatti, vi sono il riconoscimento della nazionalità del nato da GPA, come l'attribuzione della responsabilità genitoriale o l'identificazione di chi detiene obblighi di mantenimento nei confronti del bambino. Non a caso, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato sta valutando la predisposizione di uno strumento normativo che consideri nel dettaglio le problematiche sollevate in materia di filiazione dalle tecniche di fecondazione assistita, inclusa la pratica di cui si dice. Tuttavia, la definizione dei contenuti di un possibile strumento di diritto internazionale privato appare ancora molto lontana, non essendoci al momento, tra i membri del gruppo di esperti istituito dal *Council on General Affairs and Policy*, unanimità di vedute neppure sull'opportunità o meno di individuare un insieme di norme specificatamente dedicato ai casi di GPA<sup>3</sup>.

Ancora prima del piano giuridico, poi, la GPA pone molte questioni problematiche da un punto di vista etico, mettendo in discussione il significato della gestazione e della maternità ed aggiungendo elementi di tipo contrattuale a fatti (il concepimento e la nascita di un bambino) che sono stretta espressione della natura umana. Questo – è bene sottolinearlo – è un elemento diverso ed aggiuntivo rispetto alla questione, sottesa a qualunque forma di riproduzione assistita, della trasformazione di un processo determinato dalle leggi della natura in qualcosa che richiede l'intervento dell'uomo. Non a caso, una delle maggiori critiche mosse sul piano della bioetica alle procedure di fecondazione assistita si basa proprio su questo aspetto: «the artificiality is said to undermine the dignity of human life by moving away from traditional givenness of life to its commodification» (Evans, 1996, 5). La dimensione contrattuale, implicata dagli accordi di *surrogacy*, sembra aggiungere un elemento di complessità a questo quadro, imponendo di considerare la filiazione «as a matter of contract rather than status», laddove, tradizionalmente «the regulation of reproduction and familial relations bears the imprints of nation-building and social policies and as such is not simply a matter subject to individual negotiation» (Ergas, 2013, 120-121).

Il presente scritto, inserendosi nel solco tracciato dai contributi di Rochetti, Penasa e Palmeri, intende cogliere alcuni profili emersi dalle loro riflessioni e valutare il

---

*arrangements*, Prel. Doc. n. 3C, marzo 2014, par. 148. Per un inquadramento della questione: Campiglio, 2009, pp. 589-604.

<sup>3</sup> Si veda il Report adottato a febbraio 2018, reperibile online al link <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, ultimo accesso 9 novembre 2018. Per un commento, McLeod e Botterell, 2014, pp. 219-235.

contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nel dibattito relativo alla GPA, non solo in una prospettiva di genere, ma in termini più generali, dal punto di vista dell'etica della riproduzione e di una tutela effettiva dei diritti umani.

## 2. Autodeterminazione riproduttiva della donna tra tutela dei diritti umani, questioni di genere ed etica della riproduzione

Come emerge dal contributo di Laura Ronchetti, una questione centrale nel dibattito relativo alla GPA riguarda la posizione della gestante e la qualificazione del suo contributo ad un progetto genitoriale altrui come genuina espressione della sua libertà riproduttiva o, piuttosto, come scelta indotta dal bisogno economico o, ancora, da costruzioni/costrizioni culturali. La questione – pare a chi scrive – è inevitabilmente (ed inestricabilmente) legata alla natura onerosa del servizio prestato dalla *mère porteuse*. Su questo profilo si scontrano, com'è noto, visioni molto diverse. La stessa letteratura femminista è divisa tra chi ritiene che, sottoscrivendo un contratto di *surrogacy*, la donna ceda il controllo del proprio corpo (Damelio e Sorensen, 2008; Corea, 1985) e chi invece considera che la gestazione per altri possa e debba correttamente intendersi come una manifestazione del diritto al lavoro della donna e che, quindi, ogni tentativo di limitare la disponibilità di prestare servizio come gestante rappresenti un intervento «paternalistico» volto a limitare l'indipendenza economica femminile (Munyon, 2003, 717 ss.; Rimm, 2008-2009, 1452). Una prospettiva di genere, dunque, non contribuisce di per sé a chiarire la questione in termini definitivi.

Dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, sebbene si possa sostenere che la pratica di cui si dice consente di dare piena realizzazione, non solo alle aspirazioni genitoriali degli *intended parents*, ma anche al diritto all'autodeterminazione della donna, in molti considerano la maternità surrogata come uno strumento che si fonda su un'ineguaglianza di fondo tra le parti contraenti e che consolida le disparità (Rimm, 2008-2009, 1445; Brugger, 2011-2012, 671; Bromfield e Smith Rotabi, 2014, 128; Allan, 2014)<sup>4</sup>. La dimensione internazionale che essa assume, poi, non può che amplificare queste ineguaglianze: secondo alcuni, infatti, a rendere possibile il turismo

---

<sup>4</sup> Sull'impatto del turismo riproduttivo su questioni di genere, vedi anche Donchin, 2010, 323-332.

riproduttivo sarebbero, di fatto, «the underlying global inequalities between geographic regions and their residents and local inequalities among residents based on gender, class, race, and ethnic hierarchies» (Ikemoto, 2009, 277).

Sotto il profilo dell'etica della riproduzione, poi, se qualcuno sostiene che l'ammissibilità della GPA a titolo oneroso vada valutata alla luce dell'equità del compenso corrisposto alla gestante (Wilkinson, 2016), non manca chi ritiene che la dimensione dello sfruttamento della gestazione per altri risieda comunque «in the twin wrongs of commodifying that which should not be commodified and of exploiting another human being» (Dickenson, 2017, 131-665). Sarebbe dunque la mercificazione della riproduzione - ovvero l'assegnazione di un valore monetario e la subordinazione alle logiche del mercato di un'esperienza così intima e inestimabile come la gestazione - a renderla inaccettabile dal punto di vista etico (Voigt e Laing, 2010, 253). Seppur con l'astensione di illustri nomi<sup>5</sup>, il Comitato nazionale di bioetica ha condannato la GPA quale «ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive», ritenendo in particolare che la gestazione per altri a titolo oneroso sia «un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione»<sup>6</sup>.

La questione, dunque, è particolarmente dibattuta.

La Corte europea non si è mai occupata direttamente di autodeterminazione riproduttiva della donna in materia di GPA, ma il tema trova eco nella giurisprudenza relativa alla sterilizzazione forzata, da una parte, ed all'interruzione volontaria di gravidanza, dall'altra. Se - occorre precisare - in nessuno dei due ambiti tematici, è riscontrabile un'analisi approfondita di questa dimensione (che peraltro ha una piena specificazione in altri trattati)<sup>7</sup>, è possibile comunque individuare qualche elemento di riflessione.

Per quanto riguarda i casi relativi alla sterilizzazione forzata (per lo più sollevati contro la Slovacchia da donne appartenenti alla minoranza rom)<sup>8</sup>, la Corte ha pacificamente

---

<sup>5</sup> Si tratta di C. Flamigni, C. Caporale, D. Neri e G. Zuffa.

<sup>6</sup> Comitato nazionale di bioetica, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, mozione del 18 marzo 2016, reperibile online al link [http://bioetica.governo.it/media/170978/m17\\_2016\\_surroga\\_materna\\_it.pdf](http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf), ultimo accesso 9 novembre 2018.

<sup>7</sup> Si tratta, in particolare, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, il cui art. 16.1(e) garantisce alle donne il diritto di determinare liberamente il numero dei figli e la distanza tra gli stessi. Tale diritto è altresì garantito a vantaggio delle persone disabili dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, all'art. 23.1.b.

<sup>8</sup> Corte europea dei diritti umani, *K.H. a altri c. Slovacchia*, ricorso n. 32881/04, sentenza del 28 aprile 2009; *V.C. c. Slovacchia*, ricorso n. 18968/07, sentenza del 8 novembre 2011; *N.B. c. Slovacchia*, ricorso

riconosciuto che – in assenza di consenso da parte dell’interessata – la sterilizzazione rappresenta un’interferenza nel godimento dei diritti garantiti dall’art. 8 CEDU, poiché essa non solo incide sulla salute riproduttiva della donna, ma può avere diverse ripercussioni sulla sua vita privata e familiare<sup>9</sup>. Inoltre, per la Corte, tale pratica rappresenta altresì una violazione dell’art. 3 CEDU costituendo «a major interference with a person’s reproductive health status»<sup>10</sup> ed incidendo «on manifold aspects of the individual’s personal integrity including his or her physical and mental well-being and emotional, spiritual and family life»<sup>11</sup>. Pur non riferendosi esplicitamente all’autonomia riproduttiva della donna, la Corte significativamente sottolinea che la sterilizzazione «concerns one of the essential bodily functions of human beings»<sup>12</sup>.

Quanto poi all’interruzione di gravidanza, anche senza riconoscere un vero e proprio diritto all’aborto, entrambi gli organi di Strasburgo hanno espresso la necessità di dare precedenza alla tutela dei diritti ed interessi della madre (in particolare, quando la sua vita o salute siano in pericolo) rispetto alla tutela del diritto alla vita del feto, nonché dell’interesse del padre alla nascita del figlio.

In particolare, pur non escludendo che il nascituro possa considerarsi titolare dei diritti garantiti dall’art. 2 CEDU<sup>13</sup>, la Commissione prima e la Corte poi hanno stabilito che «the “life” of the foetus is intimately connected with, and it cannot be regarded in isolation of, the life of the pregnant woman»<sup>14</sup>, e che «if the unborn do have a “right” to “life”, it is implicitly limited by the mother’s rights and interests»<sup>15</sup>.

La dimensione dell’autodeterminazione riproduttiva della donna emerge con un poco più di evidenza in un caso in cui la Corte è stata chiamata ad esprimersi sulle doglianze sollevate dal compagno di una donna che, per ragioni di salute, aveva interrotto una

---

n. 29518/10, sentenza del 12 giugno 2012; *I.G., M.K. e R.H. c. Slovacchia*, ricorso n. 15966/04, sentenza del 13 novembre 2012.

<sup>9</sup> *V.C. c. Slovacchia*, par. 143.

<sup>10</sup> *Ivi*, par. 106.

<sup>11</sup> *Ivi*, par. 106.

<sup>12</sup> *Ibidem*, par. 106.

<sup>13</sup> Corte europea dei diritti umani, *Boso c. Italia*, ricorso n. 50490/99, decisione del 5 settembre 2002, par.1.

<sup>14</sup> Commissione europea dei diritti umani, *W.P. c. Regno Unito*, ricorso n. 8416/78, decisione del 13 maggio 1980, par. 19. Per la Commissione: «if Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the “unborn life” of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman», *ibidem*.

<sup>15</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Vo c. Francia*, ricorso n. 53924/00, sentenza del 8 luglio 2004, par. 80.

gravidanza senza la sua approvazione. Anche se la Corte non si concentra esplicitamente sulla dimensione del diritto al controllo del corpo della donna, nel far prevalere le scelte di questa sulle (pur legittime) aspirazioni di paternità dell'uomo, evidenzia come sia proprio la donna «the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination»<sup>16</sup>.

Nonostante le premesse da cui muove la Corte in materia di aborto paiano più che mai corrette, è tuttavia da segnalare come le conclusioni a cui giunge non siano del tutto soddisfacenti. La Corte infatti decide in modo molto diverso a seconda che sia chiamata ad esprimersi sul divieto di aborto in sé, quale possibile violazione della CEDU, oppure sugli ostacoli (posti, in particolare, dal diffuso ostruzionismo da parte del personale sanitario) al ricorso all'interruzione di gravidanza, quando questa sia consentita dall'ordinamento interno. Solo in quest'ultimo ordine di casi (*Tysiqc c. Polonia*<sup>17</sup>, *R.R. c. Polonia*<sup>18</sup> e *P. & S. c. Polonia*<sup>19</sup> e con riferimento alla terza ricorrente nel caso *A., B. e C. c. Irlanda*<sup>20</sup>), la Corte ha ravvisato una violazione del diritto al rispetto della vita privata. Nell'unico caso in cui la Corte si sia espressa sul divieto di aborto in sé – *A., B. e C. c. Irlanda*, con riferimento alle prime due ricorrenti<sup>21</sup> – essa ha invece escluso la violazione dell'art. 8 CEDU. Sulla incredibile deferenza che la Corte manifesta rispetto al sistema valoriale irlandese ci si è già soffermati altrove (Poli, 2017, 189 ss.): è dunque sufficiente in questa sede ricordare che per la Corte resta nella discrezionalità dello Stato decidere a quali condizioni consentire l'interruzione di gravidanza, godendo le autorità statali di un ampio margine di apprezzamento in materia<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> *Boso c. Italia*, cit., par. 2. La decisione è peraltro in linea con la giurisprudenza precedente: Commissione europea dei diritti umani, *W.P. c. Regno Unito*, cit., par. 27; *H. c. Norvegia*, ricorso n. 17004/90, decisione del 19 maggio 1992, par. 4.

<sup>17</sup> Corte europea dei diritti umani, *Tysiqc c. Polonia*, ricorso n. 5410/03, sentenza del 20 marzo 2007. Si veda Viviani, 2008, 406 ss..

<sup>18</sup> Corte europea dei diritti umani, *R.R. c. Polonia*, ricorso n. 27617/04, sentenza del 26 maggio 2001, su cui Osti, 2011, 963 ss..

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti umani, *P & S c. Polonia*, ricorso n. 57375/08, sentenza del 30 ottobre 2012. Per un commento: Crivelli, 2013, 252 ss..

<sup>20</sup> Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *A., B. e C. c. Irlanda*, ricorso n. 25579/05, sentenza del 16 dicembre 2010. La donna era stata costretta a recarsi nel Regno Unito per procedere ad aborto poiché la prosecuzione della gravidanza non le avrebbe consentito la somministrazione di farmaci chemioterapici di cui necessitava.

<sup>21</sup> Le donne si erano recate nel Regno Unito per procedere ad interruzione di gravidanza, non potendo accedere a tale pratica in Irlanda, dal momento che la prosecuzione della gestazione non rappresentava un rischio per la loro vita.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema, tra gli altri: Cosentino, 2015, 569-589; Malovic, 2015, 505-511.

Sulla base dell'analisi proposta, appare del tutto improbabile che la Corte possa contribuire al dibattito sul significato della GPA come strumento per realizzare la piena autonomia riproduttiva delle madri gestanti. Non solo perché – a parte qualche sporadico riferimento (sempre indiretto) al corpo femminile, operato attraverso il richiamo dell'importanza della riproduzione come funzione organica dell'essere umano – manca, nella giurisprudenza citata, un approfondimento di questa dimensione, ma anche e soprattutto perché è presumibile che, in una questione tanto controversa, la Corte possa agilmente trovare nel margine di apprezzamento uno strumento per non prendere posizione.

Questa considerazione non deve però far pensare che l'intervento giurisprudenziale della Corte non abbia alcuna rilevanza in materia di GPA. Il ruolo della Corte risulta invece centrale, non solo perché le sue decisioni hanno conseguenze pratiche evidenti rispetto alle scelte di natura etica che i singoli ordinamenti compiono in materia di gestazione per altri, ma anche perché sembra possibile trarre qualche indicazione dalla giurisprudenza EDU in una prospettiva *de iure condendo*.

### 3. Un margine di apprezzamento (solo apparentemente) ampio

In linea con le riflessioni compiute da Simone Penasa sul significato del ricorso al giudice come canale normativo alternativo al legislatore, occorre evidenziare che le decisioni adottate dalla Corte europea in materia di maternità surrogata, pur riconoscendo la più ampia discrezionalità alle autorità nazionali rispetto all'ammissibilità o meno della pratica di cui si dice, hanno effetti importanti sugli ordinamenti interni spingendo - di fatto - verso un'apertura rispetto a questa pratica.

Nei casi in cui ha avuto modo di confrontarsi con pratiche di *surrogacy*, la Corte non ha mai considerato la pratica in sé, evitando così di interrogarsi direttamente sulla sua compatibilità con i diritti umani fondamentali e lasciando alle autorità nazionali il compito di dipanare il groviglio etico e giuridico generato dall'intreccio di desideri individuali, esigenze pubbliche e sentimenti morali che ruotano intorno alla GPA. La Corte si è limitata così a valutare l'impatto delle scelte legislative restrittive operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica.

Appaiono di particolare interesse le decisioni relative al rifiuto di trascrizione in Francia di atti di nascita di bambini concepiti e nati negli Stati Uniti<sup>23</sup> e le due sentenze, di Camera e Grande Camera, sull'allontanamento dalla coppia di genitori intenzionali di un bambino nato in Russia con *surrogacy* doppiamente eterologa (in cui cioè entrambi i gameti provenivano da donatori)<sup>24</sup>. Dalla lettura di queste decisioni emerge come la Corte operi una distinzione molto netta tra la posizione dei genitori e quella dei figli, la cui esistenza dipende dalla scelta dei primi di aggirare i divieti nazionali in materia di GPA. Così, se la decisione – operata dai genitori – di muoversi contro i dettami normativi è oggetto di una certa riprovazione da parte dei giudici di Strasburgo, la Corte non rinuncia a tutelare in ogni caso la posizione dei minori nati da GPA.

Quanto alla posizione dei genitori, talvolta la Corte si limita a evidenziare come gli stessi abbiano autonomamente deciso di violare la normativa interna<sup>25</sup>, talaltra si sofferma a ponderare il significato di tale scelta e l'impatto che la stessa assume rispetto alle rivendicazioni dei ricorrenti. Nella decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, in particolare, per i giudici, l'interruzione del rapporto tra i coniugi ed il bambino, determinato dall'allontanamento disposto dalle autorità italiane, era la conseguenza dell'incertezza giuridica sullo status del minore determinata dagli stessi ricorrenti, che avevano agito *contra legem*<sup>26</sup>. Proprio questa incertezza avrebbe compromesso, sin dall'origine (ovvero ancor prima che emergesse la completa estraneità genetica del bambino dalla coppia) le prospettive per i coniugi Campanelli di instaurare un rapporto stabile con il bambino<sup>27</sup>.

Tuttavia, la Corte dimostra di considerare sempre e comunque l'interesse superiore del minore come principio guida fondamentale in grado di funzionare quale contro-limite all'ordine pubblico (Tonolo, 2015, 207).

In *Menesson c. Francia* e *Labasse c. Francia*, per esempio, pur non avendo ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU ai danni dei genitori (valutando in particolare che le difficoltà pratiche derivanti dalla mancata trascrizione degli atti di nascita non potessero considerarsi insormontabili e che fosse ravvisabile un equilibrio tra gli

---

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti umani, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 luglio 2014; *Labasse c. Francia*, e ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 luglio 2014.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, seconda sezione, ricorso n. 25358/12, sentenza 25 gennaio 2015; Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017.

<sup>25</sup> *Menesson c. Francia*, cit., par. 99; *Labasse c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>26</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera, par. 156.

<sup>27</sup> *Ivi*, par. 211.

interessi dello Stato e quelli degli individui coinvolti)<sup>28</sup>, la Corte ha riconosciuto una violazione del diritto alla vita privata rispetto ai figli delle due coppie. La mancata trascrizione dell'atto di nascita, infatti, era destinata a produrre uno stato di incertezza giuridica con ripercussioni negative sulla possibilità per i minori di ottenere la cittadinanza francese e di esercitare pienamente i diritti di successione<sup>29</sup>. Inoltre, considerando il legame genetico sussistente, in entrambe le coppie, tra i figli e il padre, la Corte ha ritenuto contraria all'interesse dei bambini una misura che impediva il riconoscimento giuridico di una realtà biologica<sup>30</sup>. Anche nella decisione assunta dalla Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, poi, la posizione del minore sembra aver determinato la *ratio decidendi* dei giudici di Strasburgo: come se nell'impossibilità di esprimersi direttamente sulla posizione del bambino, essi trovassero modo di tutelarne gli interessi, attraverso la posizione dei genitori d'intenzione (Poli, 2015, 7 ss.).

L'aspetto più rilevante di queste decisioni riguarda, come si è anticipato, le conseguenze pratiche che esse determinano rispetto alle scelte etico-politiche compiute in materia di GPA dagli ordinamenti interni. Pur non assumendo alcuna posizione sulla surrogazione di maternità, ed anzi a tratti prendendo le distanze dalle azioni dagli *intended parents*, la Corte (mossa dall'intenzione di tutelare la posizione dei nati da GPA) finisce per imporre agli ordinamenti interni di riconoscere effetti legali all'esito di tale pratica realizzata all'estero. Se questa dinamica è criticabile per qualcuno – si pensi alla posizione espressa dai giudici Raimondi e Spano nell'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza di Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*<sup>31</sup> – occorre osservare che si tratta, in realtà, di qualcosa di inevitabile. Il progresso scientifico sostenuto dall'accettazione diffusa (se anche non unanime) dal punto di vista etico dei suoi risultati è infatti destinato a produrre posizioni giuridiche soggettive che sono fortemente meritevoli di tutela. Una regolamentazione attenta, ma non del tutto

---

<sup>28</sup> *Mennesson c. Francia*, cit., par. 87-94; *Labassee c. Francia*, cit., par. 66-73.

<sup>29</sup> *Mennesson c. Francia*, cit., par. 96-98; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75-77.

<sup>30</sup> *Mennesson c. Francia*, cit. par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 79.

<sup>31</sup> La decisione della maggioranza non sarebbe condivisibile, per i due giudici, perché essa nega di fatto la possibilità allo Stato di non riconoscere alcun effetto alla pratica della maternità surrogata: «s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une "vie familiale", il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridique à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour»: Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, seconda sezione cit., par. 15.

preclusiva, appare dunque l'unica via per garantire tutti i soggetti coinvolti. Anche in questa direzione, la giurisprudenza della Corte offre qualche spunto di riflessione.

#### 4. In prospettiva *de iure condendo*: il legame genetico come condizione *sine qua non* e il diritto alle origine «biografiche»

Sono in particolare due i profili che paiono suscettibili di essere approfonditi attraverso l'analisi della giurisprudenza EDU e che ben emergono dallo scritto di Giuseppa Palmeri.

Il primo riguarda la presenza di un legame genetico con almeno uno dei due genitori di intenzione come condizione essenziale al riconoscimento della legittimità della GPA. Senza dubbio la rilevanza del dato biologico emerge, *a contrario*, dalla decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*, in cui la completa estraneità genetica del bambino dalla coppia di *intended parents* è stata determinante per escludere la sussistenza della violazione lamentata. Per la verità, l'argomentazione sviluppata dai giudici si basa sull'impossibilità di riconoscere un legame familiare tra il bambino ed i ricorrenti stante il breve periodo di tempo della coabitazione dei tre e non per l'assenza di un legame di consanguineità<sup>32</sup>. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza precedente, è plausibile ritenere che, in presenza di un legame biologico, la Corte avrebbe deciso diversamente, ritenendo sussistente (e meritevole di tutela, quanto meno nell'interesse del minore) un legame di vita familiare.

Inoltre, è anche evidente che la Corte ha inteso prendere posizione contro la GPA doppiamente eterologa, che consente, tra l'altro, di aggirare la normativa in materia di adozione internazionale. Così, la Corte ha considerato l'allontanamento del minore dalla coppia ed il suo affidamento ai servizi sociali, quale misura necessaria in una società democratica perché rispondente al bisogno di tutelare non solo il minore nel caso di specie, ma più in generale tutti i bambini rispetto a pratiche illecite, incluso lo *human*

---

<sup>32</sup> Tale legame, in effetti, per la Corte non è necessariamente imprescindibile, ben potendo sussistere, per esempio, una «vita familiare» meritevole di tutela tra l'adottato e l'adottante e finanche tra un minore e la famiglia affidataria. Deve però notarsi che si tratta, in questi casi, di situazioni previste e regolate dalla legge nazionale.

*trafficking*<sup>33</sup>. Pur senza giungere alle conclusioni dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, autori di un'opinione concorrente, secondo cui proprio quel bambino era stato vittima di traffico di esseri umani<sup>34</sup>, la Corte ha chiaramente dimostrato di guardare con preoccupazione alle possibili derive del riconoscimento degli effetti di un contratto di gestazione per altri in assenza di legami genetici e di riconoscere la prevalenza dell'interesse pubblico alla tutela dei minori sull'opportunità di assecondare il desiderio dei ricorrenti, pur legittimo e condivisibile, di realizzarsi attraverso l'esperienza della genitorialità.

Un secondo aspetto riguarda un tema di cui oggi si discute non solo con riferimento alla GPA, ma anche ad altre tecniche di fecondazione medicalmente assistita che prevedano il contributo di un terzo rispetto alla coppia di genitori (fecondazione eterologa o donazione di embrioni)<sup>35</sup>. Si tratta del diritto di conoscere le proprie origini biologiche e/o biografiche e, dunque, di risalire ai dati rilevanti dei donatori di gameti (o finanche embrioni) e della madre surrogata.

Da un punto di vista medico, si può facilmente immaginare l'importanza che può avere la storia clinica dell'ascendente genetico per la salute dell'individuo nato attraverso tali tecniche, ma la rilevanza della tracciabilità delle origini è questione ben più articolata.

La Corte – che non si è mai espressa sul diritto alle origini degli individui *donor-conceived* o dei nati da GPA, ma si è occupata della questione in materia di riconoscimento di paternità e di identificazione della madre biologica in caso di parto anonimo – ha chiarito che chi ricerca i dati relativi ai propri ascendenti genetici è portatore di un interesse essenziale a ricevere le informazioni atte a ricostruire un aspetto centrale della sua identità, da cui deriva anche la capacità di stabilire relazioni con altri, entrambe manifestazioni del diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU<sup>36</sup>. Questo legittimo interesse si estende anche alla possibilità di ricevere altre informazioni «necessary to know and to understand (...) childhood and early development»<sup>37</sup>, come evidenziato nel caso *Gaskin c. Regno Unito*, relativo ad un

---

<sup>33</sup> *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera cit., par. 197 e 202.

<sup>34</sup> Opinione concorrente dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Grande Camera cit., par. 6.

<sup>35</sup> Per una più ampia riflessione, sia consentito rinviare a Poli, 2016, p. 43 ss..

<sup>36</sup> Corte europea dei diritti umani, *Mikulić c. Croazia*, ricorso n. 53176/99, sentenza del 7 febbraio 2002, par. 64.

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti umani, *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989, par. 39.

individuo affidato in tenera età ai servizi sociali che desiderava avere accesso al fascicolo formato al momento della sua nascita.

Avrebbe senz'altro, dunque, un fondamento convenzionale il diritto a conoscere le proprie origini rivendicato da individui *donor-conceived*: tale diritto, si badi bene, non attiene solo alle origine biologiche/genetiche, ma riguarda tutte le circostanze rilevanti della nascita, inclusi i dati relativi alla *mère porteuse* nei casi di GPA<sup>38</sup>. Rispetto a questa dimensione, peraltro, non varrebbero le critiche mosse da chi sostiene la necessità di mantenere l'anonimato dei donatori di gameti, ritenendo che l'insistenza sul dato genetico derivi da un'eccessiva idealizzazione del DNA, come il luogo dove l'identità ed il sé trovano definizione (Nelkin e Lindee, 2004, 49)<sup>39</sup>. È ovvio, infatti, che la dimensione relazionale della gestazione, assente nel semplice conferimento di materiale biologico, fornisce una chiave di lettura ulteriore e più completa del diritto alle origini.

## 5. Considerazioni conclusive

Senza alcun dubbio, le tecniche di riproduzione artificiale hanno cambiato «not only our way of reproducing but also our view of what human reproduction is (or should be)» (Mori, 1996, 99). Si tratta di una rivoluzione senza precedenti e senza punto di ritorno (Robertson, 1996, 5). Evidentemente, non solo non è possibile, ma non è neanche auspicabile fermare o frenare questi sviluppi della scienza medica. È altrettanto impensabile omologare i diversi sentimenti etici che fanno di noi «stranieri morali»<sup>40</sup>. Pertanto, l'unica via percorribile sembra essere quella di una normativa che contribuisca ad identificare le condizioni essenziali rispetto alla praticabilità della GPA e, con un buon grado di esaustività, a prevedere le (e a rispondere alle) possibili pretese giuridiche soggettive di tutti i soggetti interessati.

---

<sup>38</sup> Sull'importanza di conoscere le modalità del concepimento in caso di *surrogacy*: J. Wallbank, 2002, 271 ss..

<sup>39</sup> Sul rischio che la ricerca delle proprie origini non sia determinata da un reale bisogno, ma da un desiderio «costruito» e «legittimato» dalla legge: Turkmendag, Dingwall e Murphy, 2008, p. 291.

<sup>40</sup> «*Moral strangers are persons who do not share sufficient moral premises or rules of evidence and inference to resolve moral controversies by sound rational argument, or who do not have a common commitment to individuals or institutions in authority to resolve moral controversies*»: Engelhardt, 1996, p. 7.

Il contributo offerto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo al dibattito sulla GPA è rappresentato da una lettura *human rights based* di una questione complessa in cui è difficile tracciare un confine chiaro e preciso tra pretese individuali meritevoli di tutela, considerazioni di genere ed etica della riproduzione. La risposta di Strasburgo ai tanti quesiti che la GPA pone è senza dubbio solo parziale e assai frammentaria, ma la prospettiva dei diritti umani impone di considerare la pratica di cui si dice a partire dalla concretezza della dimensione individuale dei protagonisti di queste vicende: *in primis* i nati da GPA e le gestanti.

## Bibliografia

Allan Sonia, “Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches and Suggestions for Change”, Working Paper, 2014, reperibile on line al link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2431142](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2431142), ultimo accesso 9 novembre 2018.

Bromfield Nicole F., Smith Rotabi Karen, “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations”, in *Global Social Welfare*, 2014, pp. 123-135.

Brugger Kristiana, “International law in the gestational surrogacy debate”, in *Fordham International Law Journal*, 2011-2012, pp. 665-697.

Campiglio Cristina, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

Corea Gena, *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, Perennial Library, New York, 1985.

Cosentino Chiara, “Safe and Legal Abortion: An Emerging Human Right? The Long-lasting Dispute with State Sovereignty in ECHR Jurisprudence”, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 569-589.

Crivelli Elisabetta, “‘P. e S. c. Polonia’: la Corte di Strasburgo si pronuncia ancora sul contrasto tra il diritto teorico all’aborto legale e l’applicazione pratica della legge”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 252-256.

Damelio Jennifer, Sorensen Kelly, “Enhancing autonomy in paid surrogacy”, in *Bioethics*, 2008, pp. 269-277.

Dickenson Donna, “The Commodification of Women’s Reproductive Tissue and Services”, in Francis Leslie (Ed.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 118-140.

Donchin Anne, “Reproductive tourism and the quest for global gender justice”, in *Bioethics*, 2010 pp. 323-332.

Engelhardt Hugo Tristram, *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1996.

Ergas Yasmine, “Babies without borders: human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy”, in *Emory International Law Review*, vol. 27, 2013, pp. 117-188.

Evans Donald, “Creating the child”, in Evans Donald, Pickering Neil (Eds.), *Creating the Child: The Ethics, Law, and Practice of Assisted Procreation*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pp. 3-10.

Ikemoto Lisa Chiyemi, “Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services”, in *Law & Inequality*, 2009, pp. 277-309.

Malovic Nedim, "Access to Abortion Services in the Council of Europe: A Critical Analysis of Women's Reproductive Rights", in *European Human Rights Law Review*, 2015, pp. 505-511.

Margaria Alice, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Il Mulino, Bologna, 2018.

McLeod Carolyn, Botterell Andrew, "A Hague Convention on contract pregnancy (or 'surrogacy'): avoiding ethical inconsistencies with the Convention on adoption", in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2014, pp. 219-235.

Mori Maurizio, "Is hand of policy to reproduction preferable to artificial intervention?", in Evans Donald, Pickering Neil (Eds.), *Creating the Child: The Ethics, Law, and Practice of Assisted Procreation*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, pp. 99-110.

Munyon Jessica, "Protectionism and Freedom of Contract: The Erosion of Female Autonomy in Surrogacy Decisions", in *Suffolk University Law Review*, 2003, pp. 717-744.

Nelkin Dorothy, Lindee Susan, *The DNA Mystique. The Gene as a Cultural Icon*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004.

Osti Alessandra, "L'interruzione di gravidanza nella sentenza R.R. c. Polonia", in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 963-966.

Poli Ludovica, "Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e treaty bodies a confronto", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 189-212.

Poli Ludovica, "Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale", in *GenIus*, 2016, pp. 43-55.

Poli Ludovica, “Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale”, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 2015, pp. 7-28.

Rimm Jennifer, “Booming baby business: regulating commercial surrogacy in India”, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008-2009, pp. 1429-1462.

Robertson John, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, Princeton, 1996.

Tonolo Sara, “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, pp. 202-209.

Turkmenbag Ilke, Dingwall Robert, Murphy Thérèse, “The removal of donor anonymity in the UK: the silencing of claims by would-be parents”, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, pp. 283-310.

Viviani Alessandra, “Aborto terapeutico e diritto all’integrità personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani”, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2008, pp. 406-410.

Voigt Cornelia, Laing Jennifer, “Journey into Parenthood: Commodification of Reproduction as a New Tourism Niche Market”, in *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 2010, pp. 252-268.

Wallbank Julie, “Too many mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child”, in *Medical Law Review*, 2002, pp. 271-294.

Wilkinson Stephen, “Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements”, in *Journal of Applied Philosophy*, 2016, pp. 125-145.