

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · MAGGIO 2024

2023 / 2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso (Magistrato, Tribunale di Bologna), Pina Palmeri (Università degli Studi di Palermo), Paolo Veronesi (Università degli Studi di Ferrara)

Comitato di redazione

Angioletta Sperti (Capo redattore – Università di Pisa), Chiara Ragni (Internazionalizzazione – Università degli Studi di Milano), Denise Amram (Editing – Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna, Pisa), Angelo Schillaci (Coordinamento esterno – Università di Roma, La Sapienza), Francesco Deana (Pubblicazione e distribuzione – Università degli Studi di Udine)

Redazione

Diritto Internazionale: Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Francesca Rescigno, Iaria Rivera, Angioletta Sperti

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Civile: Guido Noto La Diega, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti, Antonio Vercellone

Diritto Comparato: Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Chiara Gallese, Giacomo Giorgini Pignatiello, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci

Diritto del Lavoro: Laura Tomasi

Filosofia del diritto e sociologia giuridica: Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani, Gianfrancesco Zanetti

Referees

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Federico Azzarri, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Roberto Bartoli, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Valentina Bonini, Nerina Boschiero, Pasquale Bronzo, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Cinzia De Marco, Mariavaleria Del Tufo, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Gianluca Famiglietti, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Simona Feci, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Ciro Grandi, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Silvia Izzo, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Giuseppe Martinico, Antonella Massaro, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Salvatore Patti, Irene Pellizzone, Luca Penasa, Mario Perini, Tamar Pitch, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotta, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Filippo Romeo, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Elettra Stradella, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Antonio Vallini, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Matteo Winkler, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Rivista scientifica di fascia A (Delibera Consiglio Direttivo ANVUR n. 117 del 26/5/2022)

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Persone, vulnerabilità, intersezionalità

atti del convegno annuale di GenIUS; Brescia, 2023. A cura di Giacomo Viggiani

- 6 *Stefano Ciccone*: Bastare a sé stessi: l'insostenibile finzione del modello di maschilità egemonico
- 17 *Francesca Di Muzio*: La tutela processuale delle vittime "vulnerabili"
- 35 *Elena Pariotti*: Vulnerabilità, approccio intersezionale e linguaggio dei diritti
- 43 *Francesco Romeo*: 'Invulnerabile', tra mito storiografico e desiderio tecnologico: una proposta intersezionale
- 51 *Silvia Vida*: Nudge e vulnerabilità

Focus: La gestazione per altri. Profili interdisciplinari alla ricerca di un complesso equilibrio tra istanze individuali e necessità di tutela

a cura di Marco Pelissero

- 65 *Ines Corti*: Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?
- 75 *Carmelo Danisi*: Maternità surrogata come reato "universale": considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea
- 95 *Fabrizio Filice*: La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative
- 100 *Vincenzo Tigano*: La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani
- 159 *Antonio Vallini*: La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale

Interventi

188 *Giulia Barbato*: Genitorialità intenzionale e *status filiationis*

214 *Giorgia Beninati*: Vittimizzazione secondaria: proliferazione di un fenomeno contrario ai diritti umani

Commenti

228 *Radzhana Buyantueva*: Queer visibility and conservative political turn in Russia

240 *Cristina Luzzi*: Sui “venuti al mondo” grazie alla surrogazione di maternità, la Corte Edu supporta le Sezioni unite, ma delude (comprensibilmente) qualche aspettativa. Osservazioni a partire dalla sentenza *C. c. Italia*.

252 *Carla Maria Reale*: “*Only the beginning*”? L’impatto della sentenza della Corte Edu *Semenya v. Switzerland* sui diritti umani in prospettiva di genere nella governance sportiva.

Diritti e dintorni

267 *Barbara Pezzini*: Pensieri e nodi sul filo della lettura di *Dare la vita* di Michela Murgia

Carmelo Danisi*

Maternità surrogata come reato “universale”: considerazioni di diritto internazionale e dell’Unione europea

Sommario

1. Introduzione. – 2. Uno stereotipo (difficile) da superare: la presunta incompatibilità tra GPA e diritti umani. – 3. Reato “universale” e tutele previste dalla Convenzione europea dei diritti umani. – 4. Brevi riflessioni su reato “universale” e garanzie previste dal diritto Ue. – 5. Osservazioni conclusive.

Abstract

Con la modifica al divieto di maternità surrogata, approvata dalla Camera dei Deputati nel luglio 2023, l’Italia intende prevedere la maternità surrogata come reato (quasi) “universale”. Considerati i profili di novità che tale sviluppo normativo comporta, questo contributo propone un primo esame delle sue potenziali implicazioni per la tutela che si è progressivamente riconosciuta in ambito europeo, direttamente e indirettamente, a coloro che ricorrono alla gestazione per altre persone (GPA) all’estero. A tal fine, due premesse sono essenziali. In primo luogo, da un punto di vista terminologico, l’identificazione stessa del nuovo reato come “universale” appare non corretta nel quadro del diritto internazionale. In secondo luogo, la persistenza di una visione, alquanto stereotipata, della GPA come pratica non conforme ai diritti umani e su cui sembra basarsi l’intervento legislativo italiano è problematica e non supportata dalle uniche raccomandazioni sul tema adottate nell’ambito delle Nazioni Unite. Alla luce di tali premesse, il contributo analizza le garanzie emerse a livello di Consiglio d’Europa, con particolare riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani e al margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti dalla Corte europea dei diritti umani, per soffermarsi poi sulle tutele offerte dal diritto dell’Unione, posto che un reato in materia di GPA, come proposto in Italia, sembra avere implicazioni sull’esercizio delle libertà fondamentali dell’Unione e sulla cooperazione penale tra gli Stati membri. Sotto tutti i profili presi in esame, il contributo solleva seri dubbi sul fatto che un divieto di GPA di più ampia portata, volto a perseguire i cittadini italiani che vi ricorrono all’estero, possa realmente modificare il tipo di bilanciamento di interessi che si è affermato, a livello europeo, a tutela di tutti i soggetti coinvolti.

With the latest amendment to the law regulating surrogacy, which was approved by one of the Chambers of the Italian Parliament in July 2023, Italy intends to criminalize surrogacy as a (quasi) ‘universal’ crime. This contribution aims to explore the potential implications of this legislative development for the international obligations

* Ricercatore senior (RTDb) di Diritto Internazionale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Parte della ricerca è stata condotta nell’ambito della *visiting fellowship* presso l’*University of Sussex – Centre for Human Rights Research*. Si ringraziano i colleghi del *Centre for Cultures of Reproduction, Technologies and Health* della medesima Università per l’utile confronto durante la presentazione dei risultati preliminari, nonché il prof. Balboni, la prof.ssa Ragno e l’avv. Genito e i referee anonimi per i loro preziosi commenti. Il presente contributo costituisce uno dei risultati del progetto GenDJus finanziato dall’Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all’impresa - Investimento 1.1, Avviso PRIN 2022 PNRR DD n. 1409 del 14 settembre 2022, codice proposta P2022FNH9B - CUP J53D23017230001. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

of Italy and the protection to be granted, both directly and indirectly, to people resorting to surrogacy abroad. To this end, the contribution starts with some preliminary remarks. Firstly, the classification of surrogacy as a ‘universal’ crime is inaccurate under international law. Secondly, the enduring and stereotypical notion of surrogacy as a violation of human rights appears problematic and needs to be reconsidered in light of the recommendations released at the United Nations. Against this backdrop, the contribution examines the legal safeguards that have emerged in relation to surrogacy in the context of the Council of Europe, with specific reference to the European Convention on Human Rights and the doctrine of the margin of appreciation granted to Contracting States by the European Court of Human Rights. The contribution then briefly analyses the protection provided by EU law. It starts from the observation that the Italian extended ban on surrogacy may have implications for the exercise of EU fundamental freedoms and evaluates what impact it has in the context of the current judicial cooperation between Member States in criminal matters. In the end, the contribution raises considerable doubts as to whether the far-reaching ban on surrogacy that Italy aims to introduce can alter the difficult balance of competing interests that has progressively crystallised, at the European level, to protect the rights of all people involved.

1. Introduzione

Il 26 luglio 2023 la Camera dei Deputati ha approvato la proposta di legge “Varchi”¹, volta a rafforzare il divieto di maternità surrogata², già vigente nell’ordinamento italiano attraverso una modifica al comma 6° dell’art. 12 della legge 19 febbraio 2004. Se anche il Senato si pronuncerà a favore, le pene oggi previste per chi, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità saranno applicabili anche quando tali fatti sono commessi *dal cittadino italiano all’estero*³. Ciò costituisce il risultato cui è giunta la stessa Camera dopo la discussione di una proposta iniziale che non si limitava a punire il solo cittadino italiano che realizza, organizza o pubblicizza la maternità surrogata all’estero ma che mirava ad applicare le pene previste nell’ordinamento italiano sostanzialmente *a chiunque* commettesse tali fatti all’estero. Da questa impostazione originaria sembra derivare il diffuso riferimento all’introduzione di un reato “universale”, termine che, come si preciserà oltre, non appare corretto per descrivere l’intervento del legislatore italiano dal punto di vista del diritto internazionale e che, al contempo, denota una visione stereotipata della GPA. Anzi, se si analizzano gli sviluppi internazionali in materia, la proposta “Varchi” sembra in contraddizione rispetto agli obblighi internazionali emersi finora al fine di tutelare il minore nato attraverso la GPA e che l’Italia è chiamata a osservare nelle modalità che saranno discusse oltre.

Nel tentativo di offrire una prima riflessione sul tema dal punto di vista del diritto internazionale e dell’Unione europea data la sua novità, questo contributo è strutturato come segue. Innanzitutto, esso esamina in via preliminare l’argomento sul quale sembra reggersi il potenziale nuovo quadro normativo e l’erronea comparazione ai crimini internazionali: la necessità di vietare la GPA per tutelare i diritti umani delle persone coinvolte. A tal fine, un esame delle raccomandazioni in materia di GPA emerse in seno alle Nazioni Unite (NU) appare particolarmente utile (par. 2). Per verificare se e quali implicazioni possa comportare un reato siffatto per gli obblighi internazionali assunti dall’Italia, l’inda-

-
- 1 Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei deputati Varchi e altri, intitolata “Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano” e presentata il 15 febbraio 2023. Per un primo dibattito sulla proposta, v. gli interventi comparsi in *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all’estero?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 1 agosto 2023.
 - 2 In questo contributo si utilizzerà principalmente il termine “gestazione per altre persone” (GPA), mentre si farà riferimento alla “maternità surrogata” nel caso in cui questo termine sia utilizzato nelle normative, nelle sentenze o nei documenti presi in esame (sull’uso del linguaggio e della terminologia corretta in materia, v. V. Gheno, *Denotare e connotare, differenze da notare*, in *Amare parole. Il podcast*, marzo 2023. Inoltre, salvo specificazioni, si fa soprattutto riferimento alla *gestational surrogacy* ove la donna gestante non ha legami genetici con il fanciullo. Si nota, peraltro, che nel linguaggio comune si distingue tra GPA altruistica e GPA commerciale ancorché non esista una definizione univoca di questi termini (v. *infra* sez. 2, sulle implicazioni relative ai diritti umani). Per una sintesi sul dibattito teorico sulla GPA, M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna.it*, 1/2017, pp. 7 ss. Infine, per ragioni di leggibilità, ove opportuno, l’uso della forma maschile è da intendersi in modo inclusivo rispetto ai generi.
 - 3 Le pene previste attualmente sono la reclusione da tre mesi a due anni e una multa da 600.000 a un milione di euro. La limitazione del campo di applicazione ai soli cittadini italiani sembra comportare profili di discriminazione c.d. “a rovescio”. Si pensi infatti al diverso trattamento che verrebbe riservato ai cittadini stranieri che, dopo aver fatto ricorso alla GPA nel loro Paese o in uno Stato terzo ove tale pratica non sia vietata, chiedono il riconoscimento del legame con i loro figli in Italia. Per ragioni di spazio, questo contributo non analizza anche questo ulteriore profilo in modo specifico.

gine concentra poi l'attenzione sulle possibili conseguenze rispetto alle tutele, dirette e indirette, che è possibile rintracciare nel quadro della Convenzione europea dei diritti umani (Cedu) (par. 3). L'analisi prosegue affrontando, seppur brevemente, l'eventuale contrasto della modifica legislativa in esame con il diritto dell'Unione europea sotto due specifici profili: il possibile contrasto con l'esercizio delle libertà fondamentali dell'Unione e la dubbia perseguibilità del cittadino italiano che ricorre alla GPA all'estero all'interno della stessa Unione, dati i principi che regolano i rapporti tra gli Stati membri nel settore della cooperazione penale e i meccanismi previsti in materia (par. 4). Seguiranno, infine, alcune osservazioni conclusive (par. 5).

2. Uno stereotipo (difficile) da superare: la presunta incompatibilità tra GPA e diritti umani

Come necessaria premessa per l'indagine che qui si propone, è opportuno verificare quella che appare una delle ragioni più reiterate, assunta quasi in termini di dogma incontrastato⁴, per giustificare l'estensione universale dell'iniziativa penale in materia di GPA: la presunta incompatibilità tra questa pratica e i diritti umani. È su tale base che gli autori della proposta legislativa sopra richiamata accomunano la GPA a fatti di eccezionale gravità per i quali la legge italiana già prevede la perseguibilità del cittadino italiano che li commette all'estero (ad es. lo sfruttamento della prostituzione minorile, la tratta di persone o il traffico di organi umani)⁵. Infatti, come emerge anche dai lavori parlamentari⁶, la scelta di sottoporre alla giurisdizione italiana, secondo il principio della personalità attiva, coloro che intendono costituire una famiglia attraverso la GPA all'estero è giustificata dalla qualificazione di questa pratica come gravemente lesiva della dignità individuale, in particolare quella della donna. In tal senso, gli autori della proposta di legge si rifanno ai termini (stereotipati?) utilizzati dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 272 del 2017, per la quale la maternità surrogata, lungi dal realizzare quel desiderio di famiglia connaturato a chiunque sia in grado di procreare, "offende in modo intollerabile la donna e mina nel profondo le relazioni umane"⁸. Con l'introduzione di un divieto siffatto, almeno nelle intenzioni dichiarate da membri del Governo in carica, l'Italia vorrebbe porsi come uno dei Paesi in prima linea per raggiungere un accordo internazionale che ne comporti la criminalizzazione a livello universale.

A tal proposito, un rapido esame delle posizioni espresse in seno a organizzazioni a carattere universale o europeo sembra, in realtà, dimostrare un'evoluzione più frammentata in materia. Anziché condannare *tout court* la GPA come pratica contraria al rispetto dei diritti umani, si riscontrano oggi approcci più sfumati che evidenziano, soprattutto, un'esigenza di regolamentazione volta a prevenire violazioni *altre* dei diritti umani.

-
- 4 Tale assunto persiste pure in contributi di carattere accademico. Anche dove dovrebbe costituire l'oggetto di analisi, non viene poi in realtà trattato effettivamente: ad es., L. Mura, *Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza Cedu sulla maternità surrogata*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 172 ss.
- 5 Per tutti i riferimenti, v. C.D. Leotta, *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?*, in *Altalex*, 1 agosto, 2023, in <https://www.altalex.com/documents/2023/08/01/punire-surrogazione-maternita-commessa-cittadino-estero>.
- 6 È interessante notare come, tra le varie personalità udite dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati, incluse femministe da anni coinvolte in campagne per l'abolizione della GPA con motivazioni non sempre coerenti, non compare nessun esperto di diritto internazionale o dell'Unione europea nonostante i profili che la nuova normativa pone anche rispetto agli obblighi internazionali dell'Italia. Tutte le audizioni possono essere consultate al seguente link: www.camera.it/leg19/126?t=ab=&leg=19&idDocumento=0887.
- 7 Stereotipi intensi come sistemi di classificazione della realtà che semplificano i fatti e portano a interpretazioni errate, spesso impermeabili di fronte alla disconferma dell'esperienza, a causa del carattere distorcente delle aspettative che generano: v. L. Arcuri, M. Cadinu, *Gli stereotipi*, Bologna, 2011, p. 16.
- 8 Tale formulazione viene ripresa anche in Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.7 del *Considerando in diritto*, in cui si afferma "la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale", la quale tuttavia anche per la stessa Corte va bilanciata con gli altri interessi in gioco. Come si dirà oltre, per quanto l'intervento legislativo in commento persegua e rafforzi tale finalità, esso non sembra in linea con taluni obblighi internazionali assunti dall'Italia che, sulla base di un bilanciamento in ciascun caso concreto, offrono garanzie non solo al minore nato tramite GPA ma anche al genitore intenzionale (v. oltre sez. 3).

Lo dimostrano, in particolare, gli sviluppi emersi in seno alle NU, la sede più rappresentativa per verificare l'esistenza di qualsiasi tipo di consenso internazionale in materia che faciliti o meno l'eventuale conclusione di un accordo volto alla criminalizzazione universale della GPA. Oltre ai richiami espressi dai meccanismi di monitoraggio di taluni trattati sui diritti umani nei confronti di singoli Stati⁹, appaiono significativi i lavori della *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, ossia l'unico organo che finora ha dedicato un'attenzione specifica al tema¹⁰. Mentre nel 2016 l'allora *Special Rapporteur* Maud de Boer-Buquicchio esprimeva forte preoccupazione sul ricorso alla GPA per via delle possibili conseguenze in termini di adozioni illegali¹¹, le successive raccomandazioni espressamente elaborate sulla tutela dei fanciulli nati attraverso la GPA presentano posizioni più articolate¹². In primo luogo, esaminando la questione della GPA alla luce dei divieti previsti dal Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia rappresentante persone di minore età¹³, questi lavori rilevano un vuoto normativo in materia a livello internazionale. In secondo luogo, sulla base del riconoscimento della GPA come una delle modalità di procreazione per coloro che non possono avere figli in altro modo, gli stessi lavori non rigettano la GPA a priori. Anzi, attraverso le raccomandazioni in essi contenute, la *Special Rapporteur* ha invitato le Parti a regolamentare la GPA poiché, oltre alla forma c.d. altruistica che non comporta in via di principio la vendita di minori se adeguatamente disciplinata¹⁴, anche la "*commercial surrogacy may not constitute sale of children if it is closely regulated in compliance with international human rights norms and standards*"¹⁵. La *Special Rapporteur* ha anche identificato gli aspetti principali di questa possibile regolamentazione. Si segnalano, tra l'altro, il divieto di compensi *non giustificati* per le donne gestanti¹⁶; una rigida disciplina e monitoraggio degli eventuali enti intermediari¹⁷; l'obbligo di una valutazione post-nascita da parte di un'autorità competente che verifichi, alla luce del principio del preminente interesse del minore, il rispetto di taluni standard procedurali e la prevenzione di situazioni di incertezza giuridica che, indipendentemente da eventuali divieti imposti a livello nazionale, possano comportare, ad esempio, apolidia¹⁸; la previsione di registri statali tramite i quali conservare le informazioni genetiche e gestazionali relative ai fanciulli nati tramite GPA al fine di consentire loro di conoscere le loro origini¹⁹. È bene precisare, a fronte delle esigenze di tutela della donna, che i lavori della *Special Rapporteur* fin qui richiamati condannano pratiche lesive della dignità individuale ma senza che ciò possa comportare "*a restriction*

-
- 9 Si vedano, per esempio, le osservazioni conclusive del Comitato sui diritti del fanciullo rispetto a Paesi in cui la GPA è praticata, come India (doc. CRC/C/IND/CO/3-4, par. 57), Messico (doc. CRC/C/MEX/CO/4-5, par. 69), Stati Uniti (doc. CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, par. 24) o Israele (doc. CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, par. 28).
- 10 Tutti i lavori della *Special Rapporteur* in materia possono essere consultati al seguente indirizzo: www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy. Si vedano gli sforzi profusi dalla *Special Rapporteur* anche a livello di singoli Paesi per giungere a una regolamentazione della GPA che tuteli il fanciullo e le donne interessate, come nel caso della Georgia: *End of Mission Statement - Visit to Georgia*, 19 aprile 2016.
- 11 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, report del 22 dicembre 2016, UN doc. A/HRC/34/55, par. 52.
- 12 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safeguards for the Protection of the Rights of Children Born from Surrogacy Arrangements*, UN doc. A/74/162, 15 luglio 2019; Id., *Study on Surrogacy and Sale of Children*, UN doc. A/HRC/37/60, il 15 gennaio 2018.
- 13 Adottato con risoluzione dell'Assemblea Generale n. 54/263 il 25 maggio 2000 ed entrato in vigore il 18 gennaio 2002, UNTS, vol. 2171, p. 227. L'Italia ha ratificato il Protocollo con L. 11 marzo 2002, n. 46, divenendo parte dal 9 maggio 2002.
- 14 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 69 ss.
- 15 Ibid., cit., par. 41, 72 ss.
- 16 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 72 e alle condizioni ivi descritte. Si ricorda che il divieto di "*improper gain*" è già previsto, ad esempio, nella Convenzione sull'adozione dei fanciulli (rivista) del Consiglio d'Europa (ETS. 202), conclusa a Strasburgo, 27 dicembre 2008, art. 17, e che potrebbe rappresentare un utile modello in materia di GPA. Come specificato nel relativo *Explanatory report*, par. 77, si fanno comunque salvi "*the reimbursement of direct and indirect costs and expenses of an adoption and the payment of reasonable remuneration in relation to services rendered*".
- 17 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 103.
- 18 *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on surrogacy and sale of children*, cit., par. 77, come ribadito nel successivo *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 101.
- 19 Ibid.

of women's autonomy in decision-making or of their rights to sexual and reproductive health"²⁰, nell'evidente intento di evitare la riproposizione di visioni stereotipate o d'ispirazione patriarcale della stessa persona che si intende proteggere.

In sintesi, al di là di ribadire gli obblighi di divieto e prevenzione della "sottrazione", della "vendita" e del "traffico" di fanciulli alimentati mediante pratiche di *surrogacy*²¹ e proprio per tenere conto delle varie sensibilità in materia tra gli Stati, le suddette raccomandazioni depongono in senso contrario rispetto al divieto *tout court* della GPA. Né da esse, data la loro natura, né dal menzionato Protocollo è possibile derivare un obbligo internazionale che imponga alle Parti, inclusa l'Italia, di vietare la GPA e di perseguirne la violazione in generale, *a fortiori* quando essa abbia luogo in un Paese terzo. Inoltre, al pari di altri contesti, ad esempio nell'ambito dei lavori della Conferenza dell'Aja sui profili di diritto internazionale privato in materia di GPA²², questi pochi – ancorché significativi – elementi emersi in seno alle NU segnalano l'inesistenza di un consenso universale sulla gravità di questa pratica rispetto ai valori su cui convergono gli strumenti in materia di diritti umani. Al contempo, essi evidenziano l'esigenza di regolamentarne il ricorso per evitare situazioni che possano comportare la violazione di diritti protetti da specifiche convenzioni internazionali, come appunto il divieto di vendita di minori o i vari obblighi volti a prevenire lo sfruttamento e l'abuso della donna, ma non l'incompatibilità della GPA *per se* con il diritto internazionale dei diritti umani²³.

Sempre a livello universale, appare opportuno fare un'ulteriore precisazione per evitare ogni possibile dubbio sulla corretta qualificazione del "nuovo" reato in discussione in Italia. La GPA non è stata mai presa in considerazione nel quadro di strumenti universali volti all'identificazione dei c.d. crimini internazionali, né dai meccanismi istituiti per la loro repressione. Se facciamo riferimento, ad esempio, allo Statuto della Corte Penale Internazionale²⁴ che ha codificato tali crimini relativamente a genocidio (art. 6), crimini contro l'umanità (art. 7) e crimini di guerra (art. 8), la loro qualificazione dipende dalla lesione che tali fattispecie comportano a valori ritenuti fondamentali dalla Comunità internazionale in quanto tale e non a interessi "specifici" di uno o più Stati o legati alla tutela di valori identitari di una maggioranza di essi²⁵. Lo dimostra quanto afferma l'art. 5 dello stesso Statuto che annovera cumulativamente genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra tra i "*most serious crimes of concern to the international community as a whole*". Non solo è evidente la diversità tra queste fattispecie e la GPA rispetto agli interessi propri della Comunità internazionale ma, mentre i crimini internazionali richiamati non possono mai essere compatibili con i diritti umani, la GPA potrebbe invece essere conforme agli standard internazionali ed europei in materia se adeguatamente regolamentata come suggeriscono i lavori della *Special Rapporteur* fin qui citati. Simili considerazioni riguardano anche il profilo della repressione. Anche se il principio della giurisdizione universale si è affermato oltre i crimini internazionali finora indicati, non esiste analogia tra la GPA e le fattispecie rispetto alle quali il diritto pattizio o il diritto consuetudinario prevedono l'obbligo o la facoltà per gli Stati interessati di esercitare la loro giurisdizione per violazioni commesse al di là dei propri confini e/o in assenza di un legame con l'autore del crimi-

20 *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 11, come ribadito nel successivo *Thematic Study on Safeguards*, cit., par. 84 e 108: "*The Special Rapporteur reiterates her earlier recommendation that nothing in these recommendations should imply that women, including women who act as surrogates, cannot make independent decisions about the autonomy of their own bodies during pregnancy*".

21 Si ricordano che gli elementi costitutivi della "vendita" di un minore sono, ai sensi dell'art. 35 del relativo Protocollo opzionale alla CRC i seguenti: pagamento, trasferimento del minore e pagamento per il trasferimento.

22 A fronte del lavoro pluriennale del Gruppo di esperti istituito nel 2015, nel marzo 2023 è stato creato un apposito Working Group che si occuperà del tema: cfr. *The Parentage/Surrogacy Project* al seguente indirizzo www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

23 Anche in Paesi che ammettono da tempo la GPA si assiste a un tale sviluppo. Si veda il caso dell'India che, nel 2021, ha regolamentato il ricorso alla GPA per evitare lesioni della dignità delle persone coinvolte: v. *Surrogacy (Regulation) Act*, 25 dicembre 2021, n. 47/2021, consultabile nella versione online della Gazzetta ufficiale indiana: <https://egazette.gov.in/WriteReadData/2021/232118.pdf>.

24 Concluso a Roma il 17 luglio 1998 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002, UNTS vol. 2187, p. 3. L'Italia ne è divenuta parte il 26 luglio 1999. È bene precisare che, ai sensi degli artt. 12 e 13 dello Statuto, la Corte penale internazionale non esercita una giurisdizione pienamente universale tenuto conto che può attivarsi unicamente se i crimini previsti dallo Statuto sono commessi nel territorio o da un/a cittadino/a di uno Stato parte, salvo quando il caso le è deferito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

25 M. Balboni, *Da Norimberga alla Corte Penale Internazionale*, in G. Illuminati, L. Stortoni, M. Virgilio, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, p. 1 ss.

ne²⁶. Quindi, anche rispetto a questo ulteriore profilo, la modifica legislativa in discussione non trova riscontro a livello internazionale, né è motivata da obblighi di cooperazione emersi in ambito universale con riferimento ai crimini internazionali propriamente detti o, per via del *vulnus* arrecato alla vita degli Stati e alla Comunità internazionale, a specifici reati a carattere transnazionale²⁷.

Restrìngendo l'attenzione alla sola dimensione europea, la situazione non appare diversa. Per quanto riguarda i lavori del Consiglio d'Europa, nonostante il numero ridotto di Stati membri che ammette, anche parzialmente, il ricorso alla GPA²⁸, né il Comitato dei Ministri né l'Assemblea Parlamentare si sono mai espressi in merito alla criminalizzazione di questa pratica²⁹. La difficoltà di giungere a una posizione comune sul tema è anche alla base dell'impossibilità di emendare la Convenzione europea sullo stato giuridico dei fanciulli nati al di fuori del matrimonio³⁰, ritenuta oramai obsoleta³¹. Proprio l'assenza di un *consensus* tra gli attuali 46 Stati membri del Consiglio d'Europa determina un'importante conseguenza per l'attività interpretativa cui è chiamata la Corte Edu quando, nel valutare ricorsi che lamentano la violazione della Cedu, si occupa di questioni legate alla GPA³²: il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento alle Parti per tenere conto delle loro diverse sensibilità in materia³³. Tuttavia, come si vedrà nella prossima parte del contributo, ciò non significa che questi Stati godano di una illimitata discrezionalità poiché sono comunque chiamati a osservare precisi obblighi, anche di natura positiva, sulla base di un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco che dipende essenzialmente dal caso concreto.

Quanto all'Unione europea, date le limitate competenze sia in relazione al diritto di famiglia sia nella sfera penale³⁴, le sue istituzioni non si sono occupate direttamente di GPA. Del resto, le posizioni degli Stati membri divergono rispetto alla stessa necessità di vietare tale pratica, come mostra la varietà di discipline interne o la frequente assenza di regolamentazione in materia³⁵. L'Unione sembra, però, sempre più propensa a individuare soluzioni che, pur non disciplinando la questione *per se*, restituiscono un approccio sostanzialmente contrario alla GPA solo qualora comporti uno sfruttamento della donna o altre violazioni dei diritti umani. Si ricorda qui la risoluzione (non vincolante) del Parlamento europeo, risalente al 2015, che raccomandava di vietare la GPA laddove comportasse lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano "*for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing*

-
- 26 M.R. Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012, p. 115 ss.; M. La Manna, *La giurisdizione penale internazionale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, p. 57 ss.
- 27 Ad esempio, nel caso del terrorismo: v. Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° giugno 2007 (ETS. n. 196), art. 14 e ss. L'Italia ne è diventata parte il 21 febbraio 2017.
- 28 Quanto meno Regno Unito, Georgia, Grecia, Ucraina e, anche se ancora in modo non chiaro, Portogallo. Per una panoramica delle normative statali rilevanti, v. Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa, *Surrogacy*, 30 novembre 2021, doc. DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum.
- 29 Anche se è bene ricordare che, nel 2016, l'Assemblea Parlamentare ha rigettato una proposta di raccomandazione contenente linee guida a tutela del fanciullo nato tramite GPA per via dell'opposizione della maggioranza degli Stati nei confronti di tale pratica *per se*: cfr. Assemblea Parlamentare, *Children's Rights Related to Surrogacy*, 26 settembre 2016, doc. 14140.
- 30 Conclusa a Strasburgo il 15 ottobre 1975 ed entrata in vigore l'11 agosto 1978 (ETS. n. 85). È bene precisare che, in ogni caso, l'Italia non è parte di tale Convenzione. Infatti, pur avendo apposto la sua firma l'11 febbraio 1981, non ha poi proceduto con la ratifica.
- 31 V. Comitato dei Ministri (*European Committee on Legal Co-operation*), report del 7 settembre 2022, doc. CM(2022)150, p. 3.
- 32 Ad es. Corte Edu, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, n. 65192/11, par. 79. Su tale evoluzione, *ex multis*, S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; E. Narin, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 237 ss.
- 33 F. Pesce, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della Cedu*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, p. 155 ss. Sulla modalità di determinazione di tale margine, non sempre coerente quando la Corte assume di trattare un tema eticamente sensibile, sia consentito rinviare a C. Danisi, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015, p. 101 ss.
- 34 S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015.
- 35 Per quanto risalente, si veda lo studio commissionato dal Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, disponibile al seguente indirizzo: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET(2013)474403).

*countries*³⁶. Appare indicativa anche la proposta di regolamento elaborata dalla Commissione europea al fine di disciplinare il reciproco riconoscimento della filiazione all'interno dell'Unione³⁷. Questa non prevede alcuna clausola di esclusione per via del ricorso alla GPA proprio perché, se essa ha luogo in uno Stato membro o in Stati terzi che lo permettono, non si riscontra un contrasto sostanziale con i diritti fondamentali applicabili nel quadro dell'Unione. Infine, è altrettanto significativo il fatto che, nell'esaminare la proposta della Commissione volta a modificare l'attuale Direttiva anti-tratta 2011/36/UE, il Consiglio non abbia accolto, in prima lettura, l'opinione del Comitato economico e sociale europeo di indentificare la *gestational surrogacy per se* come una "nuova" forma di tratta³⁸.

In sintesi, è vero che, sulla base di questi brevi richiami, l'appartenenza alle organizzazioni sovranazionali qui menzionate non impedisce, né impone, all'Italia di introdurre un divieto, più o meno esteso, in materia di GPA. Tuttavia, nonostante la tendenziale condanna di tale pratica quando comporti la mercificazione dei fanciulli e lo sfruttamento della donna che, in varie forme, emerge in tali sedi, i recenti sviluppi, da un lato, mettono in discussione la presunta assoluta incompatibilità della GPA con i diritti umani e, dall'altro, non supportano l'estensione della criminalizzazione a tutte le forme tramite cui tale pratica viene condotta. Tutto ciò evidenzia anche l'irragionevolezza della comparazione con crimini internazionali e del potenziale ricorso alla giurisdizione universale in materia di GPA, non essendo rintracciabili né quel diffuso consenso all'interno della Comunità internazionale sulla necessità di perseguirla più o meno ampiamente, né i diversi valori che stanno alla base dell'istituzione dei meccanismi di cooperazione oggi disponibili per condannare e perseguire quei crimini. Chiariti questi punti preliminari e la necessità di superare la visione stereotipata della GPA che sta di fatto alla base della proposta italiana in esame, è possibile verificare più dettagliatamente se il potenziale nuovo quadro legislativo italiano, ove confermato in Senato, possa porsi in contrasto con gli standard di tutela imposti dalla Cedu, oppure osti all'esercizio delle libertà fondamentali da parte del cittadino italiano all'interno dell'Unione europea.

3. Reato "universale" e tutele previste dalla Convenzione europea dei diritti umani

L'assenza di uno strumento *ad hoc* in materia di *surrogacy* nel quadro del Consiglio d'Europa fa sì che la nostra indagine si concentri sulla Cedu e, specificamente, sulle garanzie che i soggetti potenzialmente perseguibili in ragione di un divieto di GPA così esteso potrebbero derivare da essa. A tal fine, appare utile sistematizzare i principi cui si è ispirata la Corte Edu nel delineare tali garanzie (3.1) per applicarli poi alla situazione nella quale potrebbero trovarsi i genitori intenzionali italiani dopo l'entrata in vigore del "nuovo" reato (3.2). Proprio un recente caso, coinvolgente l'Italia quale Stato convenuto, richiede di interrogarci anche sulle conseguenze indirette³⁹ che la nuova norma italiana potrebbe determinare sulla posizione dei minori nati attraverso GPA all'estero (3.3), ossia i veri destinatari delle tutele finora emerse in ambito Cedu.

3.1. Tra libertà delle Parti di vietare la GPA e esigenze di tutela dell'identità dei minori

Pur senza procedere in questa sede a una ricostruzione temporale dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu che riguarda, direttamente o indirettamente, la GPA, è possibile enucleare alcuni principi che sembrano oramai consolidati e utili ai nostri fini.

Innanzitutto, l'appartenenza alla Cedu non mette in discussione la discrezionalità degli Stati contraenti di vietare pratiche che esse ritengono lesive dei diritti dei fanciulli o delle donne, anche gestan-

36 Parlamento europeo, 17 dicembre 2015, *Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, risoluzione n. P8 TA(2015)0470, par. 115.

37 Consiglio, Proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, 7 dicembre 2022, doc. COM (2022) 695 final. Sugli sviluppi italiani in merito a tale proposta, G. Biagioni, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di Regolamento in tema di filiazione*, in *SIDiblog*, 3 aprile 2023.

38 Consiglio, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/36/EU on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting Its Victims*, 9 giugno 2023, doc. 10350/23. V. opinione del Comitato risulante al 5 maggio 2023, doc. 9061/23, par. 3.3.

39 Tali profili sono stati richiamati più volte nelle audizioni alla Camera dei Deputati: cfr. ad es. audizione S. Albano.

ti⁴⁰. Al contempo, la Corte Edu è solita ribadire come la Convenzione non attribuisca il diritto ad avere figli ma, più limitatamente, affermi unicamente il diritto al rispetto per la filiazione già costituita⁴¹, con conseguenti obblighi di protezione *ex art. 8 Cedu* (“Diritto al rispetto per la vita privata e familiare”). Per questa ragione, gli Stati contraenti non sono obbligati a garantire a chiunque l’accesso a istituti o a tecniche procreative attraverso cui stabilire un rapporto di filiazione⁴², né a legalizzare pratiche come appunto la GPA⁴³. È evidente che tali presupposti non hanno lasciato spazio nemmeno a considerazioni legate al desiderio di genitorialità quale parte integrante dell’identità personale, già meritevole di tutela attraverso la componente privata dell’art. 8 Cedu, che potrebbe essere soddisfatto anche attraverso il ricorso alla GPA. Sotto questo profilo, si può affermare che la Corte Edu sia tuttora ancorata a un’interpretazione negativa dell’art. 8 Cedu al fine di tenere conto delle varie sensibilità delle Parti sul tema, nonostante l’evoluzione tecnologica e sociale. Così, anche i divieti di accedere a specifiche tecniche riproduttive possono risultare conformi alla Cedu. Infatti, laddove le relative disposizioni interne abbiano una portata generale e non introducano distinzioni legate a specifiche caratteristiche protette, tali divieti non possono nemmeno ritenersi lesivi del divieto di discriminazione, di cui all’art. 14 Cedu, letto in combinato con l’art. 8. Solo in presenza di distinzioni nell’accesso a tecniche procreative basate su caratteristiche personali che godono di una speciale protezione nel sistema convenzionale, come accade rispetto all’orientamento sessuale⁴⁴, la Corte Edu impone una restrizione del margine di apprezzamento allo Stato convenuto con le conseguenze in termini di bilanciamento di interessi a favore delle persone interessate⁴⁵.

Quanto agli effetti del ricorso alla GPA all’estero, sin dall’inizio l’approccio della Corte Edu si è basato sulla netta distinzione tra la posizione dei genitori intenzionali e quella dei figli nati ricorrendo a tale pratica⁴⁶. Sempre con riferimento all’art. 8 Cedu, la Corte ha identificato nell’identità del minore interessato, quale componente della sua vita privata, il profilo meritevole di tutela convenzionale⁴⁷. In questo modo, non è stato necessario pronunciarsi *anche* sull’esigenza di proteggere egualmente la loro vita familiare, costituita all’estero aggirando i divieti di GPA vigenti negli Stati convenuti⁴⁸. L’esigenza di assicurare protezione all’identità del minore ha permesso alla stessa Corte di limitare gli obblighi degli Stati contraenti in materia. Infatti, una volta che il minore fa ingresso con i genitori intenzionali in uno di questi Stati, l’appartenenza alla Cedu impone loro il solo riconoscimento, sostanzialmente immediato, della relazione venutasi a creare con il genitore biologico⁴⁹. Con riferimento al rapporto con il genitore intenzionale privo di legami biologici, il rispetto della Cedu richiede una più limitata previsione di “non assoluta impossibilità” di riconoscimento⁵⁰. Proprio per rispettare il loro margine di apprezzamento sul tema, la Corte Edu ha finora lasciato le Parti libere di individuare le modalità attraverso cui debba avvenire questo secondo riconoscimento, purché tali modalità siano caratterizzate da rapidità ed effettività. Appare evidente che, attraverso tale approccio, la Corte Edu abbia voluto evitare soluzioni

40 Ancora recentemente, Corte Edu, 22 novembre 2022, *D.B. e altri c. Svizzera*, n. 58817/15 e 58252/15, par. 74.

41 Ibid. V. anche Corte Edu, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07 (dec.), par. 37.

42 Ibid., par. 63 ss.

43 Corte Edu, *Mennesson c. Francia*, cit., par. 62.

44 Corte Edu, Grande Camera, 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, n. 43546/02, par. 89 ss.

45 Da ultimo, si veda Corte Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2023, *Fedotova e altri c. Russia*, ricorsi n. 40792/10, 30538/14, 43439/14, par. 183-187.

46 Con riferimento al caso *Mennesson*, oltre i contributi già citati relativi alla giurisprudenza della Corte Edu, v. C. Danisi, *Superiore interesse del minore, diritto all’identità o al rispetto per la vita familiare? L’arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

47 V. da ultimo, Corte Edu, 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, n. 47196/21, par. 40.

48 Corte Edu, Grande Camera, 10 aprile 2019, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, richiesta n. P16-2018-001, su cui L. Poli, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 418 ss.

49 Corte Edu, Grande Camera, *Advisory Opinion*, cit., par. 35-36. Verrebbe così, quantomeno in via di principio (cfr. oltre), fatta dipendere la continuità dello status familiare dall’esistenza o meno del legame biologico: M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 213 ss. Più in generale, F. Salerno, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de l’Haye*, vol. 395, 2019.

50 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 89.

interpretative che, in modo diretto, possano indebolire i divieti imposti a livello interno in alcuni Stati membri del Consiglio d'Europa e che, pur tutelando il minore interessato, non incentivino il ricorso alla GPA all'estero facilitandone il riconoscimento degli effetti nei loro ordinamenti interni.

Se questo è vero, è latente la contraddizione tra le esigenze degli Stati di far rispettare i loro divieti interni conformi alla Cedu e quelle dei minori nati all'estero di essere comunque tutelati *ex art. 8 Cedu*. Forse anche per questa ragione, una visione d'insieme della giurisprudenza della Corte suggerisce come essa sia pronta ad applicare i principi menzionati in base al caso concreto e, in particolare, alla luce del tipo di lesione agli interessi del minore direttamente coinvolto che è generata dalle scelte specifiche in materia di GPA da parte dello Stato convenuto. In effetti, questo tentativo di bilanciare interessi così diversi che, attestandosi su uno standard minimo – ossia evitare una situazione di incertezza giuridica assoluta per il minore – e non sulla migliore forma di tutela possibile per quest'ultimo, può condurre a esiti anche apparentemente incoerenti rispetto ai principi astrattamente enunciati e sopra richiamati.

Il caso *D. c. Francia* è particolarmente significativo in tal senso. Per la Corte Edu il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere il certificato di nascita estero, nel quale la ricorrente veniva indicata come genitore di una minore nata all'estero tramite GPA, non ha comportato una violazione dell'art. 8 Cedu *nonostante l'esistenza di un legame biologico* tra le due (la ricorrente aveva, infatti, utilizzato i propri ovociti ai fini della fecondazione)⁵¹. Data la possibilità di proteggere in modo rapido ed effettivo la relazione madre-figlia ricorrendo all'istituto previsto per l'adozione dei figli del coniuge, secondo i giudici europei in quel caso risultava prevalente l'esigenza dello Stato convenuto di disincentivare il ricorso a una pratica da esso vietata. Il non trascurabile trattamento discriminatorio, che emerge nel riservare di fatto la modalità più immediata di riconoscimento della filiazione (la trascrizione dell'atto di nascita estero) a favore del solo genitore di sesso maschile avente un legame biologico, non ha inciso sul bilanciamento effettuato dalla Corte Edu nel giungere a tale conclusione. Allo stesso modo, nel caso *Valdi Fjólnisdóttir e altri c. Islanda*⁵² la Corte ha ritenuto che il mancato riconoscimento della filiazione, costituita in un Paese terzo in cui la GPA è legale, a favore di genitori intenzionali che non avevano legami biologici con la prole rientrasse nel margine di apprezzamento dello Stato convenuto nonostante l'impossibilità assoluta delle ricorrenti di accedere a qualsiasi forma di adozione congiunta. Infatti, se da un lato occorreva rispettare la scelta dell'Islanda di vietare la GPA, dall'altro le autorità non avevano, nel concreto, ostacolato il regolare e quotidiano svolgimento della loro vita familiare pur "illecitamente" costituita. Infine, si può anche osservare che, nonostante le esigenze di tutela dell'identità del minore, questa identità non va intesa in senso assoluto. Sembra dimostrarlo l'esito del caso *S.-H. c. Polonia*⁵³, il primo relativo a una coppia same-sex maschile che lamentava una violazione dell'art. 8 Cedu poiché ai due figli, nati tramite GPA negli Stati Uniti, era stata negata la cittadinanza polacca. Nel rigettare il ricorso come inammissibile, per la Corte Edu la decisione delle autorità polacche, motivata da ragioni di ordine pubblico, non aveva generato un "impatto sufficientemente negativo" sulla vita dei minori. Per quanto è vero che l'intera famiglia non avesse intenzione di trasferirsi in Polonia e non soffrisse alcun svantaggio nella loro vita quotidiana in Israele, ossia lo Stato in cui risiedevano, la Corte ha comunque ignorato le motivazioni fortemente identitarie, connesse alla discendenza da ebrei polacchi⁵⁴, che avevano mosso i ricorrenti, così come l'impossibilità di acquisire, tramite la cittadinanza polacca, quella europea⁵⁵.

Al contrario, i principi sopra enucleati trovano un'applicazione più restrittiva quando la volontà di perseguire una condotta vietata nell'ordinamento di uno Stato parte della Cedu generi un serio impatto sulla vita privata della persona nata tramite GPA, anche rispetto al rapporto con il genitore sociale. In tal senso, si può ricordare la decisione relativa al caso *D.B. e altri c. Svizzera*, il primo ricorso a coinvolgere una coppia same-sex unita civilmente in un ordinamento in cui il matrimonio e l'adozione dei figli del coniuge sono riservati alle sole coppie di sesso opposto. Per la Corte Edu, nonostante lo Stato convenuto tutelasse il rapporto tra padre biologico e la fanciulla nata tramite GPA negli Stati Uniti, il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita estero indicante entrambi i padri come genitori ha comportato

51 Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, n. 11288/18, par. 87-88. Sul tema, v. O. Lopes Pegna, *Mater (non) semper certa est! L'impatto sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 709 ss.

52 Corte Edu, 18 maggio 2021, *Valdi Fjólnisdóttir e altri c. Islanda*, n. 71552/17, par. 75, su cui J.W. Marz, *What makes a parent in surrogacy cases? Reflections on the Fjólnisdóttir et al. v. Iceland decision of the European Court of Human Rights*, in *Medical Law International*, 2021, pp. 272 ss.

53 Corte Edu, 16 novembre 2021, *S.-H. c. Polonia*, n. 56846/15 e 56849/15 (dec.), par. 74, su cui S. Ganty, *Surrogacy as Citizenship Deprivation in S.-H. v. Poland*, in *Strasbourg Observers*, 2022.

54 *Ibid.*, par. 68.

55 Con il conseguente accesso a garanzie, sotto certi profili, più elevate: cfr. par. 3, *infra*.

un'ingerenza sproporzionata nel godimento da parte della minore del diritto di cui all'art. 8 Cedu⁵⁶. Ciò deriva dall'*impossibilità generale e assoluta*, riservata alla minore per oltre sette anni, di ottenere il riconoscimento del legame costituito legalmente all'estero con il genitore sociale. Mentre questa conclusione conferma altresì che eventuali differenze di trattamento legate allo *status* giuridico della coppia o, indirettamente, al loro orientamento sessuale non modifica il tipo di bilanciamento di interessi operato dalla Corte Edu quando si tratta di GPA e dei suoi effetti, il successivo caso *K.K. e altri c. Danimarca*⁵⁷ aggiunge un ulteriore tassello a questo peculiare quadro. Posto che il legame tra il padre biologico e i figli nati tramite GPA in Ucraina era stato riconosciuto dalle autorità danesi, la violazione dell'art. 8 Cedu lamentata dai ricorrenti riguardava l'impossibilità della madre sociale di accedere al procedimento previsto per l'adozione dei figli del coniuge con conseguenze negative sull'identità dei minori. Proprio per rafforzare il divieto interno della GPA, la legge danese escludeva dall'accesso a questo procedimento tutti coloro che avessero elargito forme di pagamento alla donna che aveva partorito i minori, ossia il soggetto che per la legge interna era chiamato a prestare il proprio consenso all'adozione. Nonostante il margine di apprezzamento riconosciuto alle Parti in merito alle modalità tramite cui tutelare la relazione con il genitore sociale, per la Corte Edu l'assoluta impossibilità di stabilire un legame giuridico tra i minori e la madre sociale è stata ritenuta lesiva del diritto alla vita privata dei minori. Infatti, la decisione delle autorità interne era basata sull'*assoluta prevalenza* dell'interesse pubblico di condannare e negare gli effetti del ricorso alla GPA *commerciale*, il che rendeva impossibile qualsiasi bilanciamento di interessi. Di fatto, questo tipo di decisioni a tutela del rapporto con il genitore sociale finiscono per restringere la formale discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti nel criminalizzare la GPA condotta all'estero.

In sintesi, l'attività interpretativa della Corte Edu nei casi riguardanti gli effetti del ricorso alla GPA sembra muoversi da enunciazioni di principio (legame biologico vs. sociale; libertà delle Parti circa le modalità di riconoscimento, etc.) verso una valutazione in concreto della situazione giuridica dei minori interessati con la conseguente applicazione restrittiva di quei medesimi principi quando le Parti fanno prevalere *tour court* l'esigenza di criminalizzare il ricorso alla GPA. Tale evoluzione è accompagnata da una proceduralizzazione degli obblighi derivanti dall'art. 8 Cedu proprio per evitare che i minori nati tramite GPA possano trovarsi in una situazione di incertezza giuridica che interferisca in modo sproporzionato sul godimento del diritto al rispetto della loro vita privata e, possibilmente, familiare. È proprio questo aspetto che pone seri dubbi sul possibile impatto, sul rispetto degli obblighi derivanti dalla Cedu, che potrebbe generare un reato esteso di GPA come quello che l'Italia intende introdurre. Per verificare tale eventualità, alla luce dei principi fin qui esposti, è opportuno analizzare separatamente le potenziali posizioni del genitore perseguibile per aver fatto ricorso – anche lecitamente ove è permessa – a tale pratica all'estero e del fanciullo nato come conseguenza di una condotta ritenuta illecita per l'ordinamento italiano.

3.2. Il problema della tutela del genitore italiano perseguibile ove ricorra alla GPA all'estero

Essendo concentrata sugli effetti della GPA in relazione alla posizione del minore, nella sua attuale interpretazione la Cedu non prevede forme di tutela diretta nei confronti dei genitori intenzionali che si recano all'estero per fare ricorso a una pratica vietata nel proprio Paese. In effetti, tutti i ricorsi esaminati dalla Corte Edu, per la parte riguardante i genitori intenzionali, sono risultati inammissibili o si sono conclusi con la mancata constatazione di una violazione dell'art. 8 Cedu in entrambe le sue componenti, privata e familiare. Data l'inesistenza di normative interne agli Stati contraenti ispirate al principio della giurisdizione universale in materia di GPA, non vi è stata finora nemmeno l'occasione di valutare se in questi casi le autorità interne siano andate oltre il loro margine di apprezzamento nel perseguire i genitori intenzionali per condotte in Paesi terzi. Se è vero che l'assenza di un *consensus* europeo sul tema rende difficile ipotizzare uno sviluppo a favore del genitore intenzionale, ciò non significa che, in situazioni specifiche, possano comunque emergere precisi obblighi per le Parti. Posto che non sembrano emergere profili di responsabilità relativamente all'art. 7 Cedu ("*Nulla poena sine lege*") e che troverebbero sempre applicazione le garanzie previste dall'art. 6 Cedu ("*Diritto a un equo processo*")⁵⁸, qualche precisazione può essere fatta utilizzando come parametro convenzionale sempre l'art. 8 Cedu. Infatti, qualsiasi procedimento volto a sanzionare la condotta avvenuta all'estero andrebbe a interferire con il diritto al rispetto per la vita privata e familiare dei genitori intenzionali, sia coloro con legami biologici con i figli nati tramite GPA sia i c.d. genitori sociali.

56 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 89.

57 Corte Edu, 6 dicembre 2022, *K.K. e altri c. Danimarca*, n. 25212/21.

58 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022.

A tal proposito, è bene ricordare come l'art. 8 Cedu permetta alle Parti di interferire nella vita privata e familiare degli individui posti sotto la loro giurisdizione (art. 1) purché l'eventuale interferenza sia conforme alla legge, persegua uno o più fini legittimi tra quelli da esso indicati⁵⁹, e risulti necessaria in una società democratica. Ipotizzando che il genitore intenzionale, perseguito in forza di una legge interna come quella oggi in approvazione in materia di GPA nell'ordinamento italiano, rischi di subire un'interferenza quantomeno nella sua vita privata⁶⁰, anche per via del serio impatto dell'entità delle pene previste secondo il "consequence-based approach" fatto proprio dalla Corte Edu⁶¹, occorre che ognuna delle condizioni appena ricordate sia soddisfatta per non incorrere in una violazione della Convenzione.

Per quanto riguarda la legittimità dei fini perseguiti, la Corte Edu è solita accettare il fatto che il divieto di GPA sia necessario per proteggere i minori o la donna⁶², ossia ragioni che rientrano nell'ambito dei fini convenzionalmente previsti come la tutela della salute, la protezione dei diritti e delle libertà altrui e la tutela dell'ordine pubblico. Non si riscontra, quantomeno finora, un esame puntuale per verificare se il richiamo a tali fini corrisponda a visioni stereotipate nel senso sopra indicato. Peraltro, la Corte Edu sembra restia a mettere in discussione l'appropriatezza dei fini richiamati dagli Stati convenuti anche laddove, a ben vedere, nascondano un potenziale contrasto con la Cedu. In tal senso, sembra deporre la valutazione del caso *S.H. c. Polonia* in cui il richiamo delle autorità interne alla difesa dell'ordine pubblico, utilizzato per negare il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero, era piuttosto legato all'esigenza di tutelare un modello tradizionale di famiglia⁶³. Tuttavia, non si può non notare come, rispetto alle interferenze generate da norme volte a perseguire condotte estere, il fatto di accettare la legittimità dei fini solitamente richiamati dalle Parti potrebbe significare, più o meno in modo implicito, ammettere che il Paese terzo in cui è avvenuta *lecitamente* la GPA non vi sia adeguata tutela dei diritti dei minori e delle donne.

Maggiori dubbi possono essere sollevati con riferimento agli altri due requisiti, la conformità alla legge dell'interferenza che si produrrebbe nel caso concreto e la sua necessità in una società democratica.

Per quanto riguarda il primo, la Corte Edu è solita affermare come non sia sufficiente il fatto che l'interferenza nel godimento del diritto protetto dall'art. 8 Cedu sia prevista dalla legge e sia conforme a questa. Questo requisito minimo sarebbe evidentemente soddisfatto. Può tuttavia sussistere un problema con la "qualità" della legge che deve essere "clear, foreseeable, and adequately accessible"⁶⁴. In altre parole, affinché vi sia conformità alla Cedu, è necessario che il legislatore abbia precisato il margine di discrezione riconosciuto alle autorità interne nell'applicazione della legge in questione e quali garanzie siano previste contro interferenze arbitrarie. Inoltre, i soggetti interessati devono poter prevedere ragionevolmente in quali circostanze, e a quali condizioni, le autorità potrebbero interferire⁶⁵. Se si tenesse conto della generica formulazione con cui la proposta di legge italiana intende rafforzare il divieto di GPA, in particolare l'assenza delle specifiche necessarie per individuare dettagliatamente la condotta estera che avrebbe rilevanza penale per l'Italia, sembra porsi un problema di "qualità della legge" dal

59 V. art. 8, par. 2, Cedu: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui.

60 L'applicazione dell'art. 8 Cedu, attraverso la sola componente privata, andrebbe comunque dimostrata in base alle circostanze del caso concreto. Se è vero che sarebbe difficile argomentare la sua applicabilità in ragione del desiderio di genitorialità come parte integrante dell'identità individuale, è anche vero che la Corte ha già accettato che la scelta di avere o non avere figli ricade nell'ambito della vita privata (Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso and Campanelli c. Italia*, par. 163) con cui interferirebbe il divieto di accesso a tecniche di fecondazione assistita o alla stessa GPA. La Corte potrebbe pur inquadrare la questione sotto il profilo del diritto allo sviluppo personale, anch'essa parte integrante dell'art. 8 Cedu, o accettare che la misura contestata produca un impatto grave sull'identità "sociale" dei genitori intenzionali. Su questi aspetti della nozione di vita privata, Corte Edu, Grande Camera, 25 settembre 2018, *Denisov c. Ucraina*, par. 95 ss.

61 Cfr., in senso negativo, Corte Edu, *S.H. c. Polonia*, cit., par. 62 ss.

62 Ad es. Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 74.

63 In quel caso, poiché la Corte Edu si è concentrata sulla verifica dell'ammissibilità del ricorso, non era necessario pronunciarsi sul punto. Tuttavia, seppur indirettamente, non sembra mettere in discussione il fine: cfr. Corte Edu, *S.-H. c. Polonia*, cit., par. 24 e 74.

64 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022, p. 10 ss.

65 Si veda, proprio su questioni riproduttive, Corte Edu, 5 maggio 2022, *Lia c. Malta*, par. 63-69, relativo al rifiuto opposto alla ricorrente di accedere alla fecondazione assistita per motivi legati all'età. Nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato convenuto in materia, la Corte ha constatato una violazione dell'art. 8 Cedu per insufficiente qualità della legge, poiché questa veniva interpretata in modo incoerente dalle autorità amministrative e giudiziarie tale per cui veniva meno il requisito della prevedibilità.

punto di vista dell'art. 8 Cedu, e ciò indipendentemente dalla riconosciuta libertà degli Stati contraenti di vietare la GPA.

Con riferimento alla necessità di una siffatta interferenza, si ricorda come nella Cedu la nozione di necessità sia legata all'esigenza di agire rispetto a un "bisogno sociale imperativo" e, su tale base, la Corte è solita affermare che, nell'azione di contrasto alla GPA, gli Stati convenuti non siano andati al di là del loro margine di apprezzamento nel prevedere misure a tutela di valori che ritengono fondamentali per le loro società. Non essendo in gioco aspetti fondamentali dell'identità personale, come ad esempio l'orientamento sessuale, né interessi individuali cui occorre riconoscere una posizione di prevalenza, come imporrebbe ad esempio il coinvolgimento diretto di un minore, nel bilanciamento sottostante a tale valutazione tende finora a prevalere l'interesse collettivo legato alla criminalizzazione della GPA. Tuttavia, è anche vero che nessuna interferenza può essere ritenuta necessaria se non supera il test di proporzionalità⁶⁶. Considerato lo specifico tipo di misura che l'Italia intende approvare, sarebbe opportuno chiedersi se tale requisito sia effettivamente soddisfatto. In effetti, nonostante il riconosciuto interesse collettivo di criminalizzare la GPA non verrebbe in discussione, l'estensione del reato a condotte estere appare problematica rispetto al fine perseguito dall'Italia almeno sotto tre profili. In primo luogo, nel caso in cui i cittadini italiani ricorrono alla GPA in uno Stato in cui essa è una pratica lecita attraverso modalità che, sulla base di quanto esaminato sopra, non comportano violazioni dei diritti umani, sia nei confronti dei fanciulli sia delle donne coinvolte, la loro perseguibilità attraverso le pene attualmente previste potrebbe risultare una misura che, determinando un grave impatto nella loro vita privata, andrebbe al di là di quanto necessario per perseguire l'interesse collettivo. In secondo luogo, non si comprende come la restrizione del campo di applicazione ai soli cittadini italiani, con ragionevoli dubbi sull'introduzione di trattamenti differenziati nei confronti di genitori intenzionali non italiani laddove questi siano presenti o si trasferiscano in Italia, sia adeguata rispetto allo scopo perseguito. In terzo luogo, e in connessione ai punti precedenti, l'estensione della giurisdizione italiana per fatti commessi all'estero in assenza di obblighi di cooperazione, sembra una misura sproporzionata per la difesa di valori tipicamente interni che trovano espressione nel divieto di GPA. Se ciò fosse vero, le interferenze cui sarebbero esposti i genitori intenzionali italiani sarebbe difficilmente giustificate.

Per quanto riguarda la componente familiare dell'art. 8 Cedu, è l'applicabilità della nozione di vita familiare a creare difficoltà. È noto che, secondo l'interpretazione consolidata della Corte Edu, la vita familiare deve essere già costituita, non potendo un legame familiare derivare dal rapporto, necessariamente emozionale, che si instaura tra i genitori intenzionali e i nascituri⁶⁷. Benché non siano indispensabili legami biologici per lo sviluppo di un legame siffatto⁶⁸, per la Corte potrebbe essere comunque necessario un periodo di tempo affinché esso si consolidi al fine di rientrare nell'ambito della Convenzione. Così, in uno degli ultimi ricorsi esaminati in materia di GPA, ossia *D.B. e altri c. Svizzera*, la stessa Corte ha ritenuto applicabile l'art. 8 Cedu sotto il profilo familiare alla situazione dei ricorrenti poiché, al pari di genitori biologici, essi si erano occupati (per anni) del figlio sin dalla nascita e avevano vissuto in una residenza comune in un modo che la loro vita in nulla si distingueva dall'ordinaria concezione di comunità familiare⁶⁹. Se questo è vero, il bilanciamento di cui ha dato prova la Corte Edu nel valutare la necessità delle varie interferenze subite in questi casi ha finora tenuto conto del fatto che la costituzione della vita familiare era avvenuta attraverso una pratica vietata dagli Stati convenuti facendo così facilmente prevalere gli interessi collettivi su quelli individuali. In altre parole, la Corte sembra pronta ad accettare che tali famiglie, in ragione del metodo di procreazione intrapreso e diversamente dalle famiglie costituite tradizionalmente⁷⁰, debbano far fronte a serie difficoltà pratiche e giuridiche senza che ciò comporti una responsabilità per le Parti sotto il profilo dell'art. 8 Cedu. In tal senso, sempre in merito alla posizione dei genitori intenzionali italiani a seguito della riforma in discussione, sembra più diffici-

66 Consiglio d'Europa/Corte Edu, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2022, p. 13 ss.

67 La conclusione del noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, deciso della Grande Camera della Corte Edu il 24 gennaio 2017 a favore dello Stato convenuto, si basava proprio sull'inesistenza di una vita familiare tra i ricorrenti e il fanciullo nato tramite GPA in Russia con l'evidente conseguenza che l'affidamento ai servizi sociali di quest'ultimo non comportava, nel caso concreto, un danno grave o irreparabile nei suoi confronti. Sul caso, S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015 p. 202 ss.; A. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le 'famiglie di fatto'*, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, pp. 78 ss.

68 Ad es., Corte Edu, *Gas e Dubois c. Francia*, cit., par. 37.

69 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 44-45. Cfr. anche Corte Edu, *Mennenson c. Francia*, cit., par. 44 ss., in cui la Corte afferma che tra i genitori intenzionali e le figlie esisteva una vita familiare.

70 In tal senso, anche C. Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2021, p. 253 ss.

le sollevare profili di responsabilità con riferimento alla componente familiare dell'art. 8 Cedu rispetto a quanto potrebbe accadere sotto il profilo della loro vita privata. È tuttavia vero che le considerazioni precedenti sulla difficoltà di giustificare l'interferenza cui sarebbero esposti i genitori intenzionali potrebbero ben applicarsi anche con riferimento all'interferenza nella vita familiare *se* già costituita.

Alla luce della più ampia giurisprudenza in materia di famiglia, si può invece ragionevolmente affermare che, laddove un eventuale procedimento a carico dei genitori intenzionali italiani comporti la separazione dai figli nati tramite GPA all'estero, con i quali questi ultimi abbiano già costituito una vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu, la tutela offerta dalla Convenzione risulta certamente più ampia. In questi casi, il bilanciamento andrebbe operato tenendo conto del principio del preminente interesse del minore che, salvo in situazioni eccezionali di danno grave o irreparabile per i fanciulli coinvolti, risulta contrario alla separazione⁷¹. Infatti, alla luce degli obblighi positivi affermati dalla Corte Edu come parte essenziale dell'art. 8 Cedu, la separazione costituirebbe un limite invalicabile in quanto misura eccedente la discrezionalità di cui godono gli Stati nel difendere il proprio ordine pubblico⁷².

In breve, nonostante l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto all'Italia, l'interferenza nel godimento del diritto di cui all'art. 8 Cedu che potrebbe subire il genitore intenzionale italiano come conseguenza dell'introduzione del "nuovo" reato sembra difficile da giustificare secondo i parametri convenzionali. A ciò occorre aggiungere, per completezza, come sia dubbia in questo contesto l'utilità del divieto di discriminazione *ex art. 14*, a partire dai problemi di applicazione legati al suo carattere non autonomo⁷³. Posto che la Corte sia disposta a valutare un eventuale ricorso in materia *anche* sotto il profilo dell'art. 14 Cedu⁷⁴, la proposta di legge potrebbe sollevare qualche perplessità. Da un lato, la sua formulazione introduce una chiara distinzione con riferimento alla nazionalità e andrebbe giustificata. Dall'altro, se si dimostrasse come dalla sua applicazione un gruppo specifico di persone accomunate da una caratteristica protetta, ad esempio genitori same-sex, sia di fatto più esposto al rischio di condanna per aver fatto ricorso alla GPA all'estero si potrebbe sollevare un problema di discriminazione indiretta che difficilmente troverebbe adeguata giustificazione⁷⁵.

3.3. Possibili implicazioni del reato "universale" sulla tutela dei fanciulli alla luce del caso *C. c. Italia*

Appare, infine, necessario chiedersi quale possibile effetto, quanto meno indiretto, possa avere il "nuovo" divieto sulla vita privata e/o familiare dei minori nati tramite GPA. A tal fine, è utile far riferimento a una delle ultime pronunce sul tema che vede proprio l'Italia come Stato convenuto poiché mostra, alla luce del tipo di bilanciamento di interessi ricordato sopra, quali obblighi gli Stati contraenti devono rispettare nei confronti di questi minori nonostante la discrezionalità di cui godono⁷⁶.

Specificatamente, il ricorso *C. c. Italia* trae origine dal rigetto della richiesta di riconoscimento del legame di filiazione tra la ricorrente, ossia la minore nata nel 2019 tramite GPA in Ucraina, e i suoi genitori, padre biologico e madre sociale, come indicato nell'atto di nascita rilasciato dalle autorità ucraine. Le conseguenze per la ricorrente erano particolarmente serie. Oltre a varie difficoltà quotidiane in relazione a scuola e sanità, la minore non aveva potuto acquisire la cittadinanza italiana risultando, pertanto, apolide. Le autorità italiane avevano inizialmente motivato l'impossibilità di trascrizione integrale dell'atto di nascita ucraino nei registri dello stato civile con la sua contrarietà all'ordine pubblico. Tuttavia, anche la successiva richiesta di trascrizione parziale, volta a ottenere il riconoscimento del solo legame di filiazione con il padre biologico, veniva rigettata poiché, a loro avviso, si sarebbe per tale via aggirato il divieto di GPA imposto in Italia. I giudici interni che si erano pronunciati sul ricorso riguardante l'iniziale richiesta di trascrizione dell'atto di nascita ucraino ritenevano che, nonostante occorres-

71 In tal senso si esprime anche la *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Study on Surrogacy and Sale of Children*, cit., par. 43.

72 V. ad esempio Corte Edu, *C. c. Italia*, cit., discusso oltre, par. 3.3. Sotto questo profilo andrebbe valutata anche la nota decisione della Procura di Padova del giugno 2023 di impugnare 33 atti di nascita, registrati a partire dal 2017, per via dell'indicazione come genitori di due mamme.

73 Sul tema, M. Balboni (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, 2017.

74 Per tutti i riferimenti sull'approccio della Corte Edu, giurisprudenziali e di dottrina, sia consentito rinviare a C. Danisi, *Tutela dei diritti umani*, op. cit., p. 85 ss.

75 La possibile esistenza di una discriminazione diretta sulla base dell'orientamento sessuale, seppur con riferimento alla questione del riconoscimento del legame di filiazione, è invece già stata esclusa dalla Corte Edu in *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 84.

76 Corte Edu, 31 agosto 2023, *C. c. Italia*, cit.

se tenere conto del principio del preminente interesse del minore, il bilanciamento di interessi non poteva comunque condurre a un esito che ignorasse l'incompatibilità esistente tra la GPA e l'ordine pubblico italiano⁷⁷. Per questioni formali, non ritenevano altresì possibile procedere con la trascrizione parziale dell'atto di nascita, costringendo il (solo) padre biologico ad avviare nuovamente il procedimento amministrativo e, ottenuto l'ennesimo rigetto, a impugnarne l'esito dinanzi al giudice competente. Come ben evidenziato dalla Corte Edu, a causa delle scelte del legislatore italiano e della loro applicazione, la ricorrente è stata posta in una situazione di grave incertezza giuridica cui gli stessi genitori non hanno potuto porre rimedio dopo quattro anni dal suo arrivo in Italia.

Mentre l'ingerenza subita dalla minore è stata ritenuta, come di consueto, conforme alla legge e volta a perseguire fini legittimi per via della volontà dell'Italia di vietare una pratica ritenuta lesiva della donna gestante e dei minori, per la Corte Edu essa non può comunque considerarsi necessaria in una società democratica. Infatti, quando si tratta di questioni relative alla filiazione, le Parti devono dare prova di grande diligenza e fare quanto possibile per limitare al massimo una situazione di incertezza che può nuocere il fanciullo. In tal senso, l'art. 8 Cedu impone anche obblighi positivi agli Stati contraenti, a partire dal dovere di introdurre un "quadro normativo adeguato" che comprenda procedure caratterizzate da *effettività e celerità* e la cui applicazione tenga conto dell'interesse del minore coinvolto senza eccessivi formalismi e promuova la cooperazione tra le parti in causa⁷⁸. Per la Corte Edu, non potevano essere tali i mezzi che la ricorrente ha avuto a disposizione in Italia per ottenere il riconoscimento della sua relazione con (almeno) il padre biologico. Da un lato, tutte le autorità interne si sono limitate a richiamare l'ordine pubblico italiano senza effettuare un vero bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco e senza indicare mezzi alternativi tramite cui la ricorrente potesse ottenere il riconoscimento richiesto. Dall'altro, non può essere ritenuta celere una procedura che richiede "oltre quattro anni" per determinare lo status giuridico di un minore.

Nel constatare una violazione dell'art. 8 Cedu da parte dell'Italia, pur solo nei confronti della minore⁷⁹, la Corte Edu sembra adottare un approccio che mette sempre più in discussione il modo con cui le Parti esercitano la loro discrezionalità in materia di GPA. Se il punto centrale riguarda l'esistenza di un quadro normativo "adeguato", come auspicato in *C. c. Italia*, è molto dubbio che il nuovo reato quasi "universale" possa soddisfare tale requisito. Anzi, se la nuova disposizione normativa venisse utilizzata a livello interno per negare ogni possibilità di bilanciamento con gli interessi del minore o per rafforzare il peso da attribuire agli interessi collettivi, non si capirebbe come essa possa contribuire a dotare l'Italia di procedure effettive e celeri affinché un minore tramite GPA all'estero sia in grado di ottenere il riconoscimento del suo rapporto con i genitori intenzionali, se non almeno con il genitore biologico. Del resto, già la nostra Corte Costituzionale nella sentenza 33 del 2021 ha avvertito il legislatore che la negazione di qualsiasi bilanciamento, alla luce delle circostanze specifiche del minore, al fine di disincentivare, del tutto legittimamente, il ricorso alla GPA avrebbe come conseguenza proprio ciò cui il nuovo reato a pretesa universale di fatto tende: "strumentalizzare la persona del minore" per interessi collettivi⁸⁰. A ben vedere, un divieto più esteso rischia di ritardare ulteriormente, se non ostacolare, decisioni a tutela del minore nato tramite GPA all'estero, accrescendo la sua situazione di insicurezza giuridica con le implicazioni in termini di responsabilità internazionale dell'Italia per violazione della Cedu.

In breve, anche dalla prospettiva degli obblighi positivi, l'attività interpretativa della Corte Edu conferma che il rispetto della Cedu impone soluzioni che non siano basate sulla "automatica" prevalenza del limite dell'ordine pubblico, baluardo all'origine e alla base del rafforzamento del divieto di GPA in Italia. Come affermato in *D.B. c. Svizzera*, le autorità statali devono, alla luce delle circostanze specifiche del caso, "*faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant*"⁸¹. Tale principio sembra doversi applicare nei procedimenti a

77 V. in tal senso Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 8 maggio 2019 n. 12193. Per una recente sintesi sugli sviluppi interni, A. Davì, A. Zanobetti, *Omogenitorialità e continuità internazionale degli status*, in S. Forlati, P. Franzina, A. Annoni (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 761 ss.; C. Campiglio, *Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., p. 61 ss.; F. Marongiu Bonaiuti, *The Evolution of the Position of Italian Case Law Concerning Public Policy in Transnational Family Matters, in View of Some Recent Judgments of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 998 ss.

78 Corte Edu, *C. c. Italia*, cit., par. 59 e 68.

79 La Corte Edu non giunge alla stessa conclusione rispetto al riconoscimento della relazione con la madre intenzionale poiché, essendo possibile per quest'ultima chiedere l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 della legge 184 del 1983, non ha riscontrato "un'assoluta impossibilità" in tal senso: cfr., *ibid.*, par. 69-79.

80 Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, punto 5.1 del *Considerando in diritto*.

81 Corte Edu, *D.B. e altri c. Svizzera*, cit., par. 86.

tutela della relazione del minore con il genitore biologico e, nei termini qui precisati, con il genitore sociale⁸², senza alcuna differenza rispetto al luogo in cui questi abbiano fatto ricorso alla GPA. In tal senso, sembra ragionevole affermare che un divieto più esteso non possa modificare il bilanciamento che si impone alle autorità interne nei casi riguardanti minori nati tramite GPA.

4. Brevi riflessioni su reato “universale” e garanzie previste dal diritto UE

Per completare l'indagine che questo contributo si propone, sembra utile verificare le ripercussioni che il nuovo reato proposto in Italia possa avere sull'osservanza del diritto dell'Unione europea. Come è noto, l'Unione non tutela solo i diritti fondamentali ma prevede garanzie specifiche per i suoi cittadini, siano essi lavoratori o meno. Abbiamo già indicato la posizione delle principali istituzioni sul tema, talora ambivalente per la diversa sensibilità degli Stati membri sulla GPA ma, soprattutto, per le limitate competenze attribuite all'Ue in materia di famiglia⁸³. Anche per questo motivo, la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea non ha avuto modo di pronunciarsi direttamente sulla contrarietà della GPA come pratica o dei divieti interni al diritto Ue, se non per aspetti legati al trattamento della lavoratrice che ricorre a tale pratica⁸⁴.

Almeno due profili appaiono qui meritevoli di essere brevemente discussi poiché incidono, direttamente o indirettamente, sulle garanzie offerte dal diritto dell'Unione alla persona che ricorre alla GPA in un Paese diverso dal proprio. Il primo è relativo alle libertà fondamentali del cittadino Ue (par. 4.1). Il secondo riguarda la cooperazione in materia penale al fine di testare le conseguenze in termini di effettività della nuova norma italiana nei rapporti con gli altri Stati membri Ue (par. 4.2).

4.1. Tutela diretta e indiretta del cittadino dell'Unione che ricorre alla GPA all'estero

Seppur da una prospettiva che sembra avere poca attinenza con il tipo di divieto in esame, quella del mercato interno e delle libertà fondamentali su cui esso si regge, la perseguibilità del cittadino italiano all'interno dell'Ue potrebbe potenzialmente entrare in contrasto, diretto, con la libertà di circolazione dei servizi e, indiretto, con la libertà di circolazione dei cittadini Ue.

Sotto il primo profilo, si potrebbero porre problemi tanto rispetto all'erogazione di servizi quanto alla loro fruizione. Considerato che la condanna della GPA come pratica *a priori* lesiva dei diritti fondamentali non costituisce, attualmente, un valore condiviso all'interno dell'Unione, non si ritrovano eguali divieti in tutti gli Stati membri. Ciò significa che, laddove sia considerata lecita o non sia prevista una disciplina specifica in materia o ancora il divieto sia limitato al solo ricorso alla GPA⁸⁵, potrebbe sussistere la possibilità per ogni cittadino europeo di intraprendere attività economiche che includano la prestazione di servizi connessi con tale pratica. Si pensi, ad esempio, alle cure e ai servizi sanitari o alle società di intermediazione. Pur esercitando libertà garantite dal diritto Ue, con il “nuovo” divieto il cittadino italiano che si stabilisca in un Paese che considera legittima la GPA e offra simili servizi rischierebbe di essere perseguibile in Italia poiché di fatto promuove lecitamente all'estero la maternità surrogata, fattispecie compresa nel divieto di cui al già richiamato art. 12, comma 6°, della legge 19 febbraio 2004. Come è già stato rilevato altrove⁸⁶, è vero che limitazioni alla libera circolazione dei servizi sono ammesse dallo stesso diritto dell'Unione quando sono adottate per tutelare la dignità umana o i minori

82 Corte Edu, K.K. e altri c. Danimarca, cit., par. 71-77, laddove la prevalenza della difesa dell'ordine pubblico decisa dal legislatore rendeva assolutamente impossibile al genitore sociale di accedere alla procedura di adozione dei figli del coniuge, nati tramite GPA in Ucraina, per via del pagamento corrisposto alla donna gestante, con le ripercussioni in termini di identità ai danni dei minori.

83 *Ex multis*, S.M. Carbone, I. Queirolo (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; F. Deana, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020.

84 Corte di giustizia Ue, 18 marzo 2014, causa C-167/12, D., e causa C-363/12, Z., su cui M. Balboni, *Surrogazione: per la Corte di Giustizia non c'è diritto al congedo di maternità*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

85 Cfr., rispetto agli Stati membri Ue, Comitato di bioetica del Consiglio d'Europa, *Surrogacy*, cit..

86 M.C. Baruffi, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., pp. 19 ss.

senza, peraltro, dover essere condivise da tutti gli Stati membri⁸⁷. Tuttavia, nonostante il rispetto dovuto all'identità nazionale (art. 4 del Trattato sull'Unione europea – TUE), non è possibile sollevare semplicemente il limite dell'ordine pubblico per introdurre siffatti ostacoli. Occorre, invece, giustificare eventuali limitazioni in termini di necessità e di proporzionalità rispetto agli interessi pubblici che si intendono perseguire, aspetti che non sembrano scontati alla luce dell'esame condotto nella prima parte di questo contributo sulla possibile compatibilità tra GPA e diritti umani, i quali trovano protezione nella stessa Unione. Simile osservazione può essere avanzata rispetto alla libertà di fruizione dei servizi all'interno dell'Unione. A tal proposito, appare significativo un ricorso pregiudiziale riguardante la libertà dei servizi e il divieto di aborto in Irlanda esaminato dalla Corte di Giustizia Ue già nel 1991⁸⁸. Dopo aver affermato che l'interruzione di gravidanza rientrava nella nozione di servizi coperta dall'allora diritto comunitario (art. 60 del Trattato Cee), quale attività medica ritenuta lecita in altri Stati membri, la CGUE ha di fatto ritenuto *a contrario* come un eventuale divieto di diffondere pubblicità commerciale, se diffusa da o per conto di operatori economici, potesse costituire un ostacolo alla libera circolazione dei servizi. Se tale ragionamento trovasse applicazione anche in materia di GPA, un divieto così ampio come quello previsto in Italia potrebbe ostacolare la libertà dell'operatore economico italiano stabilito in un altro Stato membro di offrire servizi ritenuti, in tale giurisdizione, leciti⁸⁹ ma anche il libero godimento degli stessi servizi da parte del (effettivo o potenziale) genitore intenzionale italiano.

Quando entrano in gioco altri valori tutelati dalla stessa Unione, come i diritti del fanciullo (art. 3 TUE e art. 24 della Carta dei diritti fondamentali Ue – CDFUE), la questione è più chiara date le pronunce della CGUE in materia⁹⁰. Infatti, sotto il profilo della libera circolazione dei cittadini europei, anche quando gli Stati membri agiscono in settori di loro competenza esclusiva devono comunque rispettare il diritto dell'Unione⁹¹. In tal senso, quest'ultimo sembra offrire sufficienti garanzie indirette ai genitori intenzionali, quantomeno con riferimento agli effetti del ricorso alla GPA e al rapporto con i figli, purché la filiazione sia stata validamente stabilita. Utilizzando il caso *V.M.A. Pancharevo* per chiarire il punto, si ricorda che quel rinvio pregiudiziale nasce nel quadro di un procedimento avviato in Bulgaria da due donne, una cittadina bulgara e una britannica, alle quali le autorità avevano negato un certificato di nascita che includesse entrambe come madri della figlia nata tramite fecondazione eterologa in Spagna. Il rifiuto opposto dalle autorità bulgare era sostanzialmente motivato dalla difesa dell'identità nazionale⁹², basata sulla promozione di un modello di famiglia "tradizionale" che non lascia spazio a matrimoni tra persone dello stesso sesso o al rilascio di certificati di nascita indicanti due madri al pari della Spagna. Poiché la fanciulla interessata era cittadina europea⁹³, attraverso la cittadinanza bulgara acquisita per *ius sanguinis*, emergeva così un contrasto tra l'esercizio dei diritti collegati alla cittadinanza dell'Unione e la difesa dell'identità nazionale di uno Stato membro.

Per la Corte di giustizia Ue si tratta, in realtà, di un finto contrasto perché né l'identità nazionale né l'ordine pubblico di uno Stato membro sono scalfiti dal riconoscimento della filiazione stabilita *lecitamente* in un altro Stato membro a favore di una coppia dello stesso sesso. Infatti, questo riconoscimento non obbliga uno Stato membro a introdurre il matrimonio tra persone same-sex o dare loro accesso a forme di genitorialità, poiché esso è solo "funzionale" all'esercizio delle libertà dell'Unione. Queste ultime possono essere limitate solo in presenza di una *reale e grave minaccia* a un interesse fondamentale della società e non da generici richiami all'ordine pubblico⁹⁴. Anche quando ciò accade, qualsiasi restri-

87 Si veda Corte di giustizia Ue, 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 33 ss.

88 Corte di giustizia Ue, 4 ottobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri*, causa C-159/90, specie punti 25 e 32.

89 È significativo come la Corte evidenzi che non spetti a essa "sostituire la sua valutazione a quella del legislatore degli Stati membri in cui le attività di cui trattasi sono lecitamente praticate", *ibid.* punto 20.

90 Corte di giustizia Ue, 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, su cui, con posizioni diverse, O. Feraci, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionale-privatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss. e F. Maoli, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'obbligo degli Stati membri di riconoscere il rapporto di filiazione tra una minore e due madri*, in *SIDBlog*, gennaio 2022; Corte di giustizia Ue, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

91 Corte di giustizia Ue, 5 giugno 2018, causa C-672/16, *Coman e a.*, punto 38.

92 Corte di giustizia Ue, *Pancharevo*, *cit.*, punto 23.

93 Anche nel caso in cui il minore non sia cittadino Ue, secondo la Corte di giustizia Ue godrebbe comunque dei diritti connessi alla libertà di circolazione in quanto "deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadina dell'Unione, ai sensi della direttiva 2004/38", *ibid.*, punto 68.

94 *Ibid.*, punti 55-57.

zione deve comunque risultare conforme ai diritti protetti dalla CDFUE, quali il diritto al rispetto per la vita familiare e i diritti del minore (artt. 7 e 24). Ciò comporta che, quando i cittadini europei circolano e risiedono all'interno dell'Unione, devono poter essere in grado di svolgere una "effettiva" vita familiare che, letta alla luce del preminente interesse del minore, del principio di non discriminazione e del diritto a intrattenere rapporti con entrambi i genitori, può includere due mamme⁹⁵. Se il riconoscimento è funzionale all'esercizio della libertà di circolazione, tutti gli Stati membri devono quindi trattare la relazione tra i genitori e i figli così come identificata nell'atto di nascita rilasciato in un altro Stato membro senza pretendere, in sostanza, ulteriori dimostrazioni e indipendentemente dal tipo di legame biologico o sociale⁹⁶.

Nonostante questa pronuncia non riguardi specificamente minori nati tramite GPA, pare possibile applicare gli stessi principi alla situazione di cittadini europei che ricorrono – lecitamente – a tale pratica ed esercitano poi la libertà di circolazione all'interno dell'Unione. Si dovrebbero ammettere, altrimenti, distinzioni tra minori in ragione del metodo di procreazione degli stessi con l'evidente contrasto con il principio del preminente interesse del minore, il quale è stato invece valorizzato dalla CGUE nel bilanciamento con l'esigenza di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri. Non solo. Alla luce dell'analisi condotta nella prima parte di questo contributo, posto che il ricorso alla GPA avvenga in modo lecito, essa non sembra poter essere eretta a una "reale" e "grave" minaccia per un interesse fondamentale della società tale da giustificare una restrizione alle libertà fondamentali Ue, soprattutto se tale limitazione comporta un'interferenza ingiustificata nella vita familiare del fanciullo e di entrambi i genitori intenzionali in contrasto con la CDFUE. Del resto, come precisato dalla stessa Corte di giustizia Ue, se utilizzata per giustificare una restrizione, la nozione di ordine pubblico non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro⁹⁷. Se questo è vero, pare ragionevole affermare che il "nuovo" divieto di GPA non può avere l'effetto di mettere in discussione l'obbligo delle autorità italiane di riconoscere la relazione familiare, pur stabilita da un cittadino italiano in uno Stato terzo tramite GPA, quando essa è stata già accertata in un altro Stato membro⁹⁸. Ciò anche per evitare discriminazioni tra cittadini di altri Stati membri che vedrebbero comunque riconosciuta tale relazione alle condizioni menzionate. Del resto, come dice la Corte di giustizia Ue proprio in *Pancharevo*⁹⁹, ci si può avvalere dei diritti collegati alla cittadinanza europea anche nei confronti del proprio Stato membro.

Pur tenendo conto del rispetto dovuto dall'Unione all'identità nazionale degli Stati membri e salvo l'accettazione di visioni stereotipate della GPA come pratica incompatibile con la tutela della dignità individuale, la potenziale perseguibilità del cittadino italiano per aver fatto ricorso alla GPA all'estero rischia di essere un ostacolo anche alla libera circolazione del genitore intenzionale italiano all'interno dell'Unione né può mettere in discussione il bilanciamento di interessi già operato a tutela del fanciullo e della sua famiglia nel quadro Ue.

4.2. Reato "universale" e cooperazione penale

Senza entrare nel dettaglio della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, la quale, pur tuttora limitata¹⁰⁰, risulta rafforzata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁰¹, alcune brevi considerazioni sembrano infine pertinenti.

Come afferma l'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), tale cooperazione è fondata "sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" in alcuni settori definiti dal trattato stesso (art. 82, par. 2, e art. 83 TFUE). Infatti, il Parlamento europeo e il

95 Ibid., punti 58-65.

96 Ibid., punto 69.

97 Ad es., Corte di giustizia Ue, *Coman e a.*, cit., punto 44. Sulla possibilità di un simile approccio nel caso della maternità surrogata, A. Pisapia, *Maternità surrogata versus libera circolazione nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 187 ss.

98 Ciò non significa che lo stesso principio debba essere applicato per regolare le situazioni che ricadono nel solo ambito del diritto internazionale privato: v. O. Feraci, *op. cit.*, p. 573 ss. Tuttavia, in tal caso, si applicherebbero comunque le tutele previste a livello Cedu come discusso nella sezione 3, *supra*.

99 Corte di giustizia Ue, *Pancharevo*, cit., punto 42.

100 S. Montaldo, *op. cit.*; M. Luchtman, *Transnational Law Enforcement Cooperation – Fundamental Rights in European Cooperation in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2020, pp. 14-45.

101 Cfr. il capo 4 TFUE, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 26 ottobre 2012, C 326/79.

Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi caratterizzate da transnazionalità, tra cui la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori. In questi specifici settori sono state in effetti adottate apposite direttive¹⁰², ai sensi delle quali gli Stati membri possono, in taluni casi, stabilire la propria giurisdizione se l'autore del reato è un loro cittadino anche se il fatto è stato commesso all'estero. Ciononostante, non emergono in tali strumenti profili relativi al contrasto su basi comuni della GPA, né questa pratica, quanto meno allo stato attuale, rientra nella definizione dei reati relativi alla tratta o all'abuso o allo sfruttamento sessuale dei minori. Non vi sono, al momento, nemmeno elementi che suggeriscono l'intenzione che il Consiglio, secondo quanto prevedono i Trattati, di identificare nella GPA un'altra materia su cui intervenire al pari dei reati menzionati. Salvo modifiche che potrebbero intervenire con l'introduzione di un riferimento alla GPA nella definizione di "tratta" nella proposta di modifica della direttiva attualmente in vigore¹⁰³, non si ritrovano pertanto obblighi specifici derivanti dal diritto dell'Unione che richiedono agli altri Stati membri di collaborare con l'Italia, una volta approvato in via definitiva il reato (quasi) "universale", per assicurare alla giustizia genitori intenzionali italiani che, dopo aver fatto ricorso alla GPA in uno Stato terzo, siano presenti nel loro territorio.

Pensando proprio a questo scenario, si può tentare di verificare l'eventuale ricorso allo strumento che il Parlamento europeo ha definito come il più "emblematico" per il reciproco riconoscimento in materia penale¹⁰⁴, ossia il mandato di arresto europeo¹⁰⁵. Nel tentativo di introdurre un meccanismo di cooperazione automatico, in grado di assicurare procedure transnazionali di consegna rapide ed effettive, il legislatore dell'Unione aveva introdotto già nel 2002 la possibilità per uno Stato membro di emanare una decisione giudiziaria in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona che, tra le altre ipotesi, è ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale. A tal fine, all'art. 2 della relativa decisione quadro, sono stati identificati una serie di reati ritenuti particolarmente gravi rispetto ai quali lo Stato di esecuzione del mandato non deve verificare se, anche nel suo ordinamento, la condotta è considerata penalmente rilevante. L'elenco comprende fattispecie come la tratta di essere umani o lo sfruttamento sessuali dei minori o reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte Penale Internazionale ma, nuovamente, non la GPA.

Se ciò conferma che non vi sia un'opinione condivisa sull'esigenza di facilitare la repressione di questa pratica, il campo di applicazione di tale strumento permetterebbe comunque alle autorità italiane di farvi ricorso. Infatti, sempre ai sensi dell'art. 2 della decisione quadro, il mandato può essere emesso per fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi, ipotesi nella quale rientra il caso della GPA alla luce delle pene attualmente previste in Italia. Vi sono, tuttavia, alcune ragioni per ipotizzare che le consegne automatiche dei genitori intenzionali, nei cui confronti potrebbe essere esercitata l'azione penale, non siano né semplici né rapide. Ciò al di là delle garanzie procedurali di cui tali genitori godrebbero, ossia quelle già previste per tutte le persone interessate da un mandato di arresto europeo.

In primo luogo, in virtù della possibilità di verificare la doppia incriminazione, lo Stato membro in cui si trovano i genitori intenzionali italiani interessati dall'eventuale mandato d'arresto emesso dall'Italia può rifiutarsi di darvi esecuzione se la GPA non costituisce un reato nel suo ordinamento (art. 2, par. 4). In secondo luogo, anche quando la doppia incriminazione fosse verificata, al di là di altre ipotesi previste all'art. 4 della stessa decisione quadro, potrebbe assumere particolare rilevanza ai nostri fini la facoltà per lo Stato di esecuzione di negare la consegna se il mandato d'arresto europeo riguarda reati che sono stati commessi *al di fuori del territorio dello Stato membro emittente*, ove la sua legge non consenta l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio (art. 4, par. 7, lett. b). Se ciò è corretto, pare possibile affermare che, anche qualora le competenti autorità italiane dovessero attivare questo meccanismo rispetto a uno Stato membro che criminalizzi la GPA, la sua esecuzione potrebbe

102 Si tratta delle Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime (rispetto alla giurisdizione v. art. 10), e della Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (rispetto alla giurisdizione, v. art. 17).

103 Secondo notizie diffuse dalle istituzioni europee a fine gennaio 2024, sembra però essere stato raggiunto un accordo di massima per includere il "*trafficking for exploitation of surrogacy*", volto a criminalizzare coloro che "*coerce or deceive women into acting as surrogate mothers*": cfr. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/01/23/fight-against-human-trafficking-council-and-european-parliament-strike-deal-to-strengthen-rules.

104 Parlamento europeo, Risoluzione sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, 20 gennaio 2021, doc. 2019/2207(INI), considerando A.

105 Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 18 luglio 2002, L 190/1.

comunque non essere automaticamente garantita vista la posizione isolata dell'Italia in materia. In terzo luogo, da un punto di vista più generale, è vero che, ai sensi dell'art. 1 della decisione quadro, gli altri Stati membri devono dare esecuzione a ogni mandato di arresto europeo e che il rifiuto va inteso come un'eccezione da intendere in senso restrittivo, come ha ben evidenziato la Corte di giustizia Ue¹⁰⁶. Tuttavia, gli Stati membri sono pur sempre vincolati al rispetto dei diritti fondamentali protetti dall'Unione. Ciò significa, da un lato, che lo Stato emittente è tenuto a verificare se effettivamente sia necessario ricorrere a tale misura alla luce del suo impatto sui diritti delle persone ricercate e della sua famiglia¹⁰⁷ e, dall'altro, che gli Stati di esecuzione possono negare la consegna, oltre le ipotesi già previste, anche in circostanze eccezionali sulla base di considerazioni fondate sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nel caso concreto¹⁰⁸. Infatti, pur essendo vero come dice la Corte di giustizia Ue che la fiducia reciproca tra gli Stati membri si basa sostanzialmente sull'idea che tutti condividono gli stessi valori e rispettano i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione¹⁰⁹, è poi necessario verificarne concretamente l'effettiva osservanza laddove venisse in gioco il principio del preminente interesse del minore, riconosciuto dall'art. 24 della CDFUE¹¹⁰. Nel caso di un mandato di arresto europeo riguardante genitori intenzionali che hanno già stabilito un legame familiare con figli nati tramite GPA, tale interesse sembra imporre la verifica dell'eventuale impatto sui figli e la disponibilità in Italia di un quadro normativo in grado di assicurare in modo rapido ed effettivo il rispetto dell'identità degli stessi. Se questo è vero, lo Stato membro interessato potrebbe essere tenuto a negare la cooperazione richiesta proprio per tutelare la vita privata, o familiare ove già costituita, dei minori coinvolti nel caso. In una dinamica circolare, le garanzie esaminate nelle sezioni precedenti di questo contributo potrebbero avere un impatto anche nell'ambito della cooperazione penale tra Stati membri Ue, talora agevolandola altre volte ostacolando la in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto.

In estrema sintesi, anche da queste prime riflessioni sugli spazi di cooperazione penale tra gli Stati membri Ue, l'effettiva applicazione di un reato di GPA a pretesa (quasi) universale risulta problematica perfino nel quadro dell'Unione, salvo sviluppi futuri¹¹¹.

5. Osservazioni conclusive

L'analisi condotta in questo contributo intendeva verificare se il "nuovo" reato, non propriamente universale, di GPA che l'Italia intende introdurre si scontri con garanzie internazionali poste a tutela di ogni individuo, specie a livello regionale europeo.

Innanzitutto, si è dimostrato che l'estensione della giurisdizione italiana in materia di GPA, così come prospettata nella proposta di legge approvata alla Camera, non trova riscontro a livello internazionale, né risulta giustificata dalla comparazione con quelle fattispecie, compresi i c.d. crimini internazionali, rispetto alle quali è emerso il principio di giurisdizione universale in via consuetudinaria o pattizia. Seppur non sia in discussione la libertà del singolo Stato di vietare la GPA, tali divieti sembrano spesso essere basati su visioni stereotipate perché, come dimostrano i lavori sul tema disponibili in seno alle NU, tale pratica non è ritenuta *a priori* incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali. Per questa ragione, emerge forte l'esigenza di regolamentarne il ricorso affinché questo possa avvenire in conformità alla normativa sui diritti umani applicabile al caso concreto.

In secondo luogo, nonostante il margine di apprezzamento di cui anche la stessa Italia gode con specifico riferimento alla Cedu, un divieto di GPA più o meno esteso non può comunque comportare come conseguenza indiretta l'impossibilità assoluta di tutelare l'identità dei minori nati tramite GPA

106 Ad es., Corte di giustizia Ue, 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, punto 41.

107 Parlamento europeo, Risoluzione sull'attuazione del mandato d'arresto europeo, cit., punto 9.

108 L. Mancano, *The Systemic and the Particular in European Law – Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *German Law Journal*, 2023, p. 965 ss.

109 Corte di giustizia Ue, *Minister for Justice and Equality*, cit., punto 36.

110 Si veda, a tal proposito, l'interpretazione dell'art. 3 da parte del relativo Comitato quando i genitori sono ritenuti responsabili di aver commesso un reato: *General Comment No. 14*, 29 maggio 2013, UN doc. CRC/C/GC/14, par. 69, come ribadito anche nelle raccomandazioni della *Special Rapporteur* sulla vendita e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *Thematic Study on Safe-guards*, cit., par. 79: "it must be kept in mind that criminalization will not normally be in the best interests of the child".

111 Lo stesso Parlamento europeo nella sua risoluzione sull'attuazione del mandato di arresto europeo, cit., par. 14, ha invitato a valutare l'inclusione di altri reati ma, ancora una volta, nessuna menzione è stata dedicata alla GPA.

all'estero, negando cioè loro il riconoscimento della relazione con entrambi i genitori intenzionali. Allo stesso modo, a fronte di famiglie già costituite e riconosciute, l'applicazione del "nuovo" divieto non può tantomeno determinare il disconoscimento di legami familiari rispetto ai quali si impongono obblighi di tutela, anche di natura positiva, ex art. 8 Cedu. Infine, qualora tale disposizione convenzionale risultasse applicabile, quantomeno attraverso la sua componente privata, non pare esclusa una tutela diretta anche a favore del genitore intenzionale italiano che, per aver fatto ricorso alla GPA all'estero, verrebbe perseguito in forza della nuova disposizione di legge. Infatti, l'interferenza che si genererebbe non sembra trovare adeguata giustificazione se si tiene conto che, ai sensi del paragrafo 2, art. 8 Cedu, i criteri inerenti la "qualità della legge" e la proporzionalità di siffatta interferenza sarebbero difficilmente soddisfatti. In sintesi, la scelta dell'attuale legislatore non risolve ma, anzi, esaspera la contraddizione tuttora esistente tra la volontà interna di reprimere il ricorso alla GPA e gli obblighi internazionali assunti dall'Italia non solo a protezione dei minori nati tramite GPA ma, come si è visto, degli stessi genitori intenzionali.

Infine, anche dal punto di vista del diritto dell'Unione emergono dubbi sulla compatibilità di un reato a pretesa "universale" con le libertà fondamentali da esso tutelate. Esso sembra creare ostacoli, di difficile giustificazione, all'esercizio delle libertà di circolazione dei servizi e delle persone che risultano in contraddizione con gli sviluppi finora emersi in ambito Ue, specie a tutela del fanciullo. Inoltre, un rapido sguardo ai meccanismi volti ad agevolare la cooperazione in ambito penale tra gli Stati membri solleva dubbi anche sulla possibilità che tale reato possa essere perseguito all'interno della stessa Unione.

Tenuto conto di tutte queste possibili implicazioni, viste anche alla luce delle difficoltà dell'Italia di esercitare già la sua giurisdizione rispetto a gravi violazioni del diritto internazionale commesse al di fuori dei propri confini, la volontà dell'attuale legislatore di perseguire il ricorso alla GPA in modo così esteso appare indubbiamente più unica che rara. L'intervento in esame non può, in ogni caso, rimettere in discussione l'equilibrio difficilmente raggiunto in materia a livello sovranazionale e che si impone alle autorità interne, almeno fin quando alle politiche repressive si preferiranno compiute regolamentazioni volte a garantire una reale tutela a tutti i soggetti coinvolti.