

Rivista N°: 4/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 27/11/2015

AUTORE: Costanza Masciotta*

L'ALLONTANAMENTO DEL MINORE COME EXTREMA RATIO ANCHE IN CASO DI MATERNITÀ SURROGATA: LA CORTE DI STRASBURGO CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DELLA VITA FAMILIARE**

1. La sentenza Paradiso e Campanelli: la prima condanna dell'Italia nell'ambito di un caso di maternità surrogata per violazione dell'art. 8 Cedu. 2. Il precedente difforme della Corte di Cassazione italiana. 3. La "giuridicizzazione" di nuovi interessi attraverso l'estensione della nozione di "vita familiare". 4. Il "best interest" del minore ed il giusto bilanciamento degli interessi in gioco. 5. Criticità sottese alla decisione di Strasburgo e qualche considerazione conclusiva.

1. La sentenza Paradiso e Campanelli: la prima condanna dell'Italia nell'ambito di un caso di maternità surrogata per violazione dell'art. 8 Cedu.

La decisione *Paradiso e Campanelli contro Italia* del 27 gennaio 2015 rappresenta una nuova decisiva tappa della giurisprudenza di Strasburgo nell'ambito del dibattito concernente le forme di genitorialità ed il rispetto della vita familiare.

Con questa pronuncia, i giudici della Convenzione affermano che la decisione delle autorità italiane di allontanare il minore, nato all'estero mediante maternità surrogata, dalla coppia ricorsa a tale tecnica, costituisce violazione dell'art. 8 Cedu (i.e. diritto al rispetto della vita privata e familiare della coppia), anche se non sussiste alcun legame genetico tra il bambino ed il padre e la madre committenti.

Il giudizio prende avvio dalla vicenda dei coniugi Campanelli che, risultati vani i precedenti tentativi di fecondazione in vitro effettuati in Italia, si sono rivolti ad una clinica russa per poter procedere alla fecondazione assistita eterologa, con donazione di gameti di una terza donna, e ad una successiva gravidanza "surrogata", risultando impossibile per la signora Paradiso non solo concepire ma anche portare a termine la gestazione. La procedura me-

* Dottoranda in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze — costanza.masciotta@unifi.it

** Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12

dica ha esito positivo: il bambino nasce in Russia, il 27 gennaio 2011, la madre “surrogata” non lo riconosce e dà il consenso alla sua iscrizione, in Russia, nei registri dello stato civile come figlio dei signori Campanelli¹.

Giunti in Italia con il bambino², i coniugi chiedono la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile del Comune di residenza ma si vedono rifiutare la richiesta. Nel frattempo, infatti, il Consolato italiano a Mosca aveva trasmesso gli atti sia al Tribunale dei minori competente per territorio (i.e. Campobasso) sia al Comune, ritenendo che il certificato contenesse dati falsi. Viene così aperto un procedimento penale a carico dei signori Campanelli per i reati di falso di cui agli art. 479 e 489 c.p. e, al contempo, il Tribunale dei minori di Campobasso inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono e adottabilità del minore. Nel corso del giudizio viene disposto un test del DNA dal quale risulta, ad insaputa dei coniugi, in apparente ed asserita buona fede, che il bambino non è figlio biologico del ricorrente³. In assenza di un legame genetico il Tribunale dei minori dispone l'immediato allontanamento del bambino dai ricorrenti⁴, la cessazione di qualunque relazione con questi e la sua collocazione in una casa famiglia, dalla quale uscirà solo alla fine di gennaio 2013, quando verrà dato in affidamento preadottivo ad una nuova famiglia. A nulla sono valsi i ricorsi dei signori Campanelli dinanzi al Tribunale dei minori e avverso il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita russo.

I coniugi si rivolgono, allora, ai giudici di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 8 Cedu sia nei loro confronti che in quelli del bambino⁵.

I ricorrenti denunciano, in nome del minore, l'impossibilità di ottenere il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero e l'illegittimità delle misure di allontanamento ed affidamento ai servizi sociali disposte dai giudici italiani.

La Corte esclude, tuttavia, la loro legittimazione ad agire per conto del minore perché privi di qualsivoglia titolo giuridico per rappresentarne gli interessi in giudizio, non essendo né genitori biologici, né adottivi o affidatari (§ 49-50), ne deriva, quindi, il rigetto del ricorso *in parte qua*.

I giudici esaminano, invece, le doglianze presentate dai coniugi in loro nome per asserita violazione del diritto al rispetto della vita familiare e concernenti, da un lato, il rifiuto delle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita russo e, dall'altro, l'allontanamento del bambino dalla coppia.

Per quanto attiene al primo profilo, ovvero al mancato riconoscimento in Italia di valore giuridico al rapporto di parentela, validamente formatosi in Russia tra i ricorrenti ed il

¹ Senza che sia fatta menzione nel certificato di nascita del ricorso alla maternità surrogata.

² Il 30 aprile 2011, ovvero due mesi dopo la nascita del piccolo.

³ Come risulta dagli atti di causa i coniugi avevano eccepito che il materiale genetico del Sig. Campanelli doveva essere stato trasportato in Russia per effettuare la fecondazione assistita e non si spiegavano il motivo per il quale nella clinica russa detto materiale non fosse stato utilizzato.

⁴ Il 20 ottobre del 2011.

⁵ I ricorrenti avevano altresì lamentato, in nome del minore, la violazione dell'art. 6 Cedu in quanto il procedimento che aveva portato all'allontanamento del minore non sarebbe stato equo.

bambino, nato da madre surrogata, i giudici di Strasburgo dichiarano l'irricevibilità per mancato esaurimento dei rimedi interni, non essendo stato proposto ricorso in Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello che aveva rigettato la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita.

Per quanto concerne, invece, la doglianza relativa all'allontanamento del minore dai ricorrenti, la Corte si sofferma, innanzitutto, sull'applicabilità dell'art. 8 Cedu dinanzi a legami familiari di fatto, come quelli della fattispecie in esame. Ritenuta applicabile detta norma, i giudici di Strasburgo entrano nel merito della questione: le decisioni giudiziarie di allontanamento e presa in carico del minore costituiscono indubbiamente un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare.

Tale ingerenza "è prevista dalla legge" e "persegue uno scopo legittimo" (§ 72 e 73) ma non è "necessaria in una società democratica", ovvero, non opera un corretto bilanciamento fra l'esigenza di tutela dei diritti dei privati e gli interessi generali perseguiti dallo Stato. Le autorità italiane non hanno dato il giusto peso al preminente interesse del minore; pertanto, la Corte dichiara, a maggioranza⁶, la violazione dell'art. 8 Cedu, per la parte in cui tutela il diritto al rispetto della vita familiare della coppia, in forza delle argomentazioni di seguito analizzate.

2. Il precedente difforme della Corte di Cassazione italiana.

Prima di esaminare le valutazioni di merito dei giudici di Strasburgo, è utile mettere in luce un aspetto procedurale della vicenda.

La Corte accoglie l'eccezione, sollevata dal governo italiano, di irricevibilità, per mancato esaurimento di tutti i rimedi interni, del ricorso dei signori Campanelli nella parte in cui censurano il rifiuto di trascrizione in Italia del certificato di nascita russo: i coniugi non hanno presentato, infatti, ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello che aveva rigettato la loro richiesta di riconoscimento.

Mediante la declaratoria di irricevibilità *in parte qua*, la Corte evita di entrare nel merito di un'annosa questione: la legittimità del ricorso all'"ordine pubblico" quale strumento impiegato dalle autorità nazionali per impedire il riconoscimento e la trascrizione di atti stranieri che legittimano il ricorso alla maternità surrogata⁷.

In ordine a tale problematica si è pronunciata, da ultimo, proprio la Corte di Cassazione italiana⁸, con una recente sentenza (novembre 2014) che ha rigettato la richiesta di due coniugi italiani di ottenere il riconoscimento dello status di figlio legittimo del minore, nato

⁶ Hanno espresso opinione parzialmente dissenziente i giudici Raimondi e Spano.

⁷ Cfr. anche A. VIVIANI, "Il caso *Paradiso e Campanelli* ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali", 3 febbraio 2015 in www.sidl-isil.org.

⁸ Corte di Cassazione, Sezione I civile, sentenza 26 settembre-11 novembre 2014, n. 24001.

in Ucraina da madre surrogata, e privo di qualsivoglia legame genetico con i ricorrenti medesimi⁹.

La Suprema Corte, confermando la sentenza di appello, ha escluso la trascrizione in Italia del certificato di nascita del minore perché contrario all'ordine pubblico ex art. 65 l. n. 218/1995 ed ha ritenuto consequenzialmente legittima la declaratoria dello stato di abbandono ed il suo allontanamento dal nucleo familiare dei ricorrenti.

Secondo i giudici di legittimità, l'atto di nascita ucraino era contrario all'ordine pubblico nazionale per violazione del divieto, posto dalla legge 40/2004¹⁰, di ricorrere a qualsiasi forma di surrogazione di maternità. Detto divieto, considerata anche la sanzione penale comminata in caso di violazione, "*è certamente di ordine pubblico venendo in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata* – [nonché bene giuridico fondamentale] - *della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto*"¹¹.

Come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, il divieto di ricorrere alla surrogazione di maternità non è stato in alcun modo scalfito o messo in dubbio dalla pronuncia di accoglimento n. 162 del 2014, né, possiamo aggiungere oggi, dalla recente declaratoria di incostituzionalità n. 96/2015¹². Per l'ordinamento giuridico italiano, infatti, tale pratica è vietata perché contraria al disposto dell'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui madre è soltanto colei che partorisce, salvo il caso in cui si ricorra all'adozione, a nulla valendo, a tal riguardo, il mero accordo tra le parti in materia di filiazione, ancorché efficace in altri ordinamenti giuridici. Soltanto l'adozione consente di realizzare "*progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*"¹³, poiché è un istituto caratterizzato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, *in primis* del minore. La stessa Corte di Cassazione, in questa pronuncia, afferma che per il legislatore italiano l'interesse preminente e superiore del minore si realizza proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce o, in mancanza, al soggetto che accede all'istituto dell'adozione in quanto sottoposto alle garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale.

⁹ Merita ricordare che in Italia i contratti di surrogazione di maternità transnazionali e le richieste di trascrizione degli atti di nascita esteri hanno dato origine a giudizi penali, portando, almeno in un caso, alla condanna per alterazione di stato ed alla conseguente cancellazione del nome della madre dall'atto di nascita, cfr. Trib. Brescia, 26.11.2013. Circa il profilo civilistico, invece, occorre evidenziare la decisione della Corte di Appello di Bari del 2009 la quale per la prima volta ha riconosciuto l'efficacia in Italia e disposto l'annotazione nei registri dello stato civile dei "*parentalorders*" inglesi che ordinavano di sostituire, nell'atto di nascita, al nome della partoriente inglese quello della committente italiana, cfr. Corte di Appello Bari, 13.2.2009. Un caso peculiare, ben diverso da quello oggetto della pronuncia annotata ma di rilievo in materia di riconoscimento di certificati di nascita stranieri in Italia, è stato deciso dal Tribunale di Napoli che ha disposto la trascrizione degli atti di nascita di bambini nati in Colorado da padre single e madre surrogata, cfr. Tribunale di Napoli, 1.7.2011, in *Giur. Merito*, 2011.

¹⁰ Art. 12 comma 6 legge 19 febbraio 2004 n. 40.

¹¹ cfr. Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza n. 24001/14.

¹² Cfr. Corte Costituzionale, n. 96/2015, pubblicata il 5.06.2015, durante la redazione della presente nota.

¹³ cfr. Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza n. 24001/14.

Considerata, infine, l'esigua durata della convivenza e la tempestiva attivazione delle procedure per l'adozione, i giudici di legittimità escludevano, nella fattispecie concreta, la sussistenza di un legame familiare di fatto tra il minore ed i genitori committenti.

Si pone, all'evidenza, un problema di compatibilità tra gli enunciati espressi dal Supremo consesso ed il dispositivo di condanna della Corte di Strasburgo nel successivo caso Campanelli, per violazione della "vita familiare *de facto*" della coppia.

Occorre, tuttavia, osservare che le due vicende concrete, al vaglio della Suprema Corte italiana prima e del giudice convenzionale poi, presentano alcuni profili di differenziazione.

Nel caso deciso dalla Corte di Cassazione risultava pacifica la violazione, da parte dei coniugi, anche della *lex loci* ucraina che consente il ricorso alla surrogazione di maternità solo se almeno il 50% del patrimonio genetico del bambino appartiene ad uno dei due genitori committenti e gli ovociti impiegati non sono quelli della gestante. A seguito di indagini genetiche, disposte d'ufficio dal Tribunale per i minorenni di Brescia, era stata, infatti, accertata la totale estraneità del patrimonio genetico del bambino da quello dei presunti genitori. I coniugi avevano, in sostanza, concluso un vero e proprio contratto di acquisto del prodotto della gestazione altrui, in contrasto non soltanto con l'ordine pubblico interno, ma anche, all'evidenza, con la legge ucraina e con principi e valori fondamentali, condivisi dalla comunità internazionale.

I ricorrenti avevano falsamente dichiarato di essere i genitori naturali del bambino e posto in essere una condotta in frode alla legge italiana sull'adozione e sulla procreazione assistita, cagionando dolosamente una situazione di illegalità. Non solo, per ben tre volte i due erano stati ritenuti inidonei all'adozione dalle autorità italiane.

La vicenda dei coniugi Campanelli, invece, presenta dei tratti distintivi: la coppia ha sempre proclamato la propria "buona fede" in ordine all'utilizzo del materiale genetico del ricorrente nella procedura condotta in Russia: la clinica avrebbe, per errore, impiegato i gameti di un terzo uomo sconosciuto. Fino alle risultanze del test genetico disposto dal Tribunale per i minorenni, i ricorrenti sarebbero stati pienamente convinti della paternità biologica del signor Campanelli; inoltre, la coppia, considerata idonea, aveva ottenuto nel 2006 l'autorizzazione a procedere all'adozione ma, data la carenza di minori adottabili, aveva atteso invano.

Sorge, quindi, spontaneo il quesito se, malgrado le differenze evidenziate, il Supremo consesso di legittimità avrebbe comunque negato, nel caso Campanelli, la trascrizione dell'atto di nascita ed escluso la sussistenza di un legame familiare di fatto, meritevole di tutela, fra il minore e la coppia in asserita buona fede.

3. La "giuridicizzazione" di nuovi interessi attraverso l'estensione della nozione di "vita familiare".

Tornando alla sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia, lo snodo fondamentale della pronuncia consta nell'accertamento dell'esistenza di una "vita familiare", tutelabile alla stregua dell'art. 8 Cedu, tra i ricorrenti e il minore.

Tale valutazione, secondo i giudici di Strasburgo, costituisce una questione di fatto, dipendente dalla presenza di legami personali stretti (§ 67), non necessariamente fondati sul matrimonio.

Nella vicenda dei signori Campanelli non sussiste un legame di parentela giuridicamente riconosciuto, essendo stata loro negata la trascrizione dell'atto di nascita russo che stabiliva la filiazione. Esiste, tuttavia, una relazione familiare di fatto, suscettibile di rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 8 Cedu: i coniugi hanno trascorso con il minore le prime tappe importanti della sua vita, ovvero sei mesi in Italia, decorsi tre mesi dalla nascita, oltre a qualche settimana in Russia nel periodo precedente e si sono comportati nei confronti del bambino come dei genitori, "*anche se per un periodo relativamente breve*"¹⁴.

La Corte conclude, quindi, in favore della sussistenza di una relazione familiare *de facto*, suscettibile di tutela a norma dell'articolo 8 della Convenzione¹⁵, a prescindere da qualsivoglia legame genetico e dalla durata della convivenza.

A sostegno delle proprie argomentazioni sono richiamati due significativi precedenti giurisprudenziali nei quali, pur in assenza di un rapporto giuridico di parentela, i giudici della Convenzione hanno riconosciuto l'esistenza di una vita familiare *de facto* e ritenuto applicabile l'art. 8 Cedu¹⁶: sono i casi Moretti e Benedetti contro Italia¹⁷ e Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo.

Nella prima vicenda, il ricorso era stato proposto da una coppia di coniugi che aveva accolto un bambino di un mese, subito dopo la nascita, fino a quando, decorsi diciannove mesi, i giudici italiani avevano deciso di affidarlo ad un'altra famiglia ai fini dell'adozione. La Corte, malgrado l'assenza di un legame biologico e di un rapporto giuridico di parentela tra i ricorrenti ed il minore, aveva constatato l'esistenza di una vita familiare di fatto, suscettibile di tutela ex art. 8 Cedu, perché fondata su rapporti affettivi significativi e duraturi, come confermato anche dalle perizie condotte sulla famiglia.

Il caso Paradiso e Campanelli presenta, altresì, delle analogie con il giudizio Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo¹⁸ (§ 68), nel quale si censurava l'impossibilità di ottenere il riconoscimento, in Lussemburgo, della decisione giudiziaria peruviana con cui era stata pronunciata l'adozione piena di una ricorrente a vantaggio di una seconda ricorrente non sposata. Anche in questo caso i giudici della Convenzione, nonostante il mancato riconoscimento giuridico dell'adozione, constatavano la sussistenza di una vita familiare poiché legami *de facto* esistevano da più di dieci anni e la seconda ricorrente si comportava a tutti gli effetti come la madre della minore¹⁹.

¹⁴Cfr. Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, § 69.

¹⁵Cfr. Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, § 69.

¹⁶Cfr. Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, § 68 e s.s.

¹⁷Co. eur. dir. uomo, Moretti e Benedetti contro Italia, 27 aprile 2010.

¹⁸Co. eur. dir. uomo, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo, 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01.

¹⁹La Corte, come noto, ha riconosciuto già da tempo rilievo giuridico a rapporti familiari di fatto: basti pensare al caso X.,Y.,Z. contro Regno Unito, in cui è stata valorizzata l'esistenza in concreto degli aspetti tipici di un regime familiare quali un'effettiva e stabile cura dei minori da parte degli adulti conviventi.

In conclusione, questa pronuncia è degna di particolare nota proprio perché si colloca nel solco di quella giurisprudenza “pionieristica” che, partendo dal dato sociale, registra un’importante trasformazione nel concetto giuridico di “vita familiare” tutelabile ex art. 8 Cedu. Detta nozione si arricchisce di contenuti inediti, svincolandosi dall’indefettibilità del legame genetico, per ricomprendere quelle relazioni, dotate di connotazioni fattuali univoche, la cui tutela corrisponda al preminente interesse del minore.

È indubbio che l’evoluzione della società, tuttora in atto, abbia fatto emergere modelli familiari differenti da quello tradizionale: si pensi, in via esemplificativa, al fenomeno delle famiglie monogenitoriali, o a quelle composte da persone dello stesso sesso o, ancora, a figli nati attraverso tecniche di procreazione assistita.

Invero, fino alla sentenza *Paradiso e Campanelli*, la determinazione del carattere “familiare” delle relazioni di fatto doveva tener conto di elementi specifici, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall’adulto nei confronti del bambino e la percezione che quest’ultimo ha dell’adulto: questi i requisiti idonei a far rientrare un legame relazionale nella nozione di vita familiare ai sensi dell’articolo 8 Cedu.

Nel caso *Campanelli*, tuttavia, i giudici di Strasburgo fanno un passo ulteriore ed aggiungono un tassello importante alla nozione di “vita familiare”: non rileva la durata del periodo trascorso insieme al bambino, la convivenza può risultare anche breve, ciò che conta è soltanto l’essersi comportati come genitori e l’aver condiviso i primi mesi, “le prime tappe importanti”, della sua vita.

Se, come noto, nel corso degli anni, la Corte non ha mai smesso di interpretare la Convenzione come un “*living instrument*” e di fornire un’interpretazione evolutiva dello stesso art.8 Cedu, in questo caso una lettura così ampia di “vita familiare” può determinare considerevoli ripercussioni negli ordinamenti interni. Preoccupa la forza espansiva, tendenzialmente illimitata, di detta interpretazione che finisce per includere nel concetto di “vita familiare” relazioni interpersonali non solo *de facto* e di breve durata ma, addirittura, *contra ius*, perché costituite illegalmente secondo l’ordinamento nazionale.

Non sembra un caso che la Corte senta il bisogno di precisare “*ad abundantiam*” l’applicabilità alla fattispecie in esame dell’art. 8 Cedu anche sotto il profilo della tutela della “vita privata” del signor *Campanelli* (§ 70): la domanda avente ad oggetto il riconoscimento della filiazione stabilita all’estero è volta a determinare i legami del ricorrente con il minore e, quindi, incide sul rispetto della sua vita privata, comprendente il diritto fondamentale di ogni individuo di accertare i dettagli della propria identità come essere umano²⁰, compresi i legami con i suoi simili.

Consapevole, con ogni probabilità, degli effetti dirompenti che potranno scaturire da questa estensione della nozione di “vita familiare”, la precisazione della Corte sembra assumere i contorni di una “*excusatio non petita*”.

²⁰ “*Ne consegue che esisteva una relazione diretta tra l’accertamento della filiazione e la vita privata del ricorrente. Pertanto i fatti di causa rientrano nelle previsioni dell’articolo 8 della Convenzione*” (§70).

4. Il *best interest* del minore ed il giusto bilanciamento degli interessi in gioco: quando i precedenti giurisprudenziali sorreggono una motivazione debole.

Il mancato riconoscimento della filiazione stabilita all'estero e le decisioni giudiziarie che hanno portato all'allontanamento e alla presa in carico del minore si traducono, secondo la Corte, in una ingerenza nei diritti sanciti dall'articolo 8 Cedu; ingerenza che risulta compatibile con la Convenzione solo se "*prevista dalla legge, persegue uno scopo legittimo ed è necessaria in una società democratica*" (art. 8 par. 2 Cedu)²¹.

Le misure adottate dal Tribunale per i minorenni e confermate dalla Corte d'Appello di Campobasso sono "*previste dalla legge*", poiché si basano su disposizioni del diritto interno, in particolare sulla legge di diritto internazionale privato e sulla legge relativa all'adozione internazionale²². Perseguono uno "*scopo legittimo*", consistente nella "difesa dell'ordine", ovvero dell'ordine pubblico (§ 73): i ricorrenti con la loro condotta hanno violato la legge sull'adozione internazionale, nonché il divieto, all'epoca vigente, di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa ed il divieto, ad oggi ancora operante, di ricorrere alla gestazione surrogata, profilo quest'ultimo non evidenziato, nella pronuncia, dalla Corte.

Il *punctum dolens* consta, quindi, nella valutazione della "necessità" dell'ingerenza in una società democratica: "*Se le autorità godono di una grande libertà in materia di adozione*²³ o per valutare la necessità di prendere in carico un minore, in particolare in caso di urgenza, la Corte deve comunque avere acquisito la convinzione che, nella causa in questione, esistevano circostanze tali da giustificare il fatto di allontanare il minore dai genitori" (§ 74). Dopo una declaratoria di principio in ordine all'ampio margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali in materie sensibili, come questa, la Corte riserva poi a se stessa una valutazione in concreto molto pervasiva che va oltre un giudizio di manifesta irragionevolezza e sproporzionalità della ingerenza statale.

La vera questione, dichiarano i giudici di Strasburgo, consta nell'accertare se la valutazione delle disposizioni legislative pertinenti, espletata dalle autorità italiane, abbia garantito un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati in gioco, fondati sul diritto al rispetto della vita privata e familiare.

²¹ Cfr. Co.eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, § 71.

²² I giudici italiani hanno applicato il diritto interno per quanto attiene al legame di filiazione ed al riconoscimento dello stato di abbandono del minore e lo hanno fatto in forza della norma secondo cui, in materia di conflitto di leggi, la filiazione è determinata dalla legge nazionale del minore al momento della nascita (art. 33 legge n. 218/1995). Nel caso di specie, infatti, i giudici italiani hanno ritenuto non accertata la nazionalità del bambino considerato che questi era nato da gameti di donatori sconosciuti. Dinanzi a questa situazione, la Corte ha, quindi, ritenuto che l'applicazione del diritto italiano, da parte dei giudici nazionali, per la constatazione dello stato di abbandono del minore non potesse essere considerata arbitraria (§ 72).

²³ Come affermato anche in C. eur. dir. uomo, Wagner e J.M.W. contro Lussemburgo, al § 127, sopra citata.

A tal fine, il principio cardine, fondamentale cui ancorare la valutazione è il principio secondo cui ogniquale volta sia in causa la situazione di un minore deve prevalere l'interesse superiore del medesimo (§ 75)²⁴.

Per corroborare la ragionevolezza delle proprie argomentazioni, la Corte ricorda i precedenti *Menesson contro Francia* e *Labassee contro Francia*²⁵ nei quali ha applicato per la prima volta tale principio a vicende inerenti la surrogazione di maternità, seppur in presenza di un legame genetico tra il minore ed il padre intenzionale, per giungere, infine, ad una pronuncia di condanna dello Stato convenuto²⁶.

Si tratta di due esempi recenti di "interventismo" di Strasburgo in un ambito piuttosto delicato, come il riconoscimento della filiazione in caso di ricorso alla gestazione surrogata: il *leitmotiv* di tali interventi è il "*superiore interesse del minore*", strumento principe impiegato dalla Corte per svolgere il bilanciamento tra i valori in gioco e giustificare il dispositivo di condanna. Nei due "*case law*"²⁷ i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 8 Cedu²⁸, essendo loro preclusa la possibilità di ottenere in Francia il riconoscimento di un rapporto di filiazione, legalmente formatosi negli Stati Uniti all'esito di una procedura di procreazione assistita ivi consentita. Secondo i giudici di Strasburgo il rifiuto opposto dalle autorità francesi costituisce indubbiamente una "*ingerenza*" statale nel diritto dei minori al rispetto della loro vita privata: un'ingerenza prevista dalla legge per il perseguimento di uno scopo legittimo²⁹ ma non "*necessaria in una società democratica*". Lo Stato francese non ha tenuto debitamente conto

²⁴ Lo ribadisce anche il Press Release prodotto dal Registry della Corte: "*The Court found in particular that the public-policy considerations underlying Italian authorities' could not take precedence over the best interests of the child, in spite of the absence of any biological relationship and the short period during which the applicants had cared for him decisions*".

²⁵ C. eur. dir. uomo, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, e C. eur. dir. uomo, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11. In tali giudizi le autorità francesi, al pari delle autorità italiane nel caso *Paradiso e Campanelli*, avevano rifiutato di trascrivere gli atti di nascita esteri perché contrari all'ordine pubblico, dato il divieto di ricorrere alla surrogazione di maternità, vigente sia in Francia che in Italia. Nei due casi francesi, tuttavia, non vi era stato l'allontanamento dei minori dai ricorrenti, ed il padre intenzionale, ricorrente dinanzi alla Corte Edu, era anche il padre biologico dei minori essendo stati utilizzati i suoi gameti nella fecondazione in vitro espletata all'estero. Nel caso italiano, invece, non sussiste alcun legame genetico tra il minore ed il padre intenzionale, a causa di un errore della clinica russa secondo i ricorrenti. Un'ultima differenza consta nel fatto che nei due *case law* francesi la Corte riscontra la violazione guardando alla posizione del minore ed, in particolare, al suo diritto al rispetto della vita privata; mentre nel caso italiano la Corte ritiene che i genitori intenzionali non abbiano legittimazione ad agire nell'interesse del minore e constata la violazione dell'art. 8 Cedu in riferimento al diritto al rispetto della vita familiare della coppia, non del minore.

²⁶ Per un commento cfr. tra gli altri T. TRINCHERA, "*Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*", 6 Luglio 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ *Menesson contro Francia* e *Labassee contro Francia* rappresentano il primo intervento della corte edu in tema di surrogazione di maternità.

²⁸ Lamentavano la violazione dell'art. 8 Cedu sia in nome proprio sia in nome del minore.

²⁹ Ovvvero, scoraggiare i cittadini francesi dal ricorrere, al di fuori del territorio nazionale, ad un metodo di procreazione assistita vietato in Francia, al fine di tutelare i minori e la donna che offre il proprio utero per la gestazione.

dell'interesse superiore dei minori nel bilanciamento dei valori in conflitto, violando, così, l'art. 8 Cedu in relazione al loro diritto al rispetto della vita privata³⁰.

Tale diritto include il fondamentale interesse a definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti di parentela e lo *status* di figlio, il mancato riconoscimento del quale espone il minore ad una situazione di incertezza giuridica all'interno della società francese. Considerato, infine, che anche la parentela biologica è una componente importante dell'identità di ciascun individuo, non corrisponde certo al "supremo interesse del minore" privarlo del riconoscimento giuridico del rapporto di parentela coincidente con la realtà biologica.

Il caso Paradiso e Campanelli si differenzia, tuttavia, dai precedenti richiamati, per un aspetto di non secondario rilievo: non sussiste, in tale vicenda, alcun legame genetico tra i ricorrenti ed il minore. Quest'ultimo è nato dai gameti di donatori del tutto sconosciuti; quindi, secondo la Corte di Strasburgo, non risulta accertata la sua nazionalità e non costituisce, di per sé, una decisione irragionevole (§77) quella dei giudici italiani di applicare il diritto nazionale per determinare la filiazione e andare oltre lo status creato all'estero. Nei due precedenti menzionati, inoltre, non era stato disposto l'allontanamento dei minori dai ricorrenti: la doglianza verteva esclusivamente sul mancato riconoscimento della filiazione da parte delle autorità francesi e sulle sue conseguenze pregiudizievoli per l'identità dei minori.

La questione fondamentale, invece, nella vicenda dei coniugi Campanelli, consiste proprio nella valutazione della "necessità" dell'allontanamento e della messa sotto tutela del bambino: tali misure, secondo la Corte, non sono proporzionate poiché le autorità nazionali non hanno garantito un giusto equilibrio tra i valori in gioco, omettendo di dare adeguata considerazione all'interesse del minore (§86).

Dette misure erano state disposte dai giudici italiani poiché il bambino era ritenuto privo di un ambiente familiare adeguato: nato da genitori biologici sconosciuti, la madre "surrogata" aveva rinunciato a lui ed i ricorrenti avevano posto in essere una situazione di illegalità (§79). Questi, infatti, portando il bambino in Italia e facendo credere che fosse loro figlio, avevano violato la legge sull'adozione internazionale e sulla procreazione assistita; si poteva, pertanto, dubitare anche della loro capacità affettiva ed educativa.

Le misure adottate rispondevano, quindi, allo scopo di porre fine ad una situazione di illegalità.

Secondo la Corte, tuttavia, *"il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considera-*

³⁰ Nel condurre tale scrutinio, la Corte aveva ritenuto opportuno distinguere il diritto dell'uomo e della donna che avevano fatto ricorso alla surrogazione di maternità al rispetto della loro vita familiare, dal diritto dei minori, nati da madre surrogata, al rispetto della loro vita privata. La Corte esclude all'unanimità che ci sia stata violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare.

zione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo³¹ (§ 80).

I giudici di Strasburgo ritengono, infatti, che l'allontanamento del minore dal contesto familiare sia una misura estrema alla quale si dovrebbe ricorrere al solo scopo di proteggere il bambino dinanzi ad un pericolo grave ed immediato (§80), in circostanze eccezionali, quali situazioni di violenza, maltrattamento fisico o psichico, o abusi sessuali.

Dopo aver indugiato a lungo sui propri precedenti³² per corroborare il principio dell'allontanamento del minore come una *extrema ratio*, la Corte ricostruisce con lucidità i passaggi che hanno condotto i giudici italiani a disporre tale misura nella fattispecie concreta.

I sospetti gravanti sui ricorrenti in ordine alla violazione della legge sull'adozione ed alla sussistenza di una loro responsabilità penale non sarebbero sufficienti a giustificare l'allontanamento: non è infatti possibile prevedere l'esito del procedimento penale e, comunque, solo in caso di condanna i ricorrenti diverrebbero legalmente incapaci di adottare o accogliere il bambino in affidamento. I coniugi, osserva inoltre la Corte, sono stati ritenuti idonei ad adottare nel dicembre 2006 e, successivamente, invece, giudicati incapaci di educare e amare il minore sulla base di mere presunzioni e sospetti, senza alcun previo accertamento peritale.

Merita tuttavia notare, fra le righe, che il nostro ordinamento giuridico non prevede l'obbligatorietà del ricorso a tale mezzo istruttorio per valutare lo stato di abbandono di un minore.

I giudici di Strasburgo ritengono, inoltre, inidonea a giustificare l'allontanamento la considerazione secondo cui, se il minore fosse rimasto presso i ricorrenti avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei loro confronti, tale da rendere ancora più difficile il successivo distacco (§82).

Tra i motivi a sostegno della violazione convenzionale la Corte adduce, infine, la circostanza che il minore è stato senza un'identità per più di due anni, risultando così svantaggiato, dal punto di vista identitario e della cittadinanza, per il solo fatto di essere nato da una madre surrogata (§85).

I giudici dichiarano, quindi, la violazione dell'art. 8 Cedu, considerando le molteplici ragioni addotte dai giudici italiani non soddisfattive, ovvero non sufficienti a giustificare le misure di ingerenza adottate: non è stato garantito un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco.

³¹ Corte, Paradiso e Campanelli contro Italia, § 80: «*La référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre*».

³² Ai paragrafi da 74 a 80 la Corte ricorda, in tal senso, i precedenti Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo; Scozzari e Giunta c. Italia [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, § 148, CEDU 2000 VIII; Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC], n. 41615/07, § 136, CEDU 2010; Y.C. c. Regno Unito, n. 4547/10, §§ 133-138, 13 marzo 2012; Pontes c. Portogallo, n. 19554/09, §§ 74-80, 10 aprile 2012.

5. Criticità sottese alla decisione di Strasburgo e qualche considerazione conclusiva.

Tra i possibili rilievi critici della pronuncia occorre osservare che, nonostante il previo riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento riservato agli Stati nell'ambito di questioni delicate e complesse (§74), come quella in oggetto, è riscontrabile una rilevante ingerenza dei giudici di Strasburgo in riferimento ad un duplice profilo.

Non soltanto la Corte estende la nozione di "vita familiare" ad un legame di breve durata, nato da una situazione di illegalità, ma finisce anche per sostituire la propria valutazione sulla proporzionalità e necessità delle misure adottate a quella delle autorità nazionali che pur avevano argomentato ampiamente e ragionevolmente sul punto.

Inoltre, negando qualsiasi rilevanza alle molteplici motivazioni addotte dai giudici italiani, la Corte non sembra dare preminenza in concreto al *best interest* del minore: l'intervento ablativo sarebbe stato comunque l'unica via percorribile alla luce del diritto nazionale, considerata l'assenza di qualsiasi legame biologico tra la coppia ed il minore, la condotta illecita dei ricorrenti e la carenza del requisito di età necessario, secondo la legge italiana, per adottare un neonato.

Il ragionamento della Corte edu non convince, inoltre, quando enuclea, tra le cause giustificative della violazione della "vita familiare" della coppia, la circostanza che il minore sia stato privo di un'identità per più di due anni, fino all'aprile 2013.

Detto profilo incide indubbiamente sull'identità personale del bambino, ma non sulla vita familiare dei coniugi che si assume violata e, soprattutto, discende dal mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, non certo dall'allontanamento del minore dalla coppia.

Tale motivo appare, quindi, inconferente rispetto alla misura di ingerenza sanzionata (ovvero l'allontanamento) ed avrebbe potuto, se del caso, condurre la Corte, alla luce del "superiore interesse del minore", a sancire la violazione del suo diritto al rispetto della vita privata per il mancato riconoscimento, da parte dei giudici italiani, del rapporto di filiazione.

Un'altra particolarità della pronuncia in esame consta nel fatto che i giudici di Strasburgo condannano lo Stato italiano per la violazione dell'art. 8 Cedu, ma limitano gli effetti della decisione alla equa riparazione, escludendo il rimedio generale della *restitutio in integrum* (§ 87 e 88)³³.

La Corte afferma espressamente che la constatazione di violazione non può essere intesa nel senso di obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati, considerato

³³ Sulla questione degli effetti delle pronunce di Strasburgo cfr. tra gli altri E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico* 7/2010, 955; B. RANDAZZO, *Gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it; G. PARODI, *Le sentenze della Corte Edu come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sent. n.n. 348 e 349 del 2007*, in *Dir. Pubbl. comparato ed europeo*, 2012, 1743.

che il bambino ha certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza presso la quale è stato collocato all'inizio del 2013³⁴.

La Corte esclude, quindi, l'obbligo di riconsegnare il piccolo ai ricorrenti per non perpetrare essa stessa una violazione convenzionale a danno della nuova famiglia affidataria; al contempo, però, non possiamo dimenticare che il sistema di tutela giurisdizionale offerto dalla Convenzione nasce e si contraddistingue per la concretezza e la constatazione della lesione è funzionale alla rimozione delle sue conseguenze in concreto realizzate. In questo caso, invece, pur consapevole della impossibilità di percorrere la via della *restitutio in integrum* in favore dei ricorrenti, la Corte non esita a "giuridicizzare" nuovi interessi, meritevoli di tutela ex art. 8 Cedu, e ad estendere incisivamente la portata della nozione di "vita familiare", giungendo, per tal via, a condannare lo Stato convenuto.

Riconoscendo l'esistenza di un legame familiare *de facto* da tutelare tra i coniugi Campanelli ed il minore nato da gestazione surrogata all'estero, la Corte sembra andare oltre il margine di discrezionalità spettante agli Stati in ordine alla scelta di non riconoscere alcun effetto giuridico all'istituto della surrogazione di maternità³⁵.

È vero che i giudici di Strasburgo non si pronunciano sulla legittimità o meno del ricorso a tale tecnica di procreazione, ma occorre del pari notare che, estendendo il concetto di "vita familiare" (meritevole di tutela ex art. 8 Cedu) anche alle relazioni nate illegalmente da maternità surrogata ed imponendo ai giudici nazionali di valutare, anche in tali ipotesi, l'allontanamento del minore come misura estrema, la Corte finisce, comunque, di fatto, per riconoscere effetti giuridici ad una procedura vietata dal legislatore italiano.

In definitiva, pur affermando di non voler entrare nel merito della gestazione surrogata, con questa pronuncia la Corte sembra incidere sul divieto nazionale di ricorrere a tale tecnica, paralizzandone parzialmente gli effetti, dal momento che obbliga le autorità interne a tutelare i legami di fatto, anche brevi, sorti in violazione del divieto stesso.

³⁴ Dagli atti di causa risulta che il minore sia stato collocato presso la famiglia di accoglienza il 26 gennaio 2013.

³⁵ In tal senso sembrano muoversi anche le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici Raimondi e Spano a Corte EDU, Paradiso e Campanelli contro Italia.