



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 1/2017

#### 3. LA PRONUNCIA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO *PARADISO E CAMPANELLI c. ITALIA* TRA FAMIGLIA *DE FACTO*, MARGINE DI APPREZZAMENTO E INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE

##### 1. Introduzione

Con la sentenza depositata il 24 gennaio 2017 relativa al caso [\*Paradiso e Campanelli c. Italia\*](#), la Grande Camera (GC) della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, ECtHR) ha dato ragione all'Italia, giudicando conforme all'articolo 8 della CEDU la misura di allontanamento del minore dai coniugi che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Russia. Così la sentenza di condanna dell'Italia adottata due anni prima dalla Camera sullo stesso caso viene ribaltata, nuovamente a dimostrazione di quanto i temi legati all'inizio della vita ed al trattamento dei minori siano sensibili e pertanto controversi. Tale circostanza è avallata dall'impossibilità di raggiungere l'unanimità in entrambe le votazioni, e conseguentemente dall'annessione di numerose e rilevanti opinioni concorrenti e dissenzienti dei giudici presenti in entrambe le composizioni.

Com'è noto (per una completa ricostruzione dei fatti ed un commento sulla sentenza adottata dalla Camera nel 2015 si veda, in questo Osservatorio, [F. PERRINI, \*Maternità surrogata e allontanamento del minore dai genitori committenti: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per la violazione dell'articolo 8\*](#)), il caso di specie riguarda una coppia di coniugi italiani i quali, a seguito di numerosi ma vani tentativi di fecondazione *in vitro* nonché di una lunga attesa per l'adozione, hanno deciso di ricorrere alla pratica della maternità surrogata all'estero, essendo questa notoriamente vietata dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004 relativa alle [Norme in materia di procreazione medicalmente assistita](#). Così, dopo essersi recati in Russia e aver sottoscritto un contratto di gestazione per altri, i ricorrenti hanno avuto un bambino, registrato a Mosca come loro figlio, conformemente alla normativa nazionale vigente in materia all'epoca dei fatti. Una volta rientrati in Italia però, non hanno ottenuto il riconoscimento dell'atto di nascita del bambino né la trascrizione di questo all'anagrafe. Immediatamente, il Tribunale per i Minorenni di Campobasso ha disposto l'allontanamento del bambino dai coniugi ricorrenti, avendo accertato, tra le altre cose, la mancanza di un legame genetico tra questi ed il piccolo nonché l'incertezza dal punto di vista legale del legame tra i coniugi ed il bambino, affidandolo così ad una struttura adeguata, dandogli un'altra identità, ed infine permettendogli di essere adottato da

una nuova famiglia (su questo punto si veda [M. M. WINKLER, Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia, in GenIUS, giugno 2015, pp. 234-257](#)).

A seguito di numerose azioni legali intraprese dai coniugi sul piano interno, questi si sono infine rivolti alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione dell'articolo 8 della CEDU, accertata dalla sentenza della Camera ([Paradiso e Campanelli c. Italia, sentenza del 27 gennaio 2015](#)), in cui l'interferenza delle decisioni prese dalle autorità italiane con il legame familiare instauratosi tra i ricorrenti ed il bambino è stata giudicata contraria ai diritti tutelati dalla Convenzione. Come anticipato, però, a seguito della richiesta presentata dal governo italiano, il caso è stato esaminato dalla GC e le conclusioni ribaltate.

Alla luce della copiosa dottrina che ha già messo in luce i punti più interessanti della sentenza del 2015 (si vedano, tra gli altri, [O. FERACI, Maternità surrogata all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli, in Cuadernos de Derecho Internacional, ottobre 2015, pp. 420-439](#); [L. POLI, Maternità surrogata e diritti umani: una patica controversa che necessita una regolamentazione internazionale, in BioLaw Journal, 3/2015, pp 7-28](#); [I. RIVERA, Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of the child come limite all'ordine pubblico internazionale, in Federalismi.it, 3/2015](#); [A. VIVIANI, Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali, in sidiblog.it, 3 febbraio 2015](#)) il presente contributo si soffermerà sugli elementi decisivi intorno ai quali la GC ha costruito il proprio ragionamento e che hanno pertanto determinato l'esito opposto del secondo procedimento rispetto al primo: indubbiamente si tratta del concetto di famiglia *de facto*, della comparazione tra le legislazioni nazionali relative alla maternità surrogata, e infine della nozione di *best interest of the child*.

## 2. L'applicabilità dell'articolo 8 al caso di specie e il concetto di famiglia *de facto*

Il nodo centrale della sentenza della GC, dal quale in buona sostanza è direttamente dipeso il suo esito, è la compatibilità della misura di allontanamento del minore dai ricorrenti con l'articolo 8 della CEDU, il quale notoriamente tutela due fattispecie intimamente connesse tra loro ma tuttavia distinte, ossia la vita familiare e la vita privata.

Quanto alla prima fattispecie, la giurisprudenza della ECtHR è chiara nell'affermare che il riconoscimento dell'esistenza o meno di una vita familiare dipende da una constatazione di fatto che riposa sull'esistenza di stretti e genuini legami personali. Senza garantire di per sé né il diritto di fondare una famiglia né il diritto di adottare, l'articolo 8 sostanzialmente presuppone l'esistenza di una famiglia, la cui accezione materiale non esclude dal proprio ambito di applicazione situazioni *de facto* in cui sia assente un legame biologico tra i genitori ed i bambini ovvero un legame giuridicamente riconosciuto tra questi. Tuttavia, data la straordinarietà di suddette situazioni, perché la Corte possa effettivamente giudicarne l'esistenza ed accordare la relativa tutela, deve poter accertare la genuinità dei legami instaurati (par. 148). Così, al fine di verificare l'applicabilità al caso in esame della fattispecie appena richiamata, la GC ha proceduto a determinare la qualità del legame instaurato tra i ricorrenti e il piccolo, il ruolo giocato da quelli nella vita del bambino, ed infine la durata della convivenza. Mentre i primi due criteri di valutazione sono stati apprezzati velocemente dalla GC che ha sottolineato come i ricorrenti abbiano tentato di sviluppare un progetto genitoriale e si siano comportati nei confronti del bambino in qualità di genitori creando con questo un importante vincolo emozionale, il criterio per così dire quantitativo, ossia la durata della convivenza, è stato trattato con molta

più attenzione (*Wagner and J.M.W.L. c. Lussemburgo*, sentenza del 28 giugno 2007; *Moretti e Benedetti c. Italia*, sentenza del 28 aprile 2010; *Kopf and Liberda c. Austria*, sentenza del 17 gennaio 2012). Sebbene evidenzi che non sia appropriato pretendere che la convivenza, per essere considerata alla stregua di una vita familiare *de facto*, abbia una durata minima, la GC stabilisce che l'estensione temporale della coabitazione resta nondimeno un titolo fondamentale, che va ponderato insieme ad altri requisiti di tipo sostanziale e qualitativo. Così nel caso *D. and Others c. Belgio* (decisione dell'8 luglio 2014), l'esistenza di un legame biologico tra i genitori e la prole ha compensato la breve coabitazione durata solo due mesi. Nel caso oggetto di questo commento, la coppia ha vissuto per un breve periodo di tempo con il minore: entrambi i ricorrenti hanno trascorso con il bambino sei mesi in Italia, mentre la prima ricorrente ha condiviso con il minore anche i suoi primi due mesi di vita in Russia. Posto ciò, la GC ha giudicato che la convinzione del secondo ricorrente di essere il padre biologico del bambino, poi disattesa dai risultati del test del DNA, non può valere a compensazione della breve durata della coabitazione. Inoltre, sebbene la separazione non sia direttamente dipesa dalla volontà dei ricorrenti (par. 156), in realtà non è stata altro che la conseguenza diretta della pronta risposta delle autorità nazionali al loro comportamento illegale, iniziato prima che si scoprisse il difetto di consanguineità (par. 211): i coniugi infatti hanno condotto dalla Russia in Italia un minore con cui non avevano nessun legame biologico, in violazione delle norme relative all'adozione internazionale, e sottoscritto un contratto inerente la trasmissione del liquido seminale del secondo ricorrente al fine di procedere alla fecondazione di ovociti di una donatrice, in violazione della legge relativa alla procreazione medicalmente assistita.

Alla luce di queste considerazioni, e diversamente dalla sentenza del 2015 in cui la Camera aveva giudicato l'agire dei ricorrenti come genitori utile a compensare la breve durata della coabitazione (par. 69), la GC non ha potuto accertare che la situazione oggetto del ricorso potesse corrispondere ad una vita familiare *de facto*. Infatti, nonostante l'esistenza di un progetto genitoriale e l'instaurazione di un legame emotivo tra i ricorrenti e il bambino nei suoi primi mesi di vita, l'assenza di un legame biologico, la breve durata del legame nonché l'incertezza di questo dal punto di vista legale hanno avuto un peso determinante.

Di conseguenza, la GC ha proceduto ad accertare se il caso di specie potesse configurarsi come appartenente alla seconda fattispecie protetta dall'articolo 8 della CEDU, ossia la vita privata. Dal momento che la vita di entrambi i ricorrenti è stata condizionata dai tentativi di diventare genitori e visto che i procedimenti nazionali, avendo riguardato anche lo stabilimento di un legame genetico tra il secondo ricorrente ed il bambino, hanno inciso sulla vita di quello, sulla sua identità e sul rapporto tra i coniugi ricorrenti (par. 165), la GC ha giudicato che la decisione delle autorità italiane di allontanamento definitivo del minore sia risultata in un'interferenza con la vita privata dei ricorrenti.

Posto ciò, la GC ha proceduto alla verifica della decisione nazionale alla luce dei parametri contenuti nel paragrafo 2 dell'articolo 8 della CEDU, ossia la conformità alla legge italiana, la legittimità dello scopo perseguito e la necessità in una società democratica.

Quanto al primo parametro, alla stregua della Camera la GC giudica compatibile con la *Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents* del 1961 la scelta dei giudici nazionali di applicare la legge italiana sulla filiazione e non di basare le proprie decisioni sul certificato di nascita delle autorità Russe. Infatti, l'articolo 5 della Convenzione del 1961 fa salvo il diritto dello Stato parte di scegliere liberamente il diritto da applicare nel decidere l'efficacia probatoria del contenuto di un documento

estero. Così, la ricostruzione di diritto che ha condotto le autorità italiane a giudicare il bambino in stato di abbandono era prevedibile, per cui è stata giudicata conforme alla legge (parr.172-173).

Anche in relazione al secondo parametro, concorrendo con quanto già stabilito dalla Camera, la GC giudica legittimo il fine di prevenire l'ordine pubblico e proteggere i diritti e le libertà del minore che le misure in questione hanno perseguito.

### *3. Maternità surrogata: come il diritto comparato aiuta a delineare l'ampiezza del margine di apprezzamento*

L'esame condotto alla luce del paragrafo 2 dell'articolo 8 della CEDU relativo al carattere necessario delle misure adottate per una società democratica, ha evidenziato il secondo punto di divergenza sostanziale tra la sentenza della Camera e quella della GC.

Sebbene entrambe le formazioni giudicanti abbiano riconosciuto che la sensibilità e la complessità delle tematiche oggetto di una misura, nonché la diretta influenza che questa può avere sull'esistenza e l'identità degli individui, sono caratteristiche che determinano generalmente il restringimento del margine di apprezzamento dello Stato, diversamente hanno valutato il ruolo dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di maternità surrogata.

Se la Camera non ne ha ritenuto necessario l'esame (par. 76), la GC, dopo aver ricordato che il suo compito «is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements and with the help of a medically-assisted reproduction technique, both of which are prohibited in the respondent State» (par. 180), ha ritenuto di dover tenere in conto il grado di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa (COE) in materia di gestazione per altri. Infatti, secondo la giurisprudenza consolidata della ECtHR, quando «there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider» (par. 182). Lo studio comparatistico citato dalla GC, condotto in occasione di altri casi incidentalmente riguardanti la maternità surrogata in Francia (si tratta dei casi [Mennesson c. Francia](#) e [Labassee c. Francia](#), sentenze del 26 giugno 2014), dimostra come nei trentacinque Stati membri del COE presi in considerazione dallo studio la maternità surrogata è «expressly prohibited in fourteen of those States; in ten other States, in which there are no regulations on gestational surrogacy, it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its legality is uncertain; it is authorised in seven of these thirty-five member States (subject to compliance with certain strict conditions). In thirteen of these thirty-five States it is possible for the intended parents to obtain legal recognition of the parent-child relationship between them and a child born from gestational surrogacy carried out legally in another country» (par. 81).

Fermo restando quindi l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità nazionali, la GC ha comunque esaminato la proporzionalità delle misure rispetto al fine legittimo perseguito, concludendo che la decisione dell'allontanamento permanente del minore è stata presa alla luce di un corretto bilanciamento tra interessi privati, sia del

bambino sia dei ricorrenti, e pubblici, vista anche la qualificazione del bambino in stato di abbandono alla luce della normativa italiana.

#### 4. *L'apprezzamento del best interest of the child*

Sebbene il ricorso presentato dai coniugi per conto del bambino non sia stato accolto dalla Camera (parr. 48-50) né conseguentemente dalla GC (par. 86) per irricevibilità *ratione personae*, il principio dell'interesse superiore del minore ha avuto un ruolo essenziale dei ragionamenti di entrambe le formazioni giudicanti. Se questo però è stato determinante nel condurre la Camera nel 2015 ad affermare che le autorità italiane avrebbero dovuto far prevalere la continuità del legame affettivo del bambino rispetto all'esigenza di preservare l'ordine pubblico, nel giudizio della GC, data l'esclusione dell'esame sotto l'egida della vita familiare, sembra che il principio del *best interest of the child* abbia subito una marginalizzazione (in questo senso si veda [L. POLI, \*La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli\*, in \*sidiblog.it\*, 21 febbraio 2017](#)).

Ciononostante, la GC non ha trascurato un esame della condotta delle autorità nazionali alla luce di questo principio, giudicando che gli interessi del minore siano stati effettivamente presi in considerazione dal Tribunale per i Minorenni di Campobasso. Questo, seguendo un ragionamento «not automatic nor stereotyped» (par. 210), ha stabilito la prevalenza degli interessi pubblici su quelli privati coinvolti, avendo potuto stimare superabile il trauma del minore conseguente alla separazione dai ricorrenti, visti la mancanza del legame biologico, il poco tempo speso insieme ai genitori nonché la tenerissima età del bambino.

Inoltre, vale la pena ricordare che le normative contenenti i fondamentali interessi pubblici di cui le autorità nazionali hanno inteso preservare il rispetto, con la benedizione successiva della GC, si fondano su una scelta a monte del legislatore operata in favore degli interessi dei minori, proteggendoli da pratiche illecite come il traffico di esseri umani (parr. 197 e 202).

#### 5. *Considerazioni conclusive*

La pronuncia della GC oggetto di questo commento, come più volte ricordato, ha ribaltato le conclusioni cui era giunta la Camera due anni prima, in maniera quasi speculare alla lungimirante opinione parzialmente dissenziente annessa alla prima sentenza dai giudici Raimondi e Spano.

È stato giudicato, perciò, che la misura di allontanamento del minore dai ricorrenti non sia stata adottata in violazione dell'articolo 8 della CEDU, considerato il corretto bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra gli interessi generali dello Stato e privati dei ricorrenti, sul quale ha profondamente influito la volontà di non creare un precedente in grado di avallare una situazione di fatto creata in maniera arbitraria ed illegale dai ricorrenti, minando alla legittimità delle normative nazionali sull'adozione e la procreazione medicalmente assistita ([L. ANRO, \*La Grande Chambre di pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata\*, in \*Eurojus.it\*, 26 gennaio 2017](#)).

Indubbiamente, il giudizio della GC è stato più prudente rispetto a quello della Camera, e ciò è reso palese dal puntiglioso esame della nozione di vita familiare *de facto*, dal peso accordato all'inesistente armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di

gestazione per altri, così come dal fatto che ripetutamente la GC ha inteso restringere il proprio ambito di indagine alle circostanze del caso, come è corretto che sia, per non influenzare possibili pronunce future ovvero scelte dei legislatori.

Pertanto, non è possibile descrivere questa pronuncia come contraria alla pratica della maternità surrogata, come alcuni titoli sensazionalistici hanno inteso far credere all'opinione pubblica, e come alcuni giudici avrebbero voluto (così i giudici De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov nella loro opinione concorrente annessa alla sentenza). Al contrario, si può dire che la sentenza in oggetto preserva la libertà degli Stati di accettare o meno un fatto non originatosi nel proprio ordinamento, e tra l'altro contrario alla legge nazionale, relativo ad un tema sensibile in cui lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento. Si ricordi, poi, che il caso oggetto dell'esame andava al di là della pratica classica della gestazione per altri, in cui almeno uno dei due *intended parents* ha legami genetici con il bambino.

Infine, è evidente come il tema della maternità surrogata, incidentalmente affrontato per la prima volta dalla GC con l'esame di questo caso, sia di estrema attualità ed interesse, soprattutto per il nostro Paese. Infatti, il 23 febbraio scorso, la Corte d'Appello di Trento ha riconosciuto l'efficacia giuridica nell'ordinamento italiano del provvedimento adottato dalla *Superior Court of Justice* statunitense con cui si attestava il legame genitoriale tra figli nati da maternità surrogata negli Stati Uniti ed entrambi i genitori, una coppia gay, sebbene solamente uno di questi avesse un legame di consanguineità con i minori. La sentenza, che tra l'altro si rifà proprio alla ricostruzione del concetto di vita familiare *de facto* operato dalla GC nel caso qui commentato, ha applicato per la prima volta ad una coppia formata da due uomini i principi evidenziati dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 19599 del 2016 che aveva ricostruito la nozione di ordine pubblico nazionale ed internazionale alla luce del superiore interesse del minore.

VALENTINA NARDONE