



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 3/2016

4. IN ATTESA CHE LA *GRANDE CHAMBRE* SI PRONUNCI SUL CASO *PARADISO E CAMPANELLI c. ITALIA*, LA CORTE DI CASSAZIONE ASSOLVE UNA COPPIA DI CONIUGI CHE HA FATTO RICORSO ALLA MATERNITÀ SURROGATA ALL' ESTERO

1. *La sentenza della Suprema Corte riaccende il dibattito sul ricorso alla GPA. Osservazioni introduttive*

Con sentenza n. 13525 del 5 Aprile 2016, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso avverso un provvedimento con cui il Gip presso il Tribunale di Napoli, il luglio scorso, aveva assolto una coppia di coniugi dal c.d. reato di “maternità surrogata”, dal reato di alterazione di stato civile (567 c.p.) e dal reato di false dichiarazioni a Pubblico Ufficiale (495 c.p.). Il giudice partenopeo, infatti, argomentando che gli imputati si erano limitati a chiedere agli ufficiali dello stato civile la trascrizione di un atto di nascita formatosi all'estero in modo conforme alla *lex loci*, aveva dichiarato che alcun reato era stato da questi commesso.

La Suprema Corte, adita dalla P.M. presso la Procura di Napoli, ha rilevato l'infondatezza della parte del ricorso relativa alla presunta violazione del c.d. divieto di maternità surrogata, dal momento che l'atto si era formato all'estero in un Paese dove tale pratica è legale («Occorre, infatti, considerare che, al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso») e ha, inoltre, osservato che, ai fini della configurabilità del reato di alterazione di stato civile, è necessario che l'imputato svolga un'attività materiale che costituisca un *quid pluris* rispetto alla mera falsa dichiarazione e, quindi, un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita.

Per tali motivi, i Supremi Giudici della Quinta Sezione penale, sostenendo che «non è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nell'atto di nascita del quale si discute che, al contrario, risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto», hanno rigettato il ricorso confermando il provvedimento contestato e, quindi, assolvendo i genitori committenti. La pronuncia in questione, che interviene dopo circa un anno dalla nota sentenza [Paradiso e Campanelli c. Italia](#) (ricorso n. 25358/12) del 27 gennaio 2015 – attualmente al vaglio della *Grande Chambre* – ancora una volta accende i riflettori sulla questione, molto controversa, del ricorso alla Gestazione Per Altri (GPA) da parte di coppie il cui stato di appartenenza espressamente la proibisce. Del resto la GPA – spregiativamente rinominata anche “utero in affitto” – a causa delle delicate questioni di natura etica, bioetica, giuridica e pratica che

solleva, rappresenta indubbiamente uno dei temi ancora maggiormente dibattuti in ambito nazionale e internazionale.

Come ormai è ben noto, si tratta di una forma particolare di procreazione medicalmente assistita che si distingue dalle altre tecniche di fecondazione artificiale perché implica la “collaborazione” di una donna che, per conto di un’altra, provveda alla gestazione nell’interesse di una coppia sterile, impegnandosi poi a “trasferire” il bambino, così nato, ai soggetti committenti, che ne rappresentano i genitori “intenzionali”. A seconda, poi, che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o che, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo i propri gameti, si distingue tra “surrogazione per sola gestazione” e “surrogazione per concepimento e gestazione”.

Proibita nella maggior parte dei Paesi del Consiglio d’ Europa, in Italia è [l’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 19 febbraio 2004](#) (sulle tecniche di procreazione medicalmente assistite) a prevedere espressamente che: «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro», senza però stabilire un divieto specifico di ricorso a tale forma di procreazione medicalmente assistita (PMA) all’estero.

Nondimeno, nel nostro Paese, il dibattito sulla GPA (cfr. [A. SCHILLACI, Eppur si muove! La Camera dei Deputati avvia una \(faticosa\) riflessione sulla gestazione per altri](#), in [Articolo29.it](#)), che vede scontrarsi la posizione *a favore* di chi riconosce in questa pratica l’unica tecnica davvero a disposizione di quanti non potrebbero diversamente diventare genitori e quella *contro* che, invece, vede in essa un abominio implicante lo sfruttamento del corpo delle donne gestanti, appare più che mai aperto e incandescente.

L’argomento, riportato alla ribalta già dalle prime discussioni sul c.d. ddl “Cirinnà” (oggi divenuto [Legge n. 76 del 20 maggio 2016](#)), in correlazione con la questione della *stepchild adoption* per le coppie omosessuali, è attualmente oggetto di molteplici proposte legislative (almeno 12 nel 2016): da quelle che vorrebbero che la maternità surrogata fosse punita con pene e multe più severe o che, addirittura, fosse giuridicamente prevista come crimine universale, a quelle che, invece, aspirano a un’attenta regolamentazione delle sue modalità di esecuzione, sul presupposto che legalizzare tale pratica con alcune limitazioni sia l’unica via per dire “no” agli abusi che il suo ricorso indisciplinato potrebbe implicare.

Sebbene, quindi, per legge la *Surrogate Motherhood* sia proibita in moltissimi Paesi, di fatto è sempre più frequente il ricorso che se ne fa all’estero da parte di coppie che intendono soddisfare il loro desiderio di genitorialità alimentando quel fenomeno che, a seconda dei punti di vista, viene definito “turismo procreativo” oppure “esilio riproduttivo”.

Ciò determina conseguenze molteplici, sia in riferimento alle implicazioni penali per i committenti, sia relativamente alle sorti del minore nato all’estero mediante *surrogacy*.

Spesso, infatti, in questi casi, le autorità statali del Paese in cui la GPA è proibita, richiamando il limite dell’ordine pubblico, si rifiutano di riconoscere la relazione esistente *de facto* tra i genitori e il minore e negano la trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita rilasciato all’estero. Molto spesso, ciò comporta l’inevitabile rischio della sospensione dell’identità del minore e, nei casi più gravi, il suo allontanamento dai genitori “illegali” con conseguente dichiarazione del relativo stato di adottabilità.

In questo complesso scenario, i Tribunali sono sempre più frequentemente chiamati a decidere su questioni eticamente sensibili rispetto alle quali lo *stato della legge* non è al passo

con lo *stato dei fatti* che, invece, seguono l'evoluzione scientifica e sociale, molto più dinamica. Di conseguenza, i giudici, con le loro pronunce in materia, a volte devono sciogliere nodi irrisolti sul piano normativo, altre volte stimolano riflessioni o quesiti sul tema ma sempre, comunque, influenzano e orientano il dibattito sul ricorso alla maternità surrogata.

2. Paradiso e Campanelli c. Italia: *un caso ancora aperto*

Con la citata sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015 (sulla quale v. F. PERRINI, *Maternità surrogata e allontanamento del minore dai genitori committenti: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in questa *Rivista*, 2015, pp. 212-214), i Giudici della Seconda Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno stabilito che l'allontanamento del minore dai genitori intenzionali, a meno che ciò non rappresenti una misura di *extrema ratio*, viola il "*best interest of child*" (anche in assenza di un legame biologico minimo).

Tale sentenza ha parzialmente accolto il ricorso che, nell'aprile del 2012, era stato presentato dai molisani Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli che denunciavano la violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), relativo alla tutela della vita privata e familiare, lamentando il rifiuto delle autorità competenti italiane alla trascrizione, nel nostro Paese, del certificato di nascita del bambino nato mediante "maternità surrogata" in Russia (paese questo in cui tale tecnica di fecondazione era (ed è) assolutamente lecita e regolamentata) e, soprattutto, contestando un'ingiusta intrusione nella loro vita familiare, per avere il Tribunale per i minorenni di Campobasso disposto l'allontanamento del bambino dalla coppia e per averlo, poi, posto in stato di adottabilità.

Più dettagliatamente, i fatti alla base del caso concreto erano i seguenti: i coniugi, dopo numerosi e infruttuosi tentativi di concepimento con la tecnica della fecondazione *in vitro*, si erano recati in Russia per accedere alla maternità surrogata. Lì, i due italiani, versando un prezzo di 49.000 euro, avevano concluso un accordo di *surrogacy* con la società moscovita *Rusjurconsulting* ottenendo, conformemente alla legge russa, il trasferimento della genitorialità giuridica, subito ratificato dalle autorità locali. Trascorsi due mesi dalla nascita del bambino, i coniugi erano rientrati in Italia con il figlio Teodoro. Tuttavia, pochi giorni dopo il loro arrivo, il Consolato italiano a Mosca aveva comunicato alle autorità nazionali che il certificato di nascita, il quale indicava i coniugi italiani quali genitori del piccolo (senza alcun riferimento alla maternità surrogata), conteneva false informazioni. Le autorità italiane, quindi, avevano avviato un procedimento penale nei confronti dei coniugi, accusati di alterazione dello stato civile *ex art. 567 c.p.*, uso di atto falso ai sensi dell'art. 489 c.p. e violazione dell'art. 72 della Legge 183/1984 sull'adozione.

Successivamente, il Tribunale per i minorenni di Campobasso, dopo aver accertato, tramite test del DNA, che il minore non era figlio biologico della coppia ricorrente, aveva aperto un procedimento per la dichiarazione di adottabilità del bambino, che quindi fu affidato ai servizi sociali con contestuale nomina di un tutore. Va evidenziato, peraltro, che in questo lungo lasso di tempo il piccolo era rimasto privo di identità certa, il che, oltre a rappresentare di per sé un fatto grave, comportava anche una serie di implicazioni pratiche in merito all'assolvimento di adempimenti amministrativi, come l'iscrizione a scuola, l'attribuzione del domicilio fiscale e l'effettuazione delle vaccinazioni obbligatorie.

Con sentenza del 3 aprile 2013, la Corte d'appello di Campobasso dichiarava la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero non procedibile in quanto, non essendo i ricorrenti genitori biologici del minore, l'atto di nascita così formato era ideologicamente falso, con la conseguenza che una relativa trascrizione in Italia, sarebbe stata contraria all'ordine pubblico. Pertanto, la Corte ordinava di rilasciare un nuovo atto di nascita del minore, con nuovo nome e con indicazione di genitori ignoti, al fine di procedere successivamente alla procedura relativa all'adozione, peraltro preclusa ai coniugi.

A questo punto, i ricorrenti adivano la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, sia in proprio, sia in nome e per conto del minore. Tale seconda impugnativa, però, veniva considerata subito irricevibile dalla Corte, poiché i due coniugi, non essendo i genitori del bambino, né geneticamente, né ai sensi della legge italiana che aveva loro revocato la responsabilità genitoriale, risultavano sprovvisti della necessaria legittimazione ad agire.

In riferimento alle posizioni sostenute dalle parti dinnanzi alla Corte, va detto che, dal canto loro, i ricorrenti precisavano che l'atto di nascita si era formato conformemente al diritto russo che non richiedeva come presupposto necessario della maternità surrogata un legame genetico, seppure minimo, della coppia committente con il bambino: pertanto, nessun reato sarebbe stato compiuto in Russia, avendo loro fatto ricorso a una pratica legalmente ammessa in quel Paese; né, tantomeno, alcun reato era stato compiuto in Italia, essendosi i ricorrenti limitati a far valere nel nostro ordinamento un atto debitamente formato all'estero. Per contro, il governo italiano, sul presupposto che il certificato attestante la genitorialità costituiva un falso, dal momento che non sussisteva alcun legame genetico dei ricorrenti con il minore, sosteneva che, seppure il mancato riconoscimento della filiazione aveva costituito un'ingerenza delle autorità statali nella vita privata dei coniugi, si era trattato di un'ingerenza volta a perseguire il miglior interesse del minore.

La Corte di Strasburgo, con sentenza del 27 Gennaio 2015, ha condannato l'Italia al pagamento, in favore dei ricorrenti, di una somma complessiva di 20.000 euro, a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito in conseguenza di un'ingiusta rottura dei rapporti familiari. Ciò nonostante, la Corte non ha ritenuto di stabilire anche il ricollocamento del minore presso i ricorrenti, essendo stato, nel frattempo, affidato a un'altra famiglia.

Soffermandosi sul merito delle motivazioni poste dalla Corte a base della sentenza, va ricordato, preliminarmente, che i Giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno più volte precisato che la vita familiare, al cui presidio si pone l'art. 8 della CEDU, deve intendersi come il concreto atteggiarsi di una variegata gamma di rapporti affettivi, a prescindere dalla sussistenza di un effettivo vincolo legalmente riconosciuto. Di conseguenza, anche nel caso in esame, andava tenuto in debita considerazione che i ricorrenti, pur non potendo essere riconosciuti come genitori legittimi del bambino, avevano comunque trascorso con lui le primissime fasi di vita, comportandosi, di fatto, nei suoi confronti come i reali genitori. La Corte, poi, ricordava che, sempre in virtù dell'articolo 8, un'ingerenza dello Stato, per poter essere considerata legittima, deve rispondere a determinati requisiti, ossia: deve essere prevista dalla legge, deve perseguire uno scopo legittimo e deve essere necessaria, ossia deve essere fondata su un bisogno sociale e proporzionata rispetto a quest'ultimo.

In riferimento al primo requisito, la Corte ha ritenuto che l'azione dei giudici nazionali si era svolta non solo nel pieno rispetto ma, soprattutto, in applicazione delle norme di diritto internazionale privato in materia di adozione. Infatti, essendo il minore

figlio di donatori sconosciuti, non era possibile determinarne la nazionalità, con la conseguenza che la decisione assunta dal giudice italiano di dichiarare il minore in stato di abbandono e in stato di adottabilità, non poteva essere considerata arbitraria. In ordine, poi, al secondo requisito, la Corte ha posto in evidenza che le misure adottate dalle autorità italiane si erano uniformate al perseguimento della tutela dei diritti e della libertà del minore, stante peraltro la violazione della legge sull'adozione internazionale (l. n. 183/1984) e del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 di ricorso alla PMA di tipo eterologo, allora vigente.

Il passaggio critico, sul quale era necessario soffermarsi più attentamente, era, invece quello relativo al soddisfacimento del terzo requisito – ossia il carattere di necessità di una misura statale restrittiva e la sua operatività nell'ambito di “una società democratica” – rispetto al quale occorre valutare la proporzionalità delle limitazioni al diritto alla vita familiare dei ricorrenti imposte dalla legislazione italiana. In particolare, la Corte, pur considerando l'ampio margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati nella valutazione degli interessi in gioco in tema di *surrogacy* (materia in cui ancora non vi è *consensus* europeo) ha ritenuto di dover valutare se, nel caso di specie, il bilanciamento fatto a livello interno avesse garantito un giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati, ferma restando, in ogni caso, la prevalenza del superiore interesse del minore (come già precedentemente stabilito in *Wagner et J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007).

Sul punto, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che era proprio la proporzionalità della misura adottata da parte dello Stato italiano a mancare. Infatti, a parere della Corte, le autorità italiane, nell'effettuare il bilanciamento, non avevano tenuto in adeguata considerazione il *best interest of the child*, la cui corretta valutazione avrebbe portato a ritenere l'allontanamento del minore quale *extrema ratio*, da predisporre esclusivamente nel caso di pericolo per il minore conseguente a condotte della coppia lesive del suo stato fisico e psichico (cfr. la sentenza *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014).

Di conseguenza, il provvedimento di allontanamento costituiva una irragionevole intrusione nella vita privata e familiare della coppia ed era, quindi, da considerare illegittimo, in quanto lesivo dell'interesse superiore del minore.

La Corte di Strasburgo ha così, ancora una volta, fatto luce su alcuni punti oscuri in tema di ricorso alla GPA, sollevando tuttavia anche una serie di questioni controverse che saranno, si spera a breve, chiarite dalla sentenza della *Grande Chambre*, al cui vaglio attualmente la “Paradiso e Campanelli”, dopo il rinvio *ex art. 43*, è sottoposta.

3. Il panorama giurisprudenziale, nazionale e internazionale, in tema di GPA, tra esigenze di ordine pubblico e superiore interesse del minore

La sentenza della Suprema Corte n. 13525/2016 e la sentenza della Corte europea sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* si inquadrano in un panorama giurisprudenziale, nazionale e internazionale, già abbastanza consistente in materia. Il tema della GPA, infatti, non è nuovo alla Corte di Strasburgo che, come è noto, si è trovata ad affrontare le delicate questioni delle conseguenze giuridiche del ricorso alla *surrogacy* già negli *affaires Labasse c. Francia* e *Menesson c. Francia*, sui quali ha deliberato con le sentenze gemelle del 26 Giugno 2014, condannando la Francia per violazione dell'articolo 8 della CEDU.

Si trattava di due coppie francesi che, vedendosi negare il riconoscimento del rapporto di filiazione con i bambini nati mediante GPA all'estero, avevano presentato ricorso alla Corte contro la Francia, in virtù del fatto che, invece, gli atti rilasciati negli Stati

Uniti (in California l'uno e in Minnesota l'altro) li riconoscevano giuridicamente come genitori dei minori. Le autorità francesi, tuttavia, avevano ritenuto illegittimi gli accordi di maternità stipulati dalle coppie (e di conseguenza si erano rifiutate di iscrivere i certificati di nascita nel registro a ciò dedicato), in considerazione del fatto che l'ordinamento francese vieta espressamente il ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità. Anche la Corte di Cassazione aveva rigettato i loro reclami, sul presupposto che registrare in Francia i rapporti di filiazione avrebbe significato dare esecuzione a contratti nulli, vietati nel sistema francese per ragioni di ordine pubblico. Soprattutto, secondo la *Court de Cassation*, dal momento che i giudici di merito non avevano disposto alcun allontanamento dei minori dalle coppie di ricorrenti, la loro decisione non violava il rispetto alla vita privata e familiare poiché, non impediva ai bambini di vivere comunque con i genitori.

La Corte di Strasburgo, a quel punto, era stata chiamata a valutare se la decisione delle autorità francesi fosse compatibile con i diritti garantiti dalla Convenzione, tenuto conto anche del dato fondamentale che entrambi i bambini erano biologicamente figli dell'uomo della coppia "committente".

È interessante notare come le parti – coppie committenti e governo francese – abbiano posto a base delle rispettive argomentazioni dinnanzi alla Corte, l'«*Intérêt Supérieur de l'Enfant*», secondo il ben noto principio stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989. Infatti, da un lato, le coppie di ricorrenti lamentavano che la Francia, negando la trascrizioni attestanti il rapporto di filiazione, si era resa responsabile di un'ingerenza ingiustificata nel godimento del diritto alla vita familiare dei minori ledendone l'identità e quindi il loro supremo interesse, dall'altro il Governo francese, appellandosi allo stesso principio, sosteneva che la negazione della trascrizione era stata proprio la conseguenza principale della necessità di tutelarla e quindi si giustificava l'ingerenza effettuata dello Stato perché legittima e in pieno rispetto del principio di proporzionalità. La Corte, a questo punto, doveva valutare la questione della legittimità dell'ingerenza subita dai ricorrenti, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU.

Nelle due sentenze, i Giudici di Strasburgo hanno, innanzitutto, sostenuto che la Francia, con il rifiuto alla trascrizione, aveva voluto sicuramente scoraggiare il ricorso a un metodo di procreazione ritenuto lesivo dei diritti della madre surrogata e del bambino stesso, perseguendo, quindi, obiettivi certamente legittimi per la Convenzione (il rispetto dei diritti altrui e la tutela della salute) e soddisfacendo il requisito della finalità legittima.

Tuttavia, nel valutare se tale rifiuto fosse stato anche effettivamente proporzionato alla tutela dell'ordine pubblico in una società democratica, aveva ritenuto che, nel caso di specie, il margine di apprezzamento andava almeno in parte ridimensionato in considerazione del fatto che l'ingerenza andava ad incidere su un aspetto essenziale dell'identità di individui, da tutelare ancor di più trattandosi addirittura di minori.

A tale proposito, i giudici di Strasburgo hanno deciso di vagliare i casi *Menneson e Labasse* ricorrendo a una bipartizione, ossia considerando separatamente il diritto al rispetto alla vita familiare dei genitori ricorrenti e quello dei bambini.

Così facendo, la Corte ha ritenuto che, concretamente, non si ponevano per i ricorrenti ostacoli insormontabili allo sviluppo della loro vita privata e familiare e tanto era, tra l'altro, provato dal fatto che gli stessi avevano potuto, non solo trasferirsi in Francia dopo la nascita dei minori ma anche vivervi in condizioni "comparabili" a quelle delle altre famiglie. Quindi, almeno da questo punto di vista, non si era determinata alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Viceversa, il *best interest of child* risultava leso, concretizzandosi, quindi, una violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione al diritto dei minori al rispetto della loro vita privata, in virtù del fatto che questi si erano venuti a trovare in una posizione d'incertezza giuridica, dal momento che la Francia, negando loro lo status giuridico di figli della coppia, ne aveva leso il diritto all'identità personale. Si trattava di una situazione che non poteva essere tollerata, essendo assolutamente incompatibile con il rispetto del supremo interesse del minore. Pertanto, sotto il profilo della vita privata dei minori, la Francia fu condannata a risarcire ciascuno dei bambini a titolo di danno non patrimoniale, oltre a costi e spese (su questo [C. DANISI. Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo](#), in [Articolo29.it](#))

Lo scenario giurisprudenziale nazionale, invece, non è mai apparso uniforme sul tema della tutela giuridica da riconoscere alle coppie che ricorrono alla maternità surrogata all'estero. I giudici italiani, infatti, sulla scia delle pronunce di Strasburgo precedenti alla *Paradiso e Campanelli c. Italia*, si sono mostrati sempre reticenti al riconoscimento del rapporto di filiazione tra soggetti committenti e minore nei casi di maternità surrogata mediante l'impiego di gameti del tutto estranei alla coppia, ritenendo maggiormente opportuno, in questi casi, considerare il minore in stato di abbandono e procedere con l'adozione *ex lege* 184/1983. Viceversa, sono sempre stati abbastanza aperti a tale riconoscimento quando vi è un contributo biologico minimo dei genitori intenzionali alla GPA.

Va, assolutamente, fatta rientrare nel primo orientamento giurisprudenziale la sentenza della Cassazione, sez. I civ, n. 24001/2014. La Suprema Corte, in tale decisione, ha rigettato il ricorso presentato da due coniugi che si erano recati in Ucraina per ricorrere alla maternità surrogata senza apportare alcun contributo genetico ma che tuttavia, al ritorno in Italia, si erano dichiarati genitori biologi del bambino. Nel 2012 il Tribunale per i minorenni di Brescia, dopo aver accertato la mancanza di legami biologici fra la coppia e il bambino nato in Ucraina in seguito a maternità surrogata, aveva dichiarato lo stato di adottabilità del minore, sospendendo i coniugi dall'esercizio della potestà genitoriale e nominando un tutore. Secondo il Tribunale, il certificato di nascita che indicava la coppia di coniugi italiani come genitori del bambino, era nullo anche ai sensi della legge ucraina che, invece, ammetterebbe le tecniche di surrogazione di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. Il certificato ucraino, inoltre, non avrebbe potuto essere riconosciuto in Italia perché lesivo dell'ordine pubblico e, in particolare, del divieto di maternità surrogata sancito dalla legge 40/2004. Venendo a mancare lo *status* di figlio legittimo del minore, ed essendo dunque accertato lo stato di abbandono, il Tribunale aveva ritenuto di procedere alla dichiarazione di adottabilità.

A seguito del rigetto dell'appello in secondo grado, i genitori avevano proposto ricorso per Cassazione. La sentenza con cui la Suprema Corte si è pronunciata sulla questione, ha una rilevanza notevole in materia di ricorso alla GPA, perché il Giudice di legittimità ha avuto occasione di precisare i confini e la portata della nozione di "ordine pubblico", affermando che esso si identifica con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e costituisce il limite, successivo e negativo, che l'ordinamento interno pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna.

In tal senso, il divieto di pratiche di surrogazione di maternità rientra in tale nozione. Infatti, secondo l'ordinamento italiano, è madre colei che partorisce ai sensi dell'art. 269, comma 3, c.c., essendo vietato espressamente, con conseguente sanzione penale in caso di

violazione, il ricorso alla pratica di surrogazione di maternità, lesiva della dignità umana della gestante nonché contraria all'istituto dell'adozione. È attraverso l'adozione che l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato e, quindi, il supremo interesse del minore è assolutamente fatto salvo, poiché, secondo la Suprema Corte tale interesse si realizza proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce ed affidando all'istituto dell'adozione, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. Inopportuno era anche il riferimento che, in ricorso, veniva fatto alle pronunce *Mennesson* e *Labasse* nelle quali la Corte europea, indubbiamente, aveva ravvisato il superamento del margine di discrezionalità delle autorità statali che non avevano riconosciuto giuridicamente il rapporto di filiazione tra il nato ed il padre committente, ma tanto, solo perché, in entrambi i casi, questi era anche padre biologico del minore.

Va, invece, sicuramente ascritto al secondo orientamento la sentenza del Tribunale di Varese dell' 8 ottobre 2014 (sul punto v. anche il commento di P. NAVARRO, *Il Tribunale di Varese applica i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per colmare un vuoto normativo dell'ordinamento interno*, su questa *Rivista*, 2015, pp. 418-420).

Infatti, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Varese aveva assolto una coppia di cittadini italiani che era stata imputata del reato di alterazione di stato civile dopo aver fatto registrare in Italia il certificato di nascita dei figli senza specificare, tuttavia, di averli avuti ricorrendo alla surrogazione di maternità in Ucraina. Secondo il giudice, la coppia andava assolta in quanto il fatto, a seguito delle sentenze pronunciate dalla Corte Europea dei diritti umani nei casi *Mennesson* e *Labasse*, non costituiva reato. Secondo il Gup, «attestazione della qualità di genitore innanzi al pubblico ufficiale rilasciata dagli agenti non ha comportato alcun nocimento per il bene giuridico tutelato dalla norma penale (veridicità della dichiarazione) in un sistema giuridico come quello attuale in cui è divenuto sostanzialmente ininfluenza – secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani – il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, attesa al contempo l'inerzia del legislatore nazionale che non ha previsto, né imposto che le parti interessate si esprimano in merito alle tecniche cui hanno fatto ricorso per la fecondazione al fine di ponderare almeno la posizione del genitore naturale». Alla luce delle menzionate pronunce della Corte europea risulta, dunque, «precluso allo Stato attribuire ai nati a seguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa (donazione di gameti) uno status giuridico imperfetto lesivo del loro preminente interesse tanto più in presenza di un genitore biologico appartenente alla coppia». In questo caso, quindi, il Tribunale di Varese, dopo aver accertato la presenza di almeno un genitore biologico, non solo ha negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) quando l'atto di nascita sia stato formato validamente all'estero nel rispetto della legge del Paese dove il bambino è nato, ma ha altresì escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del minore (in epoca successiva alla formazione dell'atto di nascita) per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali.

Di conseguenza, la sentenza della Cassazione penale 13525/2016 rappresenta solo il consolidamento di una linea di apertura dei giudici italiani che, sulla scia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (prima, tuttavia, della sentenza *Paradiso e Campanelli*) hanno riconosciuto la prevalenza del supremo interesse del minore rispetto alle esigenze di ordine pubblico, sempre che vi sia realmente un legame biologico (seppure

minimo) tra genitori intenzionali e minore e sempre a condizione che il ricorso alla GPA sia avvenuto nel rispetto delle norme del Paese straniero che la disciplina.

4. I Giudici di Strasburgo e il principio del *best interest of child*: uso o abuso?

Analizzando attentamente le sentenze della Corte europea dei diritti umani in tema di ricorso alla maternità surrogata si può, quindi, costatare che i Giudici di Strasburgo, alla base delle condanne agli Stati, pongono quasi sempre il *best interest of child* come principio da considerare prevalente nell'ambito del bilanciamento tra diritti ed interessi concorrenti e/o contrapposti. Infatti spesso la Corte utilizza il "Supremo Interesse del Minore" come ago della bilancia sulla quale da una parte, pende l'interesse dello Stato (che vieta la GPA) a tutelare l'ordine pubblico della collettività e dall'altra, si concretizzano gli interessi individuali, primo fra tutti quello del bambino ormai venuto al mondo.

Come già detto, nelle sentenze *Menesson* e *Labasse* la Corte europea ha condannato la Francia per violazione dell'articolo 8, in considerazione della lesione del diritto alla vita privata e familiare subita dai due minori i quali, nonostante il vincolo biologico con il padre, non avevano goduto del riconoscimento del loro legame di filiazione con lui, subendo per tale motivo una notevole compressione del diritto all'identità. Quindi, in quei casi, il principio dell'*intérêt supérieur de l'enfant* ha trovato applicazione nel suo contenuto più pieno e nobile.

La medesima osservazione, invece, non può essere fatta con riferimento alla vicenda dei coniugi Campanelli, i quali non avevano alcun legame biologico con il piccolo Teodoro e, di conseguenza – ad avviso della stessa Corte – non erano legittimati ad agire per suo conto. Ed è questo, a parere di chi scrive, il punto centrale dell'intera decisione in commento, che si discosta da tutte le altre adottate dalla Corte in tema di GPA.

Infatti, sebbene i Giudici di Strasburgo abbiano dichiarato il ricorso in nome del minore irricevibile, hanno poi condannato l'Italia per violazione del diritto alla vita privata e familiare dei coniugi, lesa dall'allontanamento del bambino che aveva rappresentato una misura sproporzionata e in contrasto con il supremo interesse del minore. Sennonché, con tale pronuncia, i Giudici di Strasburgo, hanno richiamato un principio che attiene alla tutela del minore per tutelare invece i coniugi. Prova di ciò è la misura di equa soddisfazione di 20.000 euro attribuita, sul presupposto anzidetto, non in favore del bambino, ma dei coniugi Paradiso e Campanelli i quali, come più volte ricordato, nessun legame biologico avevano con il piccolo Teodoro. In modo ulteriormente contraddittorio, poi, la Corte, sempre appellandosi al *best interest of child*, ha ritenuto di non disporre il ricollocamento di Teodoro presso i genitori committenti, considerato che, ormai, il bambino stava vivendo con un'altra famiglia già da tempo.

Lo stesso principio è stato, quindi, utilizzato due volte per ragioni molto diverse e solo nel secondo caso è stato, forse davvero, utile alla tutela del minore in sé considerato.

Quindi, nella sentenza in questione, il principio del *best interest of child*, sembra essere stato invocato per tutelare i coniugi Campanelli ed il loro interesse alla genitorialità; interesse che, in generale, è assolutamente meritevole di tutela ma sicuramente in virtù di principi diversi e in presenza di un legame biologico, seppure minimo, con il bambino nato mediante GPA.

Per tali motivi, il richiamo al *best interest of child* rappresenta, in questa vicenda, più un abuso di tale principio che un suo uso corretto e coerente, proprio perché la Corte, nell'ambito della stessa decisione, in punto di condanna finale lo richiama per giustificare

situazioni soggettive tra loro non omogenee, giungendo a una soluzione poco chiara che contraddice se stessa e che – se verrà confermata dalla *Grande Chambre* – rischia di creare un precedente “pericoloso” in tema di ricorso alla GPA.

5. *Attendendo la Grande Chambre*

A conferma delle perplessità sollevate della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, vi è il dato che questa pronuncia non è stata adottata con il *plenum* dei giudicanti. Infatti, a tale decisione è stata allegata [Popinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano](#), i quali hanno basato il loro dissenso su precisi argomenti.

Innanzitutto, i due Giudici di Strasburgo hanno energicamente evidenziato che la scelta del tribunale nazionale (di allontanare il minore dai coniugi Campanelli) è stata assunta nel pieno rispetto del supremo interesse del piccolo Teodoro in virtù del fatto che, considerando la brevità del tempo trascorso con i genitori intenzionali e la sua giovane età, il trauma susseguente a questo allontanamento è stato minimo: «[i]n effetti, la vita familiare (o vita privata) *de facto* dei ricorrenti con il minore si basava su un legame debole, in particolare se si tiene conto del periodo molto breve durante il quale ne avrebbero avuto custodia. Riteniamo che la Corte, in situazioni come quelle che ha dovuto esaminare nella presente causa, debba tenere conto delle circostanze nelle quali il minore è stato dato in custodia alle persone interessate, nel momento in cui deve stabilire se sia o meno sviluppata una vita familiare *de facto*. Sottolineiamo che l'articolo 8 par. 1 non può, secondo noi, essere interpretato nel senso di sancire una ‘vita familiare’ tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico. In ogni caso, riteniamo che, nell'analisi della proporzionalità che si impone nel contesto dell'articolo 8, si debba tenere conto delle considerazioni legate ad una eventuale illegalità sulle quali è fondato l'accertamento di una vita familiare *de facto*».

Gli stessi giudici hanno chiarito, inoltre, che l'ingerenza dello Stato, in quella delicata vicenda, si era resa assolutamente necessaria e, infatti, il Tribunale per i minorenni di Campobasso, pur conscio della gravosità della scelta di allontanare il minore dai ricorrenti, aveva comunque deciso di disporre quell'allontanamento, in considerazione della delicatezza e dell'urgenza della situazione contingente. Tra l'altro, non essendo la maternità surrogata una materia in cui si è formato un chiaro *consensus* europeo, il giudizio della Corte, nel censurare l'operato dei giudici nazionali, avrebbe minato «[...] il principio di sussidiarietà e la dottrina della “quarta istanza”». I due giudici dissenzienti hanno, quindi, sostenuto che la Corte, in casi come questo, dovrebbe astenersi da ingerenze nelle scelte discrezionali proprie delle autorità nazionali, soprattutto in considerazione del fatto che si tratta di ambiti dalle evidenti implicazioni ideologiche.

Si è detto, peraltro, che, con decisione del 1° Giugno 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva disposto – *ex art. 43* della Convenzione – il deferimento del caso alla *Grand Chambre* e un collegio di 5 giudici aveva accolto la richiesta di rinvio presentata dal Governo italiano, proprio ritenendo che la sentenza sollevasse gravi problemi di interpretazione e di applicazione della Convenzione e, quindi, un'importantissima *querelle* di carattere generale. Così, proprio lo scorso 9 dicembre si è tenuta l'udienza di fronte alla *Grande Chambre* durante la quale, ancora una volta, i difensori delle parti in causa hanno, a viva voce, sostenuto le loro rispettive posizioni.

Da una parte, gli avvocati dei coniugi Campanelli hanno evidenziato, ancora una volta, l'esistenza di un "progetto familiare" coltivato dalla coppia sin dalle prime fasi del matrimonio, il quale giustificherebbe l'esistenza di una vera e propria "vita familiare", ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, con il piccolo Teodoro, nonostante l'assenza di legame biologico con lo stesso.

Secondo la ricostruzione dello Stato italiano, invece, le autorità giudiziarie non avrebbero potuto optare per una scelta diversa dall'allontanamento del minore, trovandosi di fronte a un bambino senza parenti in Italia, i cui genitori biologici erano sconosciuti, avendo la madre naturale rinunciato al proprio *status*. Inoltre, veniva evidenziato che, dal momento che la legge italiana vieta l'importazione e l'esportazione ai privati di liquido seminale, la signora Paradiso lo aveva trasportato all'estero illegalmente. Anche la legge sulla maternità surrogata russa sarebbe stata violata, poiché la madre surrogata avrebbe prestato consenso nella convinzione che vi fosse un legame genetico con i coniugi, dunque sulla base di false informazioni. In ultimo, gli avvocati di Stato hanno evidenziato che la Seconda Sezione della Corte, nella sentenza oggetto di riesame, aveva operato un'interpretazione estensiva dell'art. 8, par. 1, con riferimento alla nozione di vita familiare, e restrittiva dell'art. 8, par. 2, riducendo così il margine di apprezzamento dello Stato.

A questo punto, la Grande Camera, sulla base degli argomenti esposti negli atti dalle parti, dovrà pronunciarsi sulla vicenda confermando o meno la decisione della Seconda Sezione della Corte di Strasburgo.

Si tratterà della prima sentenza della *Grande Chambre* in materia e si auspica, quindi, che possa offrire importanti chiarimenti e nuovi parametri sulla nozione di vita familiare e sulla portata del principio del "superiore interesse del minore" in casi di maternità surrogata effettuata all'estero, orientando così anche il controverso dibattito attualmente in corso nel nostro Paese.

BIANCA LUISA SANTONICOLA