



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 2/2015

5. 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

Una significativa pronuncia del Tribunale di Varese dell'8 ottobre 2014 ripropone il problema dei rapporti tra giudici comuni e Corte europea dei diritti dell'uomo.

La questione all'origine della vicenda giudiziaria in commento, di carattere penale, attiene a un caso di fecondazione eterologa e maternità surrogata (cd. «utero in affitto») all'estero. Gli imputati, una coppia di coniugi italiana recatasi in Ucraina – Paese in cui è possibile ai sensi di legge la gestazione surrogata previo accordo con la gestante e attestazione notarile che dichiara l'assenza di rapporti biologici tra la medesima e il nascituro – dopo la nascita dei bambini (una coppia di gemelli) mediante la tecnica di fecondazione anzidetta, presentava richiesta all'ambasciata italiana, in persona del funzionario consolare, di trasmettere l'atto di nascita al Comune di residenza ai fini della registrazione. Nella richiesta dichiaravano di essere i genitori naturali dei gemelli.

I funzionari dell'Ambasciata, non convinti della ricostruzione fornita dagli istanti, pur trasmettendo l'atto di nascita al Comune competente, contestualmente trasmettevano all'autorità giudiziaria italiana una segnalazione di reato, nel fondato timore che i coniugi avessero aggirato il divieto di ricorrere a tecniche di procreazione assistita non consentite dal nostro ordinamento.

Al rientro in patria, i coniugi vengono accusati dei reati di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) e falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495, comma 2, n. 1 c.p.) e viene, quindi, instaurato nei loro confronti un procedimento penale, svoltosi con rito abbreviato.

Per il primo reato, il Tribunale di Varese, confermando l'orientamento già espresso in precedenza dal Tribunale di Milano (sentenze del 15 ottobre 2013 e dell'8 aprile 2014), ha assolto gli imputati sul presupposto della piena regolarità dell'atto di nascita ai sensi della legge Ucraina. In sostanza, poiché l'atto di nascita era stato formato in piena conformità alla normativa del Paese di nascita dei due gemelli, il delitto di alterazione di stato in forza della legge penale italiana non avrebbe potuto ritenersi sussistente.

Il Tribunale ha escluso, altresì, che la condotta dei genitori, i quali avevano reso dichiarazioni mendaci sull'identità e le altre qualità dei due neonati successivamente alla

formazione dell'atto di nascita, allo scopo di ottenerne la registrazione in Italia, fossero idonee a integrare il reato di cui all'art. 495, comma 2, n. 1 c.p.

Sul punto, il Tribunale ha considerato il fatto non punibile seguendo l'orientamento coevo seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, nei casi [Mennesson c. Francia](#) e [Labassée c. Francia](#), entrambi del 26 giugno 2014, aveva censurato il comportamento delle autorità pubbliche francesi per violazione dell'art. 8 CEDU.

Anche tali casi muovevano dal presupposto dell'omessa trascrizione dell'atto di nascita dei figli minori, nati a seguito di maternità surrogata negli Stati Uniti. In quel periodo, la legge francese non permetteva alle donne coniugate di fare ricorso alla maternità surrogata; le leggi della California e del Minnesota, invece, lo permettevano.

La Corte di Cassazione francese aveva già affermato che la gestazione surrogata era inammissibile e contraria all'ordine pubblico e il medesimo principio era stato ulteriormente ribadito nella sentenza del 6 aprile 2011 con la quale la Corte aveva rigettato il ricorso dei genitori ritenendo che l'illecito commesso prevalesse anche sull'interesse del minore, nonostante il parere favorevole alla registrazione espresso dall'*Avocat Général*.

La Corte di Strasburgo, considerato che i ricorrenti avevano assunto la qualifica di genitori fin dalla nascita del loro figlio, aveva ritenuto violato l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dalle disposizioni interne francesi che impedivano la possibilità di riconoscere i legami familiari nell'ordinamento nazionale.

Il Tribunale di Varese, richiamandosi alle citate pronunce, ha inteso valorizzare i precedenti fondati sull'applicazione della CEDU, sostenendo, per un verso, che la negazione del riconoscimento del rapporto di filiazione da parte dello Stato italiano, alle condizioni sopra ricordate, avrebbe integrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione e, per altro verso, che le false dichiarazioni rese dagli imputati avessero configurato la fattispecie di «falso innocuo». Al riguardo, tuttavia, occorre ricordare che il concetto di falso innocuo, precisato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 51166 del 6 novembre 2013, è molto chiaro, ma poco attinente al caso in esame, posto che i due imputati avrebbero dovuto dichiarare la vera identità della madre dei gemelli, vale a dire la donna di nazionalità ucraina che aveva portato a termine la gravidanza. È noto, d'altronde, che il diritto del minore di conoscere l'identità dei suoi genitori è espressamente riconosciuto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989.

L'orientamento “sostanzialista” del Tribunale di Varese, apprezzabile proprio nella prospettiva del riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* dei principi affermati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha trovato successiva conferma sempre innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso [Paradiso e Campanelli c. Italia](#) del 27 gennaio 2015 (già oggetto di specifico commento nello scorso numero della [Rivista](#)), riguardante l'affidamento ai servizi di assistenza sociale di un bambino di nove mesi, nato in Russia a seguito di un accordo di maternità surrogata concluso da una coppia italiana, cui il figlio era stato sottratto dopo che era emersa l'assenza di un legame biologico con il bambino. La Corte europea ha accertato che le decisioni assunte dalle autorità italiane, che avevano censurato la condotta dei due coniugi i quali avevano tentato di eludere sia il divieto posto dalla normativa italiana in materia di maternità surrogata, sia le norme che disciplinano le adozioni internazionali, non potevano comunque imporsi sulla tutela del superiore interesse del minore, confermando l'assunto secondo cui allontanare un bambino dai genitori, costituisce una misura estrema che può essere giustificata solo in caso di pericolo per il bambino e non anche in caso di concepimento in violazione delle tecniche di fecondazione ammesse dalla legge. La garanzia offerta dall'art. 8 in simili casi appare determinante,

proprio allo scopo di impedire il distacco del bambino dall'ambiente familiare senza un'adeguata giustificazione.

È presto per dire se il segnalato orientamento produrrà effetti rilevanti nel nostro ordinamento, tenuto conto del vuoto normativo lasciato dalla disciplina di legge. In proposito, è appena il caso di precisare che la legge n. 40/2004 non costituisce un impedimento all'accoglimento della soluzione proposta nella sentenza in commento. Essa, infatti, dispone l'assoluto divieto a qualsiasi forma di surrogazione di maternità e sanziona penalmente chi «programma, realizza o promuove» tale tecnica di procreazione medicalmente assistita (art. 12, comma 6), ma il suo ambito di applicazione, com'è noto, è ristretto alle sole condotte commesse in Italia.

Si deve, dunque, evidenziare che nel nostro ordinamento sussiste una lacuna normativa che preclude di regolare il caso di chi decida di recarsi all'estero per concepire un figlio mediante la cd. maternità surrogata. Pertanto, in assenza di un nuovo – e in ogni caso auspicabile – intervento del legislatore, tale lacuna non può essere ad oggi colmata che in via interpretativa.

PIERLUIGI NAVARRO