



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 1/2015

#### 1. IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ SESSUALE TRA DISCIPLINA DI LEGGE E TUTELA DELLA SALUTE E DELLA DIGNITÀ DELLA PERSONA: IL TRIBUNALE DI MESSINA AUTORIZZA LA RETTIFICA DELL'ATTRIBUZIONE DI SESSO A FINI ANAGRAFICI ANCHE IN ASSENZA DI INTERVENTO CHIRURGICO

Con [sentenza del 4 novembre 2014](#), il Tribunale di Messina ha stabilito che la sottoposizione a intervento chirurgico con finalità demolitive/ricostruttive degli organi genitali non è una condizione necessaria per ottenere la rettifica dell'attribuzione di sesso sul piano anagrafico. La decisione si fonda su una nuova lettura – costituzionalmente (sebbene, sul punto, il Tribunale di Trento, con [ordinanza del 20 agosto 2014](#), abbia richiesto un pronunciamento della Consulta) e “convenzionalmente” (intesa come interpretazione conforme alle norme della CEDU e alla loro applicazione da parte della Corte di Strasburgo) orientata – della pertinente disciplina di legge, di cui agli articoli 1 e 3 della l. n. 164/1982, il secondo dei quali abrogato e sostituito dall'art. 31 del d. lgs. n. 150/2011. In particolare, la previsione contenuta al comma 4 di quest'ultimo articolo, nello stabilire che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», non brilla certamente per chiarezza e si presta a interpretazioni difformi. Secondo l'orientamento dominante e più tradizionale, la norma limiterebbe fortemente il margine di discrezionalità del giudice nel disporre la rettifica. In questo senso si è espresso, ad esempio, il [Tribunale di Vercelli](#), secondo cui il legislatore, anche a seguito dell'intervenuta riforma del 2011, non ha inteso rimettere in discussione l'impostazione originaria della disciplina, subordinando all'adeguamento dei caratteri sessuali mediante intervento chirurgico la facoltà del giudice di disporre la rettifica dell'attribuzione di sesso, unica eccezione ammissibile essendo riferibile a «persone che avevano già dato corso all'intervento chirurgico in epoca precedente all'entrata in vigore della legge (solitamente all'estero), ovvero a persone che per ragioni congenite non necessitassero di adeguamenti dei caratteri sessuali da conseguirsi attraverso interventi medico chirurgici»; sicché, «in mancanza di una (per vero auspicabile) seria rimediazione legislativa della questione volta ad uniformare la normativa interna a quella degli Stati europei [...], lo spazio di manovra del Giudice italiano pare, *de jure condito*, drasticamente ridotto» (del medesimo avviso si è mostrata anche la [Corte d'Appello di Bologna](#), Sez. I Civ., in una sentenza del 22 febbraio 2013). Al contrario, secondo quanto ritenuto dal Tribunale di Messina, la disposizione

sarebbe da intendersi nel senso di rimettere in via esclusiva al Giudice la valutazione circa la necessità di subordinare la rettifica dell'attribuzione di sesso alla sottoposizione del richiedente a un intervento chirurgico.

Nel caso di specie, la domanda di rettifica, da maschile a femminile, presentata dall'istante, era finalizzata a ristabilire la piena corrispondenza tra l'identità sessuale avvertita sul piano personale e quella rilevabile sul piano documentale, dal momento che «la percezione psicologica del sesso da parte dell'istante era sicuramente quella femminile». Tuttavia, a differenza di altri casi, la richiedente non si era preventivamente sottoposta a un intervento demolitivo-ricostruttivo degli organi genitali, ritenuto «inopportuno e rischioso rispetto al raggiungimento dell'equilibrio nella sua vita sessuoaffective», ma solo a una terapia ormonale femminilizzante. Per disporre la rettifica, pertanto, il Tribunale adito era preventivamente tenuto a stabilire se la citata disciplina di legge subordini o meno l'accoglimento della domanda all'obbligo di sottoporsi a un intervento chirurgico.

L'art. 1 della legge n. 164/1982 stabilisce che «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». In buona sostanza, l'accertamento demandato al Tribunale presuppone necessariamente l'intervenuta modifica dei caratteri sessuali dell'istante, sulla quale si innesta il potere/dovere del giudice di disporre la rettificazione anagrafica del sesso. La disposizione, tuttavia, non indica in modo puntuale in cosa debbano consistere le «modificazioni» anzidette – se, cioè, esse, per legittimare l'istanza di rettifica, debbano risultare da un intervento chirurgico, ovvero da altri trattamenti medici. Né, di per sé, la lettera del citato articolo 31, comma 4, del d. lgs. n. 150/2011, sembra fornire un chiarimento risolutivo, limitandosi a prescrivere l'intervento autorizzativo del Tribunale qualora l'adeguamento dei caratteri sessuali debba realizzarsi «mediante trattamento medico-chirurgico».

La scarsa chiarezza del dettato legislativo (anche a seguito della riforma del 2011, che ha mantenuto inalterata la sostanza della disciplina, imponendo esclusivamente il passaggio in giudicato della sentenza di autorizzazione quale requisito di efficacia), da più parti evidenziata (cfr. M. WINKLER, *Rettificazione anagrafica di sesso e assenza di intervento chirurgico: a Messina si può*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it)), lascia aperte – come anticipato in apertura – diverse interpretazioni, tra loro contrastanti. La pronuncia in commento, nel rammentare che «il sesso anagrafico viene attribuito al momento della nascita in base a un esame morfologico degli organi genitali» (in conformità a quanto stabilito dagli artt. 28 e ss. del D.P.R. n. 396/2000), al solo scopo di stabilirne la piena corrispondenza con il sesso biologico del neonato, chiarisce opportunamente che, qualora detta corrispondenza si riveli insussistente in ragione della divergenza tra la componente psicologica e il dato biologico, «l'attribuzione di sesso si attegge a pura finzione, essendovi una dissociazione tra il sesso e il genere». È in questa condizione di dissociazione che può ritrovarsi il transessuale, rispetto alla quale, tuttavia, il Tribunale di Messina non manca di rilevare come la normativa interna risulti fortemente carente. Il legislatore, infatti, ha inteso prendere in considerazione solo «gli aspetti del transessualismo» strettamente attinenti alla rettifica dell'attribuzione di sesso, «trascurando tutti gli altri» e ciò al mero fine «di tutelare i terzi rispetto alle intervenute modificazioni sessuali che il soggetto trasporta nelle relazioni sociali». Il Tribunale, pertanto, sembra porre l'accento sui limiti non solo contenutistici, ma anche “ideologici”, della disciplina di legge, maggiormente preoccupata di garantire il legittimo affidamento dei terzi rispetto alle non meglio precisate conseguenze giuridico-sociali che il fatto in sé del

cambiamento di sesso potrebbe determinare, anziché di tutelare le specifiche esigenze del soggetto istante.

Sennonché, lo stesso approccio – per così dire – “minimalista” seguito dal legislatore consente al Tribunale di prendere posizione sulla necessità di adeguare, in via ermeneutica, il contenuto della legge all’evoluzione del contesto sociale in cui essa è chiamata a operare e, per l’effetto, di argomentare in favore della centralità del ruolo del giudice nel valutare la necessità o meno di autorizzare l’istante a sottoporsi a un intervento chirurgico preordinato alla rettifica dell’attribuzione anagrafica di sesso. La sentenza, infatti, è chiara nel sostenere che «il legislatore ha rimesso esclusivamente al Giudice tale valutazione, trascurando di specificare i presupposti e di esaminare le peculiarità della situazione del transessuale», sebbene essa non possa certamente risolversi in un giudizio di mera «opportunità» o di «convenienza» dell’intervento, ma implichi un apprezzamento della sua effettiva necessità rispetto all’obiettivo dell’adeguamento dei caratteri sessuali alla percezione che l’istante ha della propria identità sessuale. Sul punto, il Tribunale si richiama alla «lettura “personalistica” della legge n. 164 del 1982» proposta nella sentenza della Corte costituzionale [n. 161 del 24 maggio 1985](#), laddove la (allora) recente disciplina veniva salutata come «espressione di “una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità”, strumento per la “ricomposizione dell’equilibrio tra soma e psiche” del transessuale [secondo un’acuta locuzione coniata dal *Bundesverfassungsgericht* in una sentenza dell’11 aprile 1978, n.d.r.]».

È proprio sulla base di tale lettura personalistica che i giudici di Messina fondano il loro legittimo rifiuto dell’orientamento “conservatore” altrove sostenuto. Qualora l’intervento chirurgico finalizzato alla modificazione dei caratteri sessuali dell’istante si dovesse configurare come un presupposto indispensabile per ottenere la rettifica dell’attribuzione anagrafica di sesso, infatti, al giudice resterebbe precluso qualsiasi scrutinio di merito, residuandogli esclusivamente una potestà accertativa in ordine alla verifica dell’avvenuto intervento, ovvero autorizzativa, qualora l’istante intendesse proporre la domanda di rettifica prima di essersi sottoposto a trattamento chirurgico.

A ben vedere, tuttavia, la legge non impone espressamente che l’istante debba sottoporsi a un intervento demolitivo-ricostruttivo degli organi genitali per ottenere la rettifica, ma tale effetto resta subordinato, *ex* articolo 1, in termini generali alla modificazione «dei suoi caratteri sessuali». Si tratta quindi di capire se tale modificazione possa essere acclarata anche in assenza di intervento chirurgico, ovvero se quest’ultimo trattamento sia da ritenersi un requisito indispensabile per integrare la fattispecie in parola.

Correttamente, ad avviso di chi scrive, la pronuncia in commento, muovendo dalla premessa che «il conflitto tra vissuto personale e sociale ed identità esteriore non sempre necessariamente sfocia nella scelta di sottoporsi ad un intervento chirurgico», contesta che il requisito anzidetto costituisca, nel silenzio della legge, il solo elemento determinante ai fini della modificazione dei caratteri sessuali dell’istante, «potendosi ritenere sufficiente», al medesimo fine, in determinati casi, anche la sola modifica dei caratteri sessuali secondari, idonea a impedire che l’istante si sottoponga a una «operazione chirurgica particolarmente invasiva». Il Tribunale argomenta il proprio dissenso soffermandosi sul concetto di «identità di genere», nozione complessa all’interno della quale sono ricomprese, con pari dignità, la componente biologica, quella psicologica (la percezione di sé) e quella sociale. Laddove si riduca il fatto in sé della modificazione (dei propri caratteri sessuali) al mutamento sostanziale della sola componente biologica, si finirebbe per svalutare eccessivamente gli altri elementi della propria identità sessuale, atteso che «l’apparenza

fisica non può essere disgiunta dall'autopercezione e dalla relazione che l'individuo sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità». In altre parole, si finirebbe per sacrificare indebitamente la tutela dell'integrità psichica e della sfera di relazione del transessuale all'obiettivo del ripristino integrale dei tratti biologici corrispondenti al sesso percepito, senza considerare, in concreto, le conseguenze che l'intervento in sé potrebbe arrecare nella sfera psichica e comportamentale del soggetto. Sicché, la condizione di *eventualità* prospettata dal legislatore con riferimento alla sottoposizione dell'istante a intervento chirurgico, lungi dal dover essere interpretata in senso conforme all'orientamento giurisprudenziale dominante (che – si ripete – impone l'autorizzazione giudiziaria all'intervento quando questo non sia stato effettuato dall'istante in un momento anteriore alla proposizione della domanda), va letta proprio in funzione dell'esigenza di “calibrare” la valutazione del Giudice in ordine al trattamento medico necessario per ottenere la rettifica dell'attribuzione anagrafica di sesso sulla condizione fisica, psichica e relazionale dell'istante.

Il Tribunale non ritiene, quindi, di forzare il dettato normativo, ma è anzi del parere che proprio la lettera della legge consenta «una ermeneusi [...] diversa da quella tradizionale», culturalmente condizionata dalla circostanza che, al momento dell'entrata in vigore della legge «la realtà con la quale si è misurato il legislatore era quella delle persone transessuali biologicamente solo di sesso maschile». La profonda evoluzione che la questione dell'identità di genere ha conosciuto negli ultimi anni impone, invece, un'interpretazione della disciplina di legge «maggiormente coerente con la realtà contemporanea del transessualismo, per la quale la rettificazione di sesso prescinde dall'esecuzione di un intervento chirurgico demolitivo ricostruttivo».

È in questa prospettiva di adeguamento della disciplina di legge al mutato contesto sociale che prende forma – e si legittima – l'interpretazione proposta dalla decisione in commento, sorretta dai riferimenti alle pronunce della Corte costituzionale che si sono soffermate sul concetto di identità sessuale quale elemento indefettibile dell'identità personale. Se, infatti – ricorda il Tribunale – l'identità personale rientra a pieno titolo tra i diritti di dignità riconosciuti e tutelati dall'art. 2 della Carta costituzionale (cfr. [Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 13](#)), quella sessuale non può essere definita *ab externo* solo sulla base dei tratti esteriori della persona, poiché essa include «elementi di ordine psicologico e sociale» (Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161, cit.). Di qui l'impossibilità di non riconoscere il diritto in parola anche «a coloro che senza modificare i caratteri sessuali primari abbiano costruito una diversa identità di genere e si siano limitati ad adeguare in modo significativo l'aspetto corporeo».

Sulla medesima linea di interpretazione si colloca la giurisprudenza delle Corti di giustizia della Comunità (oggi dell'Unione) europea (sentenze del [30 aprile 1996](#) e del [27 aprile 2006](#)) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza [Goodwin c. Regno Unito](#) dell'11 luglio 2002; per un commento, si rinvia a L. TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 371 ss.) richiamate dal Tribunale. In particolare, nella decisione dei giudici di Strasburgo si legge che «*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom*» e che «*[u]nder Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings*». In quest'ottica, «*the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy*».

Infatti, «[n]o concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal costs» (parr. 90-91).

È proprio quest'ultimo, a parere di chi scrive, il passaggio della celebre sentenza che più si attaglia alla decisione in commento: in entrambi i casi, infatti, ciò che sembra sostenere il ragionamento dei giudici è la constatazione dell'assenza di un interesse pubblico di rilevanza tale da ostacolare o condizionare in modo decisivo le scelte personali finalizzate alla tutela dell'identità sessuale. In altri termini, il "sacrificio" imposto alla società in conseguenza dell'autodeterminazione dell'identità sessuale da parte dei singoli non può essere tenuto in considerazione al punto da interferire apprezzabilmente su decisioni così intimamente legate alla percezione di sé e della propria vita di relazione. L'interesse collettivo al mantenimento di una astratta «corrispondenza tra il corpo e il sesso anagrafico» non entra, quindi, nemmeno in bilanciamento con il diritto all'identità personale costituzionalmente tutelato *ex art. 2 Cost.* (oltre che *ex art. 8 della CEDU*), essendo i due termini di confronto posti su piani giuridicamente diversi e insuscettibili di correlazione.

Per le medesime ragioni, il Tribunale di Messina rigetta l'argomentazione secondo cui l'assenza di un intervento chirurgico finalizzato a privare il soggetto della capacità procreativa esporrebbe la società stessa al rischio di un'astratta quanto ipotetica reversibilità del processo di adeguamento dei caratteri sessuali. Al di fuori della dignità e della salute dell'istante «[n]on vi sono, infatti, interessi superiori da tutelare, non potendosi considerare tali né la certezza delle relazioni giuridiche [...], né la necessaria diversità sessuale delle relazioni familiari», *a fortiori* nella società attuale in cui tale diversità non costituisce più un necessario «presupposto naturalistico del negozio matrimoniale», come affermato dalla giurisprudenza europea in più occasioni e incidentalmente rilevato dalla stessa Corte Costituzionale nella recente [sentenza n. 170 del 18 giugno 2014](#).

Com'è noto, d'altronde, proprio quest'ultima pronuncia, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della legge del 1982 e, in via consequenziale, dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo del 2011 nella parte in cui «non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore», ha premesso in motivazione come la normativa oggetto di scrutinio risulti fortemente orientata a risolvere il contrasto tra l'interesse dello Stato «a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» e quello della coppia («attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso») al mantenimento in essere del proprio rapporto anche a seguito della scelta liberamente compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, «relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale» accordando al primo una «tutela esclusiva», e «restando chiusa» – per converso – «ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia» (par. 5.6).

È proprio tale impostazione "anti-personalistica" che la decisione in commento pone – sotto altro profilo – radicalmente in discussione, attraverso un ribaltamento di prospettiva: l'interesse generale (che, secondo il *dictum* della Consulta, ispira la disciplina in parola) a ricondurre la libertà di autodeterminazione dell'identità sessuale entro schemi di

riferimento predeterminati (ritenuti idonei ad assicurare *in abstracto* la certezza delle relazioni giuridiche) viene sostituito dal “superiore interesse” alla protezione della salute e della dignità umana del soggetto istante, quale canone interpretativo fondamentale al quale le valutazioni dell’organo giurisdizionale adito devono necessariamente essere orientate. Con la particolarità che la *ratio legis* prospettata dal Tribunale non richiede di per sé di essere avvalorata da una pronuncia di incostituzionalità (che è, invece, la strada prescelta dal Tribunale di Trento), ma è enucleata direttamente dal testo di legge, mediante la sua attualizzazione e, soprattutto, la sua conformazione a quel complesso di valori e principi, di rango costituzionale e sovranazionale, nel quale l’ordinamento italiano è inserito.

NICOLA COLACINO



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 1/2015

#### **2. MATERNITÀ SURROGATA E ALLONTANAMENTO DEL MINORE DAI GENITORI COMMITTENTI: LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DELL'ART. 8**

La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della CEDU, in relazione ad un caso particolarmente delicato in cui vengono in rilievo le problematiche relative alla genitorialità, alle scelte in materia di altre forme di procreazione, al diritto ad avere figli e, soprattutto, alla tutela dell'interesse del minore.

Questi i temi che affiorano nella sentenza del 27 gennaio 2015, relativa al caso [\*Paradiso e Campanelli c. Italia\*](#). I fatti all'origine della causa riguardano le vicende personali di due coniugi (i ricorrenti) che non possono avere figli, per l'impossibilità della moglie di concepire e di portare a termine una gravidanza. Dopo avere ripetutamente provato con le tecniche di fecondazione artificiale consentite nel nostro ordinamento, i due coniugi decidono di affidarsi ad una clinica specializzata in Russia per procedere alla fecondazione eterologa con il liquido seminale del marito e successivamente alla gravidanza surrogata. Il 27 febbraio 2011 la madre surrogata dà alla luce il bambino, che, secondo la normativa russa, viene registrato come figlio dei Sig.ri Paradiso e Campanelli. Dopo due mesi i ricorrenti ed il bambino giungono in Italia, avendo ottenuto dal consolato italiano in Russia i documenti utili per lasciare il Paese con il minore. A questo punto i ricorrenti chiedono che venga trascritto il certificato di nascita nel registro dello stato di civile, ma la richiesta viene respinta perché, nel frattempo, il Consolato italiano di Mosca aveva comunicato sia al Tribunale dei minori competente che al Comune di residenza che l'atto di nascita conteneva delle informazioni false. A carico dei ricorrenti inizia, quindi, un procedimento penale e contestualmente il Tribunale dei minori dichiara lo stato di abbandono e conseguente adottabilità del neonato. A seguito di tale ultima decisione viene anche effettuato il test del DNA dal quale risulta che il Sig. Campanelli non è il padre biologico del bambino. Pertanto, il Tribunale dispone, in data 20 ottobre 2011, l'immediato trasferimento del bambino in una casa famiglia nella quale rimane fino al gennaio 2013, quando viene affidato ad una nuova famiglia.

I coniugi presentano, quindi, un ricorso ai giudici di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 8 nei loro confronti e nei confronti del minore. Tuttavia, la Corte

respinge quest'ultimo aspetto del ricorso ritenendo che i ricorrenti non abbiano titolo ad agire per conto del minore, non essendone genitori biologici, adottivi, ovvero affidatari.

Per quanto attiene, invece, la valutazione del comportamento delle autorità italiane vengono sollevate dai ricorrenti due questioni: il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita e l'allontanamento del minore. Sulla prima la Corte ritiene di non doversi pronunciare in quanto non è stata osservata la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Particolarmente delicata è, invece, la seconda questione.

In primo luogo, la Corte ribadisce che l'art. 8 si applica nei casi in cui esistano legami familiari di diritto o di fatto. L'articolo in oggetto tutela, infatti, un diritto che deve essere garantito al di là dei legami di parentela e non si può negare che nel caso di specie i coniugi abbiano stabilito con il minore un legame particolarmente importante nei primi mesi di vita del bambino (par. 68: «*En l'espèce, les requérants se sont vu refuser la transcription de l'acte de naissance russe qui avait établi la filiation. Ce certificat n'ayant pas été reconnu en droit italien, il n'a pas fait naître un rapport juridique de parenté à proprement parler, même si les requérants ont eu, au moins initialement, l'autorité parentale sur l'enfant, comme le prouve la demande de suspension de l'autorité parentale introduit par le curateur. La Cour se doit dès lors de prendre en compte les liens familiaux de facto. À cet égard, elle relève que les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie (...). Même si le période en tante que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale de facto entre les requérants et l'enfant*»).

Ma il punto su cui la Corte si sofferma è l'allontanamento del minore.

Le autorità italiane hanno disposto l'allontanamento del minore ed il suo affidamento ai servizi sociali sulla base della considerazione che il comportamento dei ricorrenti fosse da ritenersi inadeguato al ruolo di genitori per avere violato la normativa italiana in tema di adozione internazionale e di riproduzione assistita e avere reso dichiarazioni false in merito all'identità del minore, con ciò ponendo in essere una condotta illegale.

L'atteggiamento delle autorità italiane non è, tuttavia, da considerarsi positivamente secondo i giudici di Strasburgo, in quanto non tiene in considerazione il legame familiare di fatto che si era instaurato tra i ricorrenti ed il neonato nel periodo in cui erano stati insieme. Sebbene, infatti, si fosse trattato di un periodo di tempo breve, è stato pur sempre un periodo molto importante, trattandosi dei primi mesi di vita del bambino. Tra l'altro la Corte sottolinea come il concetto di famiglia sia ormai un concetto che non è necessariamente legato a categorie rigide e prestabilite (par. 67: «*La notion de «famille» visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondée sur le mariage, mais peut englober d'autres liens «familiaux» de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital et une relation a suffisamment de constance*»). In ogni caso, la Corte ritiene che il ricorso all'allontanamento del minore deve essere un provvedimento del tutto eccezionale, cui ricorrere solo quando vi siano situazioni di pericolo e di rischio per il minore stesso e che sempre deve aversi riguardo in via prioritaria all'interesse del minore «*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*» (par. 80).

A questo proposito la Corte cita la sua precedente giurisprudenza, segnatamente il caso Wagner et J.M.W.L. in cui si sottolinea che «*l'éclatement d'une famille constitue une ingérence très grave; une telle mesure doit donc reposer sur des considérations inspirées par l'intérêt de l'enfant et ayant assez de poids et de solidité*» (par. 77).

La Corte sottolinea inoltre la circostanza che il minore sia rimasto fino all'aprile del 2013 privo di un'identità, il che vuol dire che per due anni è come se non fosse esistito.

Secondo i giudici, il fatto che un neonato venga alla luce da una madre surrogata non deve pregiudicare il diritto ad avere una identità o la cittadinanza, diritto che è tutelato dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989.

Secondo la Corte, quindi, le autorità italiane non sono state in grado di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Tuttavia, il fatto che vi sia stata la violazione dell'art. 8 non comporta l'obbligo per lo Stato di riaffidare il minore ai ricorrenti, proprio in considerazione dei legami affettivi che nel frattempo si sono instaurati tra il minore e la nuova famiglia.

Occorre sottolineare che, nelle more della pronuncia della Corte europea, la nostra Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 24001/2014](#), ha respinto il ricorso di due coniugi che avevano stipulato un contratto di maternità surrogata in Ucraina ed avevano poi, al rientro, in Italia registrato il bambino all'anagrafe come loro figlio. Anche in questo caso, risultava da successivi esami clinici che non vi fosse alcun legame genetico tra il bambino e la coppia di coniugi. La Suprema Corte ha sostenuto l'inammissibilità, stante la normativa italiana in tema di fecondazione assistita di cui alla legge n. 40/2004, di ricorso a pratiche di maternità surrogata, con la conseguente impossibilità di riconoscimento del rapporto di filiazione certificato da un ordinamento straniero.

E' evidente come tale posizione non tenga conto della più avanzata giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, ravvisabile anche nella sentenza del 26 giugno 2014 relativa al caso [Menesson c. Francia](#).

FRANCESCA PERRINI



### OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 1/2015

#### 3. L'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO TUTELA IL DIRITTO DI VISITA DEI NONNI

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella recente sentenza [Manuello e Nevi c. Italia](#), ha ribadito come l'art. 8 della CEDU abbia anzitutto lo scopo di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici nella sua vita privata e familiare, ma implica anche la nascita di obblighi positivi in capo allo Stato inerenti al rispetto effettivo della vita privata, che si traducono nella predisposizione di un arsenale giuridico adeguato a garantire i diritti legittimi degli interessati, al fine peraltro di adottare, nell'ambito dei rapporti familiari, le misure necessarie a tutelare il rapporto tra genitori e figli, anche in caso di conflitto nella coppia (vd. fra gli altri [Zavrel c. Repubblica Ceca](#), par. 47).

In questa sede, l'aspetto più importante risiede poi nell'equiparazione del rapporto genitori/figli con quello nonni/nipoti; in altre parole, secondo i giudici di Strasburgo, il diritto di visita dei nonni - come si vedrà solo di recente previsto dalla nostra legislazione - ha una copertura convenzionale nell'art. 8 e va dunque assicurato in maniera effettiva.

Il caso prende le mosse dal ricorso dei nonni paterni che, in seguito alla separazione del figlio dalla moglie, non avevano più avuto modo di incontrare la nipote, nonostante sino ad allora avessero avuto con la stessa un rapporto assai stretto, vivendo in abitazioni vicine e avendo trascorso insieme alla nipote lunghi periodi estivi.

In seguito alla separazione, avvenuta nel maggio 2002, il padre fu denunciato dalla scuola frequentata dalla figlia per presunti abusi sessuali; l'uomo venne assolto con formula piena nel 2006, ma nel frattempo la madre aveva chiesto la revoca della potestà genitoriale del padre, ed il Tribunale dei minori di Torino aveva incaricato i servizi sociali ed gli psicologi di seguire la minore, intanto affidata ai nonni materni. Già nel dicembre 2002, i ricorrenti chiedevano al Tribunale di essere autorizzati a vedere la nipote, e nel febbraio 2003 avevano inizio dei contatti regolari, attraverso un'assistente sociale, per il tramite della quale i nonni inviavano alla nipote lettere e doni.

Nonostante nel 2004 il Tribunale avesse incaricato gli psicologi di regolamentare la ripersa degli incontri della minore con i nonni, e nonostante la Procura della Repubblica avesse dato un parere favorevole perché il Tribunale accogliesse la domanda dei ricorrenti di incontrare la nipote, che continuavano a collaborare con i servizi sociali, il 1° giugno 2006 la psicologa chiedeva al Tribunale di sospendere la possibilità di tali incontri, sostenendo che la mancanza d'indipendenza della posizione dei nonni da quella del figlio

avrebbe potuto causare grandi sofferenze alla minore, sì che queste visite non erano più compatibili col suo benessere. Nel giugno 2007 gli incontri, peraltro mai avvenuti, venivano definitivamente sospesi. La Corte d'Appello di Torino respingeva, nell'aprile 2008, il reclamo dei ricorrenti, e poco più di un anno dopo la Corte di Cassazione dichiarava inammissibile la loro domanda.

I ricorrenti dunque si rivolgono ai giudici di Strasburgo, lamentando la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare in ragione della durata eccessiva del processo davanti il Tribunale per i minori, nonché per la condotta dei servizi sociali che non hanno messo in atto la decisione del Tribunale che autorizzava gli incontri.

I ricorrenti lamentavano inoltre la violazione dell'art. 6 CEDU, per la mancanza di equità della procedura, in particolare della decisione del Tribunale di sospendere gli incontri.

La Corte ha preso in esame unicamente le dedotte violazioni dell'art. 8, che, come detto, oltre a proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, impone anche l'obbligo per lo Stato di adottare misure positive, che nel caso di specie, vanno messe in atto rapidamente, poiché il trascorrere del tempo può avere, come è successo, conseguenze irrimediabili nelle relazioni fra la minore ed i familiari ([Lombardo c. Italia](#), par. 89; [Nicolò Santilli c. Italia](#), par. 71).

Il ragionamento della Corte dunque si è basato sulla valutazione dell'intervento delle autorità volto a facilitare le visite fra la minore ed i ricorrenti; constatato che la procedura riguardante il diritto di visita dei ricorrenti ebbe inizio nel 2002 - e non dunque nel 2004, come sostenuto dal Governo italiano - e che solo nel 2005, vale a dire 3 anni dopo, il Tribunale di Torino ha autorizzato gli incontri, la Corte sottolinea come dal 2005 al 2007 i servizi sociali non hanno dato esecuzione a detta decisione, basandosi esclusivamente sui rapporti degli psicologi secondo i quali la minore associava i nonni al padre ed alle sofferenze subite in seguito alle presunte molestie sessuali.

La Corte, dunque, constata come l'assoluzione del padre risalga al 2006, ben prima della sospensione degli incontri, e ritiene in ogni caso che le autorità competenti non hanno compiuto gli sforzi necessari per salvaguardare il legame familiare e non sono intervenuti con la diligenza richiesta.

La Corte conclude che le autorità italiane hanno violato il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare garantito all'art. 8 della CEDU, negando loro la possibilità di incontrare la nipote per 12 anni, nonostante abbiano più volte sollecitato un percorso di ravvicinamento con la bambina, e si fossero attenuti alle prescrizioni dei servizi sociali e degli psicologi.

La sentenza della Corte europea peraltro giunge all'indomani di una sentenza della Corte di Cassazione (sent. del 19 gennaio 2015 n. 752), ancora relativa al rapporto fra nonni e nipoti, che apparentemente si porrebbe in contrasto con la sentenza in commento, in quanto respinge il ricorso della nonna materna che chiedeva riconosciuto il suo diritto di visita alla nipote, osteggiato dal padre in seguito alla morte della madre.

Come è noto, l'art. 317 bis c.c. di recente è stato sostituito (art. 42 d. lgs. n. 154/2013), prevedendo ora che «*Gli ascendenti hanno diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni. L'ascendente al quale è impedito l'esercizio di tale diritto può ricorrere al giudice del luogo di residenza abituale del minore affinché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del minore. Si applica l'articolo 336, secondo comma*»; un diritto, quello in capo ai nonni, sino ad allora escluso anche per via interpretativa, riconoscendo sia la dottrina che la giurisprudenza solo il diritto del minore al rapporto con i nonni e non viceversa (sul punto

si rinvia a <http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-rapporto-fra-nonni-e-minore-e-la-sua-tutela-giurisdizionale-17-02-2015.php> ).

Il Tribunale dei minori, investito *prima facie* del ricorso giunto di recente dinanzi la Corte di Cassazione, aveva respinto il ricorso, sulla base delle audizioni della minore che dichiarava di non voler incontrare la nonna e la Corte di Appello confermava tale decisione.

Ricorrendo alla Corte di Cassazione, dunque, la nonna lamentava da un lato la mancanza di valutazione tecnica della capacità di discernimento della minore, dall'altro la violazione del suo diritto a mantenere significati rapporti con la nipote.

La Suprema Corte ha rigettato tutti i motivi di impugnazione, ritenendo la minore assolutamente capace di discernimento, mentre con riferimento al diritto di visita della nonna, senza prendere una espressa posizione sulle novità legislative, si limita ad osservare come la legittimazione ad agire della ricorrente non sia stata negata, allo stesso tempo però ribadisce come le norme relative al diritto dei minori a conservare rapporti significativi con gli ascendenti non attribuiscono a questi ultimi «*un autonomo diritto di visita, ma introducono un elemento ulteriore di indagine e di valutazione nella scelta e nell'articolazione dei provvedimenti da adottare nella prospettiva di una rafforzata tutela del diritto del minore ad una crescita sana ed equilibrata*».

In altre parole, senza negare la legittimazione ad agire della ricorrente, i giudici hanno valorizzato l'interesse preminente della minore, «*in riferimento alla situazione attuale, destinata ad evolversi nel tempo, con auspicabili diversi e positivi esiti*».

In conclusione, se una corretta valutazione del recepimento della normativa novellata nella giurisprudenza interna risulta prematura, allo stato attuale non sembra possa palesarsi un contrasto fra la sentenza della Suprema Corte e quella in commento, avendo entrambe le Corti assunto quale principio cardine l'interesse preminente del minore.

ANNA PITRONE