



LAVINIA VIZZONI

Dottoranda di ricerca – Università di Venezia

QUANDO IL BEST INTEREST DEL MINORE AZZERA LA VERITÀ BIOLOGICA. RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO PARADISO E CAMPANELLI CONTRO ITALIA

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. – 2. La decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. – 3. L’art. 8 Cedu: valvola di sfogo di un sistema multiforme. – 4. Maternità surrogata e “surrogazione eterologa” fra Corte edu e Corte di Cassazione. – 5. Fra best interest del minore e verità biologica nella giurisprudenza di Strasburgo e nelle pronunce nazionali. – 5.1. L’interesse del minore negli sviluppi normativi recenti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. – In data 27 gennaio 2015, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo¹ si è pronunciata sul ricorso presentato da una coppia di coniugi italiani – concernente un minore nato all’estero con gestazione surrogata e poi sottratto ai genitori dalle autorità italiane – rendendo una decisione che è fin da subito parsa destinata a far discutere, soprattutto in un ordinamento, come quello italiano, in cui tali pratiche continuano ad essere vietate²; anche se, come si vedrà, le molteplici questioni che vengono in gioco non riguardano solo la surrogazione della maternità.

Il caso di specie – che si presenta particolarmente complesso e articolato, anche dal punto di vista processuale, ma pure ricco, nel suo svolgimento concreto, di risvolti giuridicamente significativi – riguarda i coniugi Paradiso e Campanelli, i quali, dopo aver fatto inutilmente ricorso in Italia alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, come regolate dalla l. n. 40/2004, conclusero un contratto di maternità surrogata con una clinica specializzata di Mosca, al fine di diventare genitori.

La fecondazione in vitro e l’impianto nell’utero della madre surrogata prescelta ebbero buon esito. Il 27 febbraio 2011 la donna partorì un bambino e prestò il suo consenso scritto – confor-

¹ La versione francese del testo della pronuncia della Corte edu – di cui esiste peraltro anche una traduzione italiana non ufficiale operata dal Ministero della Giustizia – è reperibile tramite la ricerca nel sito web della Corte, a partire dall’indirizzo <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx>.

² In verità, qualche apertura, seppure in via soltanto giurisprudenziale, si registra anche nell’ordinamento italiano. Si fa riferimento alla recente sentenza 9 aprile 2014, n. 162 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, laddove stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. In proposito, cfr. i commenti di G. Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss. e di S. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte Costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. internaz.*, 2014, p. 1123 ss.

Peraltro, la stessa Corte edu si era già pronunciata contro il divieto di fecondazione eterologa in S. H. e altri c. Austria, n. 57813/00, 1 aprile 2010, reputandolo contrario agli artt. 8 e 14 della Convenzione. Tale pronuncia venne però poi ribaltata dalla sentenza della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 224 ss.



memente alla legge federale russa sullo stato civile e al relativo codice di famiglia – affinché il nato fosse registrato come figlio della coppia italiana.

Il 10 marzo 2011 i coniugi italiani vennero registrati come genitori del neonato, senza che nel certificato di nascita russo si facesse menzione della gestazione surrogata.

Dopo aver ottenuto dal Consolato italiano a Mosca i documenti necessari per portare con sé il bambino in Italia, e dopo la richiesta, avanzata dal marito, di registrazione del certificato di nascita del neonato presso il Comune di residenza, il Consolato italiano a Mosca segnalò al Tribunale per i minorenni territorialmente competente, al Ministero degli Affari esteri, alla Prefettura ed al Comune presso cui era stata richiesta la registrazione, che il fascicolo relativo alla nascita del bambino conteneva dati falsi.

Presero avvio, da questo momento, plurime vicende giudiziarie relative ai coniugi, che è opportuno ripercorrere per fornire un quadro completo della situazione.

In primo luogo, i coniugi furono indagati per i reati di “alterazione dello stato civile” *ex art.* 567 c.p., per falso ai sensi degli artt. 479 e 489 c.p., nonché per violazione dell’art. 72 della l. n. 183/1984, in materia di adozione.

Si aprì quindi un procedimento di adottabilità del minore, considerato in stato di abbandono, presso il competente Tribunale per i minorenni, all’interno del quale, su ordine del Tribunale, fu esperito un test del Dna il cui esito svelò che il coniuge non aveva legami biologici con il bambino.

L’ufficiale di stato civile rifiutò pertanto di registrare il relativo certificato di nascita, così accogliendo l’indicazione in tal senso già provenuta dal Ministero dell’Interno.

Avverso tale rifiuto i coniugi presentarono ricorso al Tribunale civile, poi dichiaratosi incompetente, cosicché il procedimento riprese dinanzi alla Corte d’Appello.

All’esito del procedimento dinanzi al Tribunale per i minorenni, questo rilevava, alla luce di una serie di elementi – fra cui il fatto che la ricorrente avesse dichiarato di non essere la madre genetica e che l’eseguito test del Dna avesse dimostrato che non vi era alcun legame genetico tra bambino e preteso padre – che i coniugi si trovavano in una situazione di totale illegalità: avevano portato un bambino in Italia facendo credere che si trattasse del loro figlio, così violando le disposizioni in materia di adozione internazionale. Inoltre, l’accordo di gestazione surrogata dagli stessi concluso con la società moscovita risultava contrario all’art. 4 della l. n. 40 del 2004, laddove si vieta la fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo³.

Peraltro, non avendo il minore alcuna una famiglia biologica né una madre surrogata – stante la rinuncia operata da parte della gestante – il Tribunale per i minorenni dispose l’allontanamento del bambino dai coniugi e ritenne, in applicazione dell’art. 37 *bis* della l. n. 184/1983, di affidarlo ai servizi sociali e di nominare un tutore per la sua difesa. Contro tale de-

³ L’articolo 4 della l. n. 40/2004, poi travolto da dichiarazione di incostituzionalità, censurava la violazione del divieto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo con una sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 € a 600.000 €



cisione, i ricorrenti presentarono un reclamo alla Corte d'Appello, che lo rigettò con provvedimento non ricorribile in Cassazione.

Nella successiva procedura di adozione, il Tribunale per i minorenni dichiarò che i coniugi non avevano la qualità per agire nel procedimento di adozione avviato, dal momento che non erano né genitori né familiari del bambino, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 184/1983.

Al contempo, proseguì il procedimento dinanzi alla stessa Corte d'Appello relativamente alla possibilità di trascrivere o meno il certificato di nascita del bambino. La Corte rigettò l'eccezione sollevata dal tutore secondo la quale i ricorrenti non avevano la qualità per agire in giudizio, in quanto essi, nell'atto di nascita che desideravano trascrivere, risultavano essere proprio i "genitori".

Tuttavia, era evidente che i ricorrenti non erano i genitori biologici. Il che rendeva ideologicamente falso l'atto di nascita, e contraria all'ordine pubblico la sua trascrizione.

In conclusione, la Corte ritenne legittimo rifiutare la trascrizione del certificato di nascita russo e ordinò, accogliendo la richiesta avanzata dal pubblico ministero, di rilasciare un nuovo atto di nascita recante l'indicazione che il bambino era figlio di genitori ignoti, nato a Mosca il 27 febbraio 2011, e con attribuzione di un nuovo nome.

2. – I coniugi Paradiso e Campanelli, alla luce delle sovraindicate decisioni del Tribunale dei minorenni e della Corte d'Appello, hanno proposto ricorso⁴ contro la Repubblica italiana dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu).

In particolare, i ricorrenti hanno sostenuto l'incompatibilità con l'art. 8⁵ della Convenzione del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile italiano e dell'allontanamento del minore stesso.

Preliminarmente, la Corte respinge l'eccezione⁶, sollevata dal Governo italiano, di difetto di legittimazione a rappresentare il minore in giudizio *ex art.* 34 Cedu, in capo ai ricorrenti, confermando la tendenza, già manifestata in casi analoghi, a rifuggire approcci restrittivi o puramente tecnici⁷.

⁴ Ricorso 25358/12.

⁵ Fra le decisioni della Corte edu, in cui si pone in evidenza la necessità che il processo decisionale che porta all'adozione di misure di ingerenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare sia equo e rispetti gli interessi tutelati dalla disposizione stessa, cfr. Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, 27 aprile 2010; Havelka e altri c. Repubblica Ceca, n. 23499/06, 21 giugno 2007, Wallová e Walla c. Repubblica ceca, n. 23848/04, 26 ottobre 2006.

⁶ Il Governo italiano sostiene che il minore sarebbe già rappresentato da un tutore nominato dai giudici nazionali, mentre la Corte, nel respingere l'eccezione, osserva come i giudici italiani abbiano ritenuto che i ricorrenti possano agire in giudizio, dato che risultano genitori del minore secondo il certificato di nascita russo e che, almeno inizialmente, gli stessi erano titolari della potestà genitoriale sul minore stesso.

⁷ Piuttosto, la Corte ritiene che, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione a rappresentare in giudizio



Il Governo italiano contesta inoltre la mancata possibilità, *ex art.* 35, par. 1 Cedu, di adire la Corte, stante il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne dovuto alla pendenza di procedimenti nazionali. A differenza di altre⁸, l'eccezione relativa alla pendenza del procedimento finalizzato ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore viene invece accolta: la Corte rileva che, in proposito – non avendo i ricorrenti presentato ricorso per Cassazione contro la decisione della Corte d'Appello che rigettava la loro istanza – non risulta soddisfatta la condizione consistente nell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

La doglianza in ordine all'impossibilità di conseguire la trascrizione del certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile viene quindi respinta dalla Corte, ai sensi dell'art. 35, parr. 1 e 4 Cedu.

Per quanto attiene alla lamentata incompatibilità delle misure di allontanamento e di messa sotto tutela del minore con l'art. 8 Cedu – che rappresenta il vero e proprio cuore della pronuncia – in proposito le vie di ricorso interne vengono ritenute esaurite, e dunque il relativo presupposto integrato⁹.

La Corte riconosce inoltre espressamente l'esistenza di una “*de facto family life between the couple and the child*”, con conseguente applicabilità della norma in questione e ammissibilità del ricorso in punto di merito.

A fronte delle contrapposte argomentazioni delle parti¹⁰, secondo la Corte, le misure che hanno portato nel procedimento giudiziario nazionale all'allontanamento del minore, hanno determinato un'ingerenza nei diritti sanciti dall'art. 8 Cedu¹¹. Un'ingerenza che la Corte ri-

il minore, si debba operare una valutazione più ampia, che tenga conto, fra l'altro, dei legami che intercorrono fra il minore interessato e i suoi “rappresentanti”, dell'eventuale sussistenza di un conflitto di interessi fra gli stessi, nonché dell'oggetto e dello scopo del ricorso presentato. Sul punto, cfr. Moretti e Benedetti c. Italia, cit., par. 32.

⁸ L'eccezione relativa alla pendenza del processo penale viene rigettata dalla Corte, in considerazione del fatto che i motivi di ricorso dedotti dai ricorrenti non hanno a che fare con il procedimento penale in quanto tale.

⁹ Ciò in quanto la decisione adottata al riguardo dal Tribunale per i minorenni è stata impugnata dinanzi alla Corte d'Appello, che ha respinto il ricorso e ha confermato le misure disposte con decisione non definitiva e dunque non ricorribile in Cassazione.

¹⁰ Al riguardo, i ricorrenti osservano che il certificato in questione è autentico e conforme al diritto russo, secondo il quale non è necessario avere un legame genetico per stabilire un legame di filiazione. Peraltro, in Russia la donazione di gameti e embrioni è consentita, così come la maternità surrogata. Addirittura i potenziali genitori possono acquistare gameti presso apposite banche; dal momento dell'acquisto, i gameti diventano i “loro” gameti, il che permetterà loro di essere considerati giuridicamente genitori. Il Governo italiano sostiene invece che, non sussistendo, nel caso di specie, alcun legame biologico tra i ricorrenti e il minore, il certificato di nascita è falso. Pertanto, anche ove vi fosse stata ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti, questa sarebbe risultata conforme alle condizioni stabilite dall'art. 8 della Cedu in quanto munita di una base legale, rispondente allo scopo di proteggere il minore e necessaria in una società democratica. Infine, il Governo osserva come manchi un consenso a livello europeo in materia di gestazione surrogata.

¹¹ Tale ingerenza è contraria all'articolo 8 Cedu a meno che non soddisfi le condizioni cumulative di essere prevista dalla legge, di perseguire uno scopo legittimo, e di essere necessaria in una società democratica. La nozione di necessità implica una ingerenza fondata su un bisogno sociale imperioso e, in particolare, proporzionato allo scopo legittimo perseguito. È quanto affermato chiaramente, fra le altre, in *Gnahoré c. Francia*, n. 40031/98, 19 settembre 2000 par. 50, *Pontes c. Portogallo*, n. 19554/09, 10 aprile 2012, par. 74.



tiene comunque “prevista dalla legge”, in particolare dal diritto italiano applicato nel caso di specie¹², nonché finalizzata ad uno scopo legittimo, individuato nella difesa dell’ordine pubblico – essendo rivolta a rimuovere una situazione, determinata dalla condotta dei ricorrenti, contraria ad una serie di disposizioni legislative – nonché nella tutela dei diritti del minore.

Per valutare la “necessità” delle misure in questione “in una società democratica”, la Corte si trova a dover stabilire se sia stato garantito un giusto equilibrio tra l’interesse pubblico e gli interessi privati in gioco, riconducibili al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Nel caso in esame, la Corte ritiene che, avendo applicato in maniera rigorosa il diritto nazionale nel determinare la filiazione (ritenuta pertanto insussistente, stante l’assenza di legami biologici), i giudici nazionali non abbiano preso una decisione irragionevole.

Resta comunque da verificare se, in una tale situazione, le misure adottate nei confronti del minore – in particolare il suo allontanamento e la sua messa sotto tutela – possano essere considerate rispondenti al requisito della proporzionalità, ossia se le autorità italiane abbiano tenuto sufficientemente conto dell’interesse del minore.

Nell’effettuare tale valutazione, la Corte deve avere riguardo al principio fondamentale, già affermato da giurisprudenza consolidata¹³, secondo il quale ogni volta che è in causa la situazione di un minore, deve prevalere l’interesse superiore (*best interest*) di questi.

In proposito, la Corte ricorda infatti che l’art. 8 della Convenzione non solo tutela l’individuo contro ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, ma pone anche a carico dello Stato obblighi positivi finalizzati a garantire il rispetto effettivo della vita familiare. In presenza di un legame familiare, lo Stato è pertanto tenuto ad adoperarsi in modo che tale legame possa svilupparsi¹⁴.

Affinché una misura invasiva quale l’allontanamento e l’affidamento ai servizi sociali del minore possa essere adottata, essa deve rispondere allo scopo di proteggere il minore stesso contro un pericolo immediato¹⁵.

Costituisce interesse primario del minore che i legami con la sua famiglia siano mantenuti, salvo nei casi in cui quest’ultima si sia dimostrata particolarmente indegna. Nel caso di

¹² Secondo la Corte, l’applicazione del diritto italiano da parte dei giudici nazionali, che ha portato alla considerazione per cui il minore era da dichiararsi in stato di abbandono, con conseguente applicazione delle relative misure non può essere considerata arbitraria. La Corte osserva anche che tali misure, disposte nei confronti del minore dal Tribunale per i minorenni e confermate dalla Corte d’Appello si basano comunque sulle disposizioni del diritto interno.

¹³ Cfr., *ex multis*, Wagner e J.M.W.L., n. 76240/01, 28 giugno 2007, parr. 133-134; Mennesson c. Francia, n. 65192/11, 26 giugno 2014 par. 81, Labassee c. Francia, n. 65941/11, par. 60, 26 giugno 2014.

¹⁴ Sul punto v. Eriksson c. Svezia, n. 11373/1985, 22 giugno 1989, par. 71, Olsson c. Svezia, n. 250/1987, 27 novembre 1992, par. 90, Ignacolo-Zenide c. Romania, n. 31679/96, par. 94, e, più di recente, Neulinger e Shuruk c. Svizzera, n. 41615/07, 6 luglio 2010, par. 140.

¹⁵ Cfr. Scozzari e Giunta c. Italia nn. 39221/98 e 41963/98, 13 luglio 2000, par. 148, Y.C. c. Regno Unito, n. 4547/10, 13 marzo 2012, parr. 133-138, Pontes c. Portogallo, n. 19554/09, 10 aprile 2012, parr. 74-80.



specie, il minore non era tuttavia stato vittima di situazioni di violenza, pericolo o maltrattamento¹⁶.

Peraltro, nel caso in esame il minore aveva ricevuto una nuova identità soltanto due anni dopo l'allontanamento dai ricorrenti. La Corte ricorda che in nessun caso un minore può essere svantaggiato per il fatto di essere nato con tecniche di gestazione surrogata, a partire da diritti fondamentali quali la cittadinanza o l'identità personale¹⁷.

Tenuto conto di tutto ciò, la Corte ritiene che le autorità italiane non abbiano garantito il giusto equilibrio che deve sussistere tra gli interessi in gioco, ed individua, nelle misure adottate riguardo al minore, una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Tuttavia, in considerazione del fatto che il minore ha certamente sviluppato dei legami affettivi con la famiglia di accoglienza presso la quale è stato collocato, la violazione riscontrata non può comunque obbligare lo Stato a riconsegnare il minore agli interessati. L'unica misura disposta è quindi quella risarcitoria.

3. – Prima di passare ad esaminare i contenuti e soprattutto i molteplici risvolti applicativi dell'art. 8 Cedu, che è risultato risolutivo anche nel caso di specie, è opportuno premettere talune considerazioni volte a delineare il quadro istituzionale di riferimento.

Come è noto, la Cedu – solo fino a pochi anni fa considerata alla stregua di una legge ordinaria, perché tale è la legge nazionale di ratifica – occupa oggi un ruolo di rilievo nel sistema delle fonti¹⁸; ruolo che ha peraltro trovato ulteriore rafforzamento per effetto dall'adesione alla Convenzione stessa da parte dell'Unione Europea, sancita, dopo il Trattato di Lisbona, dall'art. 6, comma 2 del Trattato sull'Unione Europea.

In tal modo, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Ue, la Cedu diventa

¹⁶ Come invece ritenuto in altri casi, fra cui *Dewinne c. Belgio*, n. 56024/00, 10 marzo 2005; *Zakharova c. Francia*, n. 57306/00, 13 dicembre 2005.

¹⁷ In proposito la Corte stessa richiama anche l'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989.

¹⁸ È appena il caso di richiamare le ormai storiche sentenze gemelle Corte Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. it.*, 2008, p. 565 ss, con commenti di B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, e di R. CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?* e in *Corr. giur.* 2008, p. 185 ss., con nota di R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*. Sulle due pronunce cfr. anche le riflessioni di D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni cost.*, 2008, p. 133 ss. In tali sentenze la Corte Costituzionale ha chiarito che il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa interna ritenuta in contrasto con una norma Cedu, poiché "l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi". Le norme Cedu, chiarisce ulteriormente la Corte, pur integrando il parametro costituzionale dell'art. 117 Cost. (c.d. norme interposte), rimangono comunque, nella gerarchia delle fonti, ad un livello sub-costituzionale. Da qui la necessità di sottoposizione delle stesse al vaglio di legittimità costituzionale.

JUS CIVILE



fondamentale punto di riferimento normativo per la tutela dei diritti dell'uomo¹⁹.

Dal punto di vista contenutistico, le enunciazioni contenute nella Convenzione presentano confini piuttosto ampi; come è stato osservato essa integra, in sostanza, “un catalogo molto generico” di diritti²⁰.

Non a caso, diventa essenziale, per delineare i contenuti effettivi di enunciati spesso sfumati, il ruolo della Corte di Strasburgo, anche nell'ottica di un proficuo dialogo multilivello con la CgUe.

D'altronde, nessun dubbio sussiste in ordine alla vincolatività delle sentenze di condanna della Corte edu: l'art. 46 della Cedu impone agli Stati aderenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui siano parte.

Si tratta, comunque, di un obbligo che vincola gli Stati solo in merito al fine da raggiungere, lasciando loro la discrezionalità nella scelta dei mezzi tramite cui perseguire tale scopo²¹.

Tanto premesso, la tutela apportata dall'art. 8 Cedu riguarda due diverse situazioni: la vita privata e la vita familiare. Il modello per la stesura di tale articolo è stato fornito, come si ricava dai lavori preparatori, dall'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, il cui contenuto è stato poi trasfuso in due articoli della Cedu, l'8 e il 10 (Libertà di espressione).

Si tratta, evidentemente, di una formulazione programmatica, che ha reso inevitabile un approccio di tipo casistico, in genere privilegiato dalla Corte, così da realizzare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, ed anche evolutivo, che consenta l'opportuno adattamento ai mutamenti sociali e alle esigenze collettive²².

Da un punto di vista in un certo senso “procedurale”, si osserva che – se è vero che l'art. 8 è finalizzato, *in primis*, a tutelare l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, e, in tal senso, agli Stati contraenti è fatto divieto di ingerenza, salvo specifiche deroghe, rispettose dei parametri di cui al capoverso – all'impegno di carattere negativo degli Stati si aggiungono

¹⁹ Al riguardo, cfr. l'approfondita analisi di G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1049 ss.

²⁰ Così V. ZAGREBELSKY, *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 353 ss.

²¹ La portata ed il significato effettivo di tale obbligo di risultato viene chiarito dalla Corte edu stessa in *De Trana c. Italia*, n. 64215/01, 16 ottobre 2007, laddove afferma che “La constatazione di violazione comporta l'obbligo giuridico per lo Stato convenuto non solo di versare le somme accordate in sede di equa soddisfazione, ma anche di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri le misure generali e/o individuali da adottare nell'ordine giuridico interno per porre fine alla violazione constatata dalla Corte ed eliminarne il più possibile le conseguenze in modo da ripristinare la situazione anteriore alla violazione”, fermo restando però il principio della discrezionalità nella scelta dei mezzi per porre fine alla violazione. Tale ultimo principio era stato già sancito in *Carbonara e Ventura c. Italia*, n. 24638/94, 11 dicembre 2003, in cui si legge “Gli Stati contraenti parti del caso sono in linea di principio liberi di scegliere i mezzi da utilizzare per conformarsi ad una sentenza che constati una violazione. Tale potere discrezionale in ordine alle modalità di esecuzione di una sentenza implica la libertà di scelta in relazione all'obbligazione principale imposta dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantite (art. 1). Se la natura della violazione permette la *restitutio in integrum*, incombe allo Stato convenuto realizzarla, non avendo la Corte la competenza né la possibilità pratica di provvedervi essa stessa”.

²² Cfr. S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 307 ss.



anche obblighi positivi finalizzati all'adozione di misure atte a garantire il rispetto effettivo della vita privata e familiare.

Nell'adempiere agli obblighi, positivo e negativo, lo Stato deve ricercare un giusto equilibrio tra i concorrenti interessi generali e dei singoli, nell'ambito del margine di apprezzamento che gli è conferito. Inoltre, la procedura decisionale prevista deve essere "equa" e tale da garantire il dovuto rispetto degli interessi tutelati dall'art. 8. Deve in particolare sussistere e deve esistere "un principio di proporzionalità tra la misura [contestata] e lo scopo perseguito"²³.

Dal punto di vista contenutistico, la nozione di "rispetto della vita privata e familiare" è indubbiamente vaga, così come quella di "ingerenza", ex art. 8, 2° comma il contributo della Corte di Strasburgo è stato essenziale nel tentativo di tratteggiare meglio tali concetti, così da individuare i risvolti applicativi concreti.

In effetti, le applicazioni dell'art. 8 Cedu in ambito familiare²⁴ sono state molteplici; così, la tutela della vita familiare è stata utilizzata quale presupposto per consentire i ricongiungimenti²⁵, o come limite all'espulsione²⁶.

Molte pronunce, sempre sul presupposto dell'art. 8 Cedu, hanno meglio definito la nozione di vita familiare ivi tutelata, dimostrando come non vi rientri solo la situazione che conduca all'instaurazione di una famiglia qualificabile come "legittima"²⁷. Ancora, la Corte ha da tempo

²³ Così si pronuncia la Corte di Strasburgo in *Jeunesse c. Paesi Bassi*, n. 12738/10, 3 novembre 2014. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8, laddove i Paesi Bassi avevano denegato la concessione del permesso di soggiorno per motivi familiari nonostante l'esistenza di circostanze eccezionali. In particolare, la Corte edu ha negato che fosse stato raggiunto il giusto equilibrio tra gli interessi personali delle ricorrente – una cittadina surinamese, entrata nei Paesi Bassi con un visto turistico poi scaduto, e coniugata con un cittadino olandese, con cui aveva avuto tre figli, che si era vista rifiutare il rilascio del permesso di soggiorno – di mantenere la vita familiare nei Paesi Bassi, e l'interesse di ordine pubblico del Governo di controllare i flussi dell'immigrazione.

²⁴ Per un'efficace ricognizione delle applicazioni dell'art. 8 Cedu in ambito familiare, v. G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Fam., pers., succ.*, 2012, p. 281 ss. Per una ricognizione in termini critici del ruolo dell'art. 8 Cedu nel più generale quadro della destrutturazione del modello di famiglia, cfr. l'analisi di F.D. BUSNELLI, M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss. Gli A. osservano come la giurisprudenza di Strasburgo abbia ormai contrapposto al modello tradizionale di famiglia quello che viene definito un modello "liberale", se non addirittura un "non modello" che affonda le radici in un'ampia e criticabile interpretazione lata dell'art. 8 Cedu. In tale ottica, la "vita familiare" non diventa altro che una modalità di declinazione della "vita privata", in un contesto in cui viene oltremodo valorizzata l'espressione individualistica del singolo, e non più l'appartenenza ad una comunità familiare.

²⁵ Cfr. *Sen c. Paesi Bassi*, n. 31465/96, 21 dicembre 2001.

²⁶ In proposito, v. Cfr. *Saadi c. Italia*, n. 37201/2006, 28 febbraio 2008, che fa applicazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione, che sancisce il divieto di tortura, e *Soltana c. Italia*, n. 37336/06, 24 marzo 2009.

²⁷ La prima sentenza che giunge a queste conclusioni è *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74, 13 giugno 1979. La questione riguardava essenzialmente la qualificazione del rapporto tra una donna e sua figlia, in mancanza di una figura maschile e di un legame giuridico con questa. In tale occasione, la Corte edu fece notare che l'art. 8 non fa alcuna distinzione tra famiglia legittima o illegittima, cosa che risulterebbe peraltro in contrasto con l'art. 14 Cedu e con il divieto da esso imposto di prevedere qualsiasi discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione. Pertanto, anche una donna e sua figlia rientrano a pieno nella nozione di famiglia, al pari delle situazioni qualificabili come "legittime".



chiaramente statuito che il diritto al rispetto della vita familiare comprende sia le unioni legittime che quelle non sorrette da un vincolo giuridico-formale²⁸.

Inoltre, varie sentenze della Corte edu si sono focalizzate sugli effetti della filiazione, operando accurate valutazioni circa la possibilità di creare o mantenere legami di tipo familiare, a fronte della quale anche la convivenza dei soggetti può perdere rilevanza²⁹.

Nell'ottica prescelta dalla Corte edu, assume dunque rilievo primario la situazione di fatto determinatasi: la relativa valutazione deve prescindere quanto possibile dalla qualificazione giuridico-formale del rapporto e incentrarsi sulla possibilità di creare e mantenere legami familiari, peraltro non necessariamente accompagnati dalla coabitazione.

Soprattutto, per quanto qui interessa, l'art. 8 Cedu è andato incontro a plurime declinazioni a tutela dei minori, confermando che il riconoscimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare comprende la tutela del diritto del figlio all'identità, nonché al riconoscimento dei legami familiari effettivi e dello *status* familiare.

Inoltre, come è stato significativamente osservato, le decisioni della Corte edu hanno talvolta svelato la debolezza degli scenari nazionali sottostanti, dimostratisi non sempre sufficientemente garantisti laddove vengano in gioco interessi di soggetti vulnerabili quali i minori stessi.

In tale ottica, si auspica che la giurisprudenza della Corte edu sull'art.8 diventi punto di riferimento imprescindibile per gli Stati aderenti, sì da evitare almeno che la garanzia minima del diritto alla vita privata e familiare sia vanificata a livello nazionale³⁰.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo verrebbe così a rivestire un fondamentale ruolo "unificante" nel percorso di costruzione di un nucleo di tutela comune e minimo, al di sotto del quale nessuna legislazione nazionale può scendere, ben potendo invece sussistere legislazioni più garantiste, in conformità con l'art. 53 Cedu³¹.

In generale, la giurisprudenza sovraindicata sull'art. 8 attesta come tale norma, a causa del suo carattere generico, si presti a fungere da vera e propria "valvola di sfogo" del sistema, dimostrandosi disposizione che ben si adatta ad una casistica ampia e multiforme, la quale spazia dai ricongiungimenti familiari alla tutela dei legami *de facto*, fino al riconoscimento della particolare protezione di cui è meritevole il minore.

Ciò ha consentito alla Corte di statuire principi essenziali al riguardo, destinati ad incidere in maniera irreversibile sugli ordinamenti nazionali, specialmente laddove, sul piano interno, si tratti di profili ancora non regolati ovvero rispetto ai quali sussistano vuoti di tutela.

²⁸ Costituendo entrambe una famiglia ai sensi dell'art. 8, "sono pertanto protette da esso, anche se la relazione esiste al di fuori del matrimonio" sentenza del 18 dicembre 1986, Johnston c. Irlanda, A 112.

²⁹ Così Boughanemi c. Francia, 22070/93, 24 aprile 1996.

³⁰ Cfr. G. FERRANDO, *Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 1049-1050.

³¹ Come efficacemente evidenziato da R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel pianeta famiglia*, in www.minoriefamiglia.it.



4. – Spesso i giudici di Strasburgo si sono trovati a valutare, sempre attraverso la lente dell'art. 8 Cedu, situazioni delicate riconducibili alla gestazione surrogata³².

In effetti, non è infrequente il fenomeno del turismo procreativo: sempre più coppie, impossibilitate dalla propria legislazione nazionale, si recano all'estero per fare ricorso a tecniche di maternità surrogata. La conseguente necessità è, *in primis*, quella di definire lo *status* giuridico del nato³³.

Inoltre, laddove siffatte pratiche siano vietate nel paese di origine, può accadere che in tale ordinamento la situazione determinatasi per effetto della surroga di maternità praticata all'estero sia ritenuta illegittima, con correlativa adozione, da parte delle autorità nazionali, di misure accusate di essere lesive, ancora una volta, dell'art. 8 della Convenzione.

In particolare, in molti casi la Corte ha dovuto decidere se il mancato riconoscimento nei registri dello stato civile nazionale della filiazione conseguita mediante pratiche di gestazione surrogata – condotte in maniera conforme alla legislazione di un altro Stato – sia lesiva dell'identità dei minori, ai sensi della norma in questione.

Emblematico, in tal senso il recente caso *Mennesson e Labassee c. Francia*³⁴ in cui la Corte di Strasburgo ha sancito il diritto dei figli nati da maternità surrogata ad ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione da parte delle autorità nazionali (nel caso di specie francesi) ritenendo, in particolare, che il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati mediante procedure di maternità surrogata praticate all'estero ecceda il margine di apprezzamento statale.

In materia di filiazione entra infatti in gioco un aspetto essenziale dell'identità dell'individuo, tale che il margine di apprezzamento normalmente spettante agli Stati rispetto alle valutazioni di ordine pubblico va incontro ad una compressione.

Su un piano più generale, si osserva che la posizione, ampia, della Corte edu tende quindi a considerare famiglie a tutti gli effetti – e pertanto destinatarie della tutela della vita familiare disposta dall'art. 8 della Convenzione – quelle che hanno concepito un bambino ricorrendo alla surrogazione di maternità in quanto funzionali a garantire il libero sviluppo della personalità dell'individuo³⁵. La coppia committente che ha conseguito la filiazione grazie al ricorso alle tecniche di gestazione surrogata viene riconosciuta a pieno come genitoriale.

Peraltro, casi analoghi si sono posti anche all'attenzione dei giudici italiani: in proposito, le

³² Sul punto, cfr. l'analisi di M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 615 ss.

³³ In proposito, v. M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2012, Vol. II, *La filiazione*, p. 3 ss., e soprattutto p. 28 ss. sullo *status* da attribuire al nato tramite tecniche di procreazione assistita.

³⁴ Con tale sentenza, sui cui v. infra, nota n., La Corte edu si pronuncia in realtà su due casi analoghi: *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (n. 65941/11).

³⁵ Cfr. A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 306 ss.

JUS CIVILE



Corti di merito³⁶ hanno negato che costituisca reato ricorrere alla maternità surrogata all'estero e chiedere la trascrizione in Italia del relativo atto di nascita, così accogliendo un'impostazione del tutto in linea con quella della Corte edu.

Ora, il caso Paradiso e Campanelli contro Italia, pur risultando per certi aspetti analogo a casi contigui, presenta profili di singolarità: in primo luogo, perché, come già accennato, la Corte edu non ha giudicato la legittimità del divieto italiano di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato in Russia, nonostante i coniugi avessero censurato, nel loro ricorso, il relativo profilo.

Ma soprattutto, ciò che rende il caso di specie "anomalo" è l'assenza di qualunque legame genetico fra i ricorrenti e il minore nato all'estero.

Nello svolgimento del processo interno la Sig. Paradiso aveva infatti dichiarato di aver portato presso di sé nella clinica russa un campione di seme del coniuge, destinato all'utilizzo nella clinica russa e poi all'impianto nella gestante³⁷, ma il test del Dna eseguito sul minore e sul preteso padre ha svelato l'inesistenza di un legame biologico fra i due: situazione che i ricorrenti lamentano essere dovuta ad un errore verificatosi nella clinica, del quale gli stessi non erano a conoscenza.

Tuttavia, come rilevato dal giudice nazionale, la buona fede dei ricorrenti non vale a sanare la mancanza del legame biologico con almeno uno dei genitori, necessario ai fini della configurabilità di una fattispecie di maternità surrogata.

Pertanto, il caso in esame non si presenterebbe come un'ipotesi di surroga della maternità, ma piuttosto darebbe vita ad una situazione assimilabile ad un'adozione.

Come è stato evidenziato³⁸, nelle pratiche di gestazione surrogata rientrano, invero, tre ipotesi: quella in cui vengano donati ovuli a favore di una gestante che porta a termine la gravidanza al fine di avere un figlio proprio; la maternità surrogata vera e propria, in cui viene fecondata l'ovocita di una donna che porta a termine la gravidanza e consegna il nato alla coppia committente; la locazione di utero, in cui l'embrione viene creato in vitro con materiale genetico dei

³⁶ Si fa riferimento a due casi postisi, in sede penale, dinanzi a Trib. Trieste, 6 giugno 2013, in *www.dirittoe giustizia.it*, con nota di S. Mameli, *Non è reato ricorrere alla maternità surrogata in Ucraina e chiedere la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita*, e dinanzi a Trib. Milano, 15 ottobre 2013, in *Riv. dir. int priv. proc.*, 2014, p. 157 ss., per il reato di alterazione di stato civile che si sarebbe determinato dalla trascrizione in Italia di certificati di nascita ideologicamente falsi, in quanto relativi a minori italiani nati in Ucraina da madre surrogata di cittadinanza ucraina, ma recanti indicazione della madre italiana già all'atto della certificazione. Sul punto, cfr. S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81 ss.

³⁷ Le dichiarazioni in tal senso rese dalla ricorrente nei procedimenti nazionali indussero, in un primo momento, a ritenere, come si legge nei commenti pubblicati subito dopo la sentenza, che si trattasse di un'ipotesi di maternità surrogata vera e propria, caratterizzata dal legame biologico con il solo padre: ipotesi in realtà smentita dall'esame del Dna, come si legge chiaramente nella sentenza della Corte edu.

³⁸ V. G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 55 ss. e T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 329 ss.



coniugi e successivamente impiantato nell'utero della gestante, che al termine della gravidanza consegna il neonato alla coppia.

Un caso analogo a quello in esame, anch'esso non rientrante nelle fattispecie di gestazione surrogata poiché mancante del suddetto legame biologico, è stato oggetto di una pronuncia della Cassazione³⁹: una coppia composta da una donna che aveva precedentemente subito un'isterectomia e un uomo affetto da oligospermia aveva fatto ricorso a surrogazione di maternità, pratica legale in Ucraina.

A seguito di CtU era stato tuttavia accertato che nessuno dei due coniugi era effettivamente genitore del minore, ed era stata quindi violata anche la legge ucraina, che prevede che almeno il 50% del patrimonio genetico debba provenire dalla coppia committente. Era stato conseguentemente disposto l'allontanamento del minore dai coniugi ricorrenti, sul presupposto anche del comportamento illegale degli stessi.

In proposito, la Cassazione adotta una posizione radicale ritenendo che i committenti non possano essere considerati genitori del minore e facendo discendere dall'operatività del limite generale dell'ordine pubblico il divieto della surrogazione della maternità, reputato peraltro non travolto dalla sentenza della Consulta che ha dichiarato incostituzionale tale proibizione. La pronuncia evidenzia inoltre la contrarietà di tali pratiche rispetto all'adozione, ritenuto unico istituto a cui "l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato".

La Corte di legittimità riscontra infine che le aperture sul punto manifestate da dottrina⁴⁰ e dai giudici di Strasburgo non hanno riguardato quella situazione che essa definisce "surrogazione eterologa", priva di legami genetici col minore, bensì solo ipotesi in cui l'uomo sia il padre biologico del nato.

5. – I due diversi orientamenti che caratterizzano da un lato la giurisprudenza della Corte edu – a cui si allineano, peraltro, le posizioni assunte da talune pronunce di merito italiane – e dall'altro la sentenza della Cassazione da ultimo considerata, hanno dunque ad oggetto fattispecie profondamente diverse, la seconda delle quali caratterizzata dall'assenza di vincolo genetico fra i ricorrenti e il minore e perciò collocata al di fuori, dal punto di vista definitorio ed applicativo, del con-

³⁹ Si tratta di Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, p. 3408 ss. con nota di G. Casaburi, e in www.dirittoegiustizia.it, con nota di A. DI LALLO, *Madre è colei che partorisce. Dichiarato lo stato di adottabilità del minore nato dall'accordo di maternità surrogata*. In tale pronuncia la Cassazione afferma il contrasto con l'ordine pubblico italiano della surrogazione di maternità – già vietata dalla legge in materia di procreazione medicalmente assistita – evidenziando come una scelta al riguardo spetti solo al legislatore, senza possibilità di interferenza alcuna da parte della giurisdizione.

⁴⁰ In proposito, cfr. le riflessioni generali di P. ZATTI, *I nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, p. 3 ss.



testo stesso della “maternità surrogata” in senso proprio. Il che, a ben guardare, rende la sentenza della Corte europea sul caso Paradiso e Campanelli contro Italia ancora più peculiare.

In effetti, dal primo punto di vista ben si comprende la condivisibile tendenza – per quanto sia difficoltosa da far penetrare in quegli ordinamenti, fra cui quello italiano, che si dimostrano particolarmente “resistenti” alle riforme in materia di diritto di famiglia – a far rientrare nella nozione di “famiglia” e quindi nell’ambito di applicazione delle tutele conseguenti quei rapporti di filiazione che, sebbene derivanti da gestazioni surrogate eterologhe, sono caratterizzate almeno da legami biologici fra un genitore ed il nato.

Al contrario, ricondurre nello stesso ambito anche ipotesi connotate dall’assenza di tali legami risulta decisamente più arduo.

Già per quanto attiene al primo ordine di casi la Corte edu ha adottato soluzioni audaci – sostanzialmente comportanti ordini di trascrizione degli atti di nascita, formati all’estero, di minori nati con gestazione surrogata – che, come è stato osservato⁴¹, limitando il margine di apprezzamento residuo spettante al singolo Stato aderente, hanno grandemente compresso l’ambito di applicazione di un principio tradizionale, quello dell’ordine pubblico.

Quest’ultimo, come è noto, costituisce un presidio classico del diritto internazionale⁴², volto a preservare l’armonia interna di un ordinamento nazionale, impedendo che in esso siano operative norme o sentenze straniere idonee a produrre effetti incompatibili con quei principi socio-economici ed etici che esprimono il fondamentale modo d’essere dell’ordinamento stesso.

Sono diverse le occasioni in cui la Corte di Strasburgo ha neutralizzato, con le proprie pronunce, gli effetti dell’eccezione di ordine pubblico, tendendo a considerare la tutela dei diritti umani come nettamente prevalente rispetto al sistema di diritto internazionale privato⁴³.

Ancora una volta, la valvola di sfogo a cui la Corte edu fa ricorso è, nella maggior parte dei casi, l’art. 8 Cedu, la cui violazione perpetrata dalle soluzioni adottate a livello nazionale consente di oltrepassare l’eccezione di ordine pubblico internazionale.

Nel secondo ordine di ipotesi, quello in cui manchi il vincolo biologico fra i ricorrenti ed il minore, il quadro è ulteriormente complicato dalla contiguità con un diverso istituto, quello dell’adozione.

Non a caso, la violazione della relativa disciplina, con particolare riguardo alla materia dell’adozione internazionale, è stata contestata dal giudice italiano nello specifico caso in esame; caso rispetto al quale la sentenza dei giudici di Strasburgo risulta di particolare interesse laddove antepone decisamente la tutela del *best interest* del minore, invero già utilizzato in moltissimi casi, alla verità biologica della vicenda.

⁴¹ Sul punto, v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1132 ss.

⁴² Cfr. P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, *passim*.

⁴³ V. ancora l’analisi di C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, pp. 1134-35.



In effetti, nell'operare un bilanciamento fra i vari interessi considerati, la Corte edu attribuisce valore preminente all'interesse del minore, che finisce per sopravanzare nettamente su un altro degli interessi in gioco, quello alla corrispondenza della situazione giuridica con la realtà, in particolare *sub specie* di realtà biologica, dei fatti.

L'espressione "*best interest of the child*"⁴⁴ trova, in ambito internazionale, la sua prima formulazione nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959⁴⁵. L'espressione fu ripresa nel 1979, in occasione dell'inizio dei lavori per la stesura del testo della Convenzione sui diritti del bambino⁴⁶.

In tale contesto, una prima proposta, proveniente dalla Polonia e contenente l'indicazione, già presente nella Dichiarazione di New York, della "*paramount consideration*"⁴⁷ riferita, quale misura, al *best interest of the child*, fu oggetto di critiche da parte di altri Stati e già nel 1980 fu sostituita dalla più attenuata espressione "*primary consideration*", che faceva chiaramente intendere la necessità di procedere sì ad una valutazione prioritaria del miglior interesse del bambino, ma nel corretto bilanciamento con altri interessi rilevanti.

Certo, tradurre sul piano giuridico il significato di un'espressione dai confini tanto indefiniti non è affatto semplice. Le questioni che si pongono sono molteplici: in primo luogo, ci si domanda quali interessi, fra la pluralità di quelli, talvolta anche confliggenti, che riguardano il minore, occorra prendere in considerazione.

Poi, come osservato⁴⁸, stabilire quali misure rispondano al miglior interesse del bambino implica la conoscenza di cosa sia il "bene" del minore, ossia la consapevolezza della direzione migliore verso cui indirizzare la vita dello stesso.

La formulazione generica e la suscettibilità di essere applicata in maniera flessibile ad una pluralità di situazioni hanno reso il ricorso al preminente interesse del minore – nelle legislazioni e nelle pronunce, nazionali e sovranazionali – sempre più frequente.

Così, come è stato evidenziato⁴⁹, il *best interest* del minore diviene clausola generale, il riferimento alla quale consente la miglior definizione di precetti normativi in relazione alle circostanze del caso concreto, sì da poter tener conto dell'evoluzione socio-culturale esistente in un dato momento storico, nonché delle particolari inclinazioni del singolo minore, e da garantire conseguentemente la realizzazione del suo concreto ed effettivo interesse, alla

⁴⁴ Cfr. C. FOCARELLI, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 981 ss.

⁴⁵ Il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>.

⁴⁶ Attuata in Italia con la l. n. 1761/1991.

⁴⁷ Il principio 2 della Dichiarazione sanciva infatti: "*the best interests of the child shall be the paramount consideration*".

⁴⁸ In proposito, v. ancora C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 985-986.

⁴⁹ Sul punto, cfr. l'analisi, ormai risalente ma ancora di grande interesse, di G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.



luce della sua specifica vicenda esistenziale e contesto personale⁵⁰.

In effetti, la garanzia del principio dell'interesse superiore del minore trova grande diffusione nella giurisprudenza di Strasburgo, soprattutto ove si tratti di applicare proprio l'art. 8 della Convenzione, ed in particolare a tutela di relazioni familiari che presentino profili di lontananza rispetto al paradigma della famiglia legittima. *A contrario*, poi, come la Corte stessa ha significativamente affermato, quelle ingerenze delle autorità pubbliche nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 capoverso Cedu, possono essere consentite proprio nel perseguimento del *best interest* del minore⁵¹.

Peraltro, anche nelle pronunce nazionali, di merito e non, l'interesse del minore viene spesso in gioco in una pluralità di ambiti. Già in anni meno recenti la Corte costituzionale – così riconoscendo a pieno il carattere di clausola generale del *best interest* – indagava sulla legittimità costituzionale delle disposizioni normative, verificando se queste fossero idonee o meno a realizzare tale interesse del minore⁵².

Più di recente, la giurisprudenza nazionale⁵³, talvolta facendo applicazione dello stesso art. 8 Cedu, ha utilizzato il riferimento al prevalente interesse del minore per approdare a soluzioni innovative, che dimostrano la stessa tendenza, già emersa in sede europea, a rivestire di tutela giuridica situazioni familiari di fatto.

5.1. – Il rilievo oggi attribuito al parametro del prevalente interesse del minore, già di grande diffusione nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, risulta peraltro significativamente connesso a doppio filo con le evoluzioni normative che ha vissuto la figura giuridica del minore stesso, passato ad essere, anche nell'ordinamento italiano, soggetto con un ruolo di primo piano, dopo essere stato a lungo considerato soggetto incapace, in un'ottica esclusivamente patrimonialistica della famiglia⁵⁴.

⁵⁰ Al riguardo, cfr. anche R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 461 ss.

⁵¹ Così *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit.

⁵² Cfr. Corte Cost., 27 novembre 1991, n. 429, il cui testo è integralmente reperibile all'indirizzo http://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-12-04&atto.codiceRedazionale=091C1249.

⁵³ Soprattutto, le pronunce in questione hanno sancito il diritto di coppie omosessuali di conseguire l'affidamento di figli minori. Così Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2012, p. 570 ss. con nota di F. Ruscello, *La convivenza omosessuale di un genitore non può costituire ex se un ostacolo all'affidamento dei figli al medesimo genitore*.

Casi analoghi sono stati risolti conformemente dalla giurisprudenza di merito: cfr. Trib. min. Bologna, ord. 10 novembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 387 ss., con nota di D. FERRARI, *I legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?* e Trib. Palermo, decr. 13 aprile 2015, in *Guida al dir.*, 2015, con nota di A. Porracciolo.

Più in generale, sull'affidamento di figli minori in favore di coppie omosessuali, cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 893 ss.

⁵⁴ Cfr. E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1141 ss.



La considerazione del minore è oggi radicalmente mutata: a fronte del postulato per cui il minore è privo di attitudine all'attività giuridica, stante l'incapacità di questi di curare i propri interessi⁵⁵, si tendono invece a riconoscere allo stesso spazi di autonomia sempre più consistenti, nel tentativo di valorizzare la sua autodeterminazione; e, da un altro punto di vista, l'attenzione si focalizza non più solo sulla salvaguardia del patrimonio familiare "contro" l'incapacità di gestione del minore, quanto piuttosto sulla tutela dell'interesse (anche) economico del minore stesso.

In effetti, nella legislazione degli ultimi anni si assiste ad un vero e proprio rovesciamento di prospettiva, per cui il minore acquista un ruolo di preminente rilievo, risultando essere sempre più non mero soggetto passivo destinatario di tutele che in realtà presidiano a interessi sottesi di più ampio respiro, bensì soggetto al centro di autonoma considerazione, il cui *best interest* merita di essere tutelato anche a discapito di altre istanze.

Così, la recente riforma del diritto di famiglia⁵⁶ conferma chiaramente che il legislatore ha fatto propria l'intenzione di adottare un approccio diverso da quello tradizionale, che trovi il suo presupposto proprio nel superiore interesse del figlio minore⁵⁷.

In tale ottica, la sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale è estremamente significativa, anche a livello lessicale, laddove lascia intendere che i genitori, dopo essere stati soggetti attivi della potestà, passano a rivestire il ruolo di soggetti passivi, investiti di una responsabilità.

Come è stato osservato, la *ratio* sottesa alla modifica operata è, complessivamente, quella di abbandonare una visione "genitoricentrica" delle relazioni genitori-figli, e di rendere le prerogative dei figli oggetto di considerazione autonoma e immediata, che non passi necessariamente attraverso lo schermo genitoriale.

Risulta, in tal modo, netto lo stacco con la pregressa visione, che riecheggia, d'altronde, anche nella stessa formulazione dell'art 30 Cost., laddove il mantenere, istruire ed educare i figli configura un dovere-diritto dei genitori, e non una pretesa dei figli⁵⁸.

⁵⁵ Sul punto v. l'analisi ancora attuale di F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 54 ss. Cfr. anche la recente riflessione generale di D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2014, p. 962 ss.

⁵⁶ Com'è noto, si tratta della l. 10 dicembre 2012, n. 219, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", a cui è seguito il d.lgs. attuativo 28 dicembre 2013, n. 154. Su quest'ultimo in particolare, v. M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014.

⁵⁷ Nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo volto a dare attuazione alla delega contenuta nella legge 219, si legge: "la modifica terminologica dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori".

⁵⁸ Cfr. l'analisi in tal senso di E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir., fam., pers.*, 2014, 817 ss., le cui osservazioni sono in parte anche critiche, soprattutto laddove l'Autore osserva che l'interesse prevalente del figlio, obiettivo primario della riforma, rinviene però il proprio presupposto non semplicemente nell'essere figlio, bensì nell'attribuzione dello *status* di figlio. Per



Emblematici del principio cardine che ha guidato la recente riforma – consistente nella decisa affermazione della prevalenza dell'interesse del figlio – risultano d'altronde gli artt. 315 e 315 *bis* c.c., laddove, nella prima norma si proclama l'identità dello stato giuridico di tutti i figli, indifferenziatamente, e nella seconda si stabilisce che il figlio ha il diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e aspirazioni (art. 315 *bis*, 1° comma).

Ancora, grandi modifiche, sempre ispirate dalla valorizzazione del *best interest* del figlio hanno riguardato l'azione di disconoscimento del figlio stesso⁵⁹; un'azione il cui esercizio comportava, soprattutto in anni meno recenti, un grande impatto sociale.

Se nel codice del 1942 solo il marito – al quale era attribuita la paternità del figlio concepito in costanza di matrimonio, con presunzione superabile solo in taluni tassativi casi – aveva il diritto di “espellere” il nato da quella che era la “famiglia legittima”, la recente novella ha rivoluzionato il sistema, su cui, d'altronde, era già in parte intervenuta la riforma del 1975, la quale aveva esteso la legittimazione anche alla madre e al figlio maggiore di età⁶⁰.

In particolare, le ultime modifiche hanno da un lato determinato la rimozione della regola sul concepimento precedente al matrimonio⁶¹, e, dall'altro, inciso sull'art. 244 c.c., introducendo, sulla scia di talune pronunce della Corte Costituzionale⁶², un sistema differenziato di preclusioni per l'esercizio dell'azione di disconoscimento del figlio.

Se è vero che, rispetto a quanto accadeva in passato, l'azione ha acquisito carattere generale – non essendo più il suo esercizio vincolato alla presenza di determinati presupposti, come sancito dal nuovo art. 243 *bis* c.c. – è pur vero che, avendo i termini di cui all'art. 244 c.c. natura decadenziale, essi sono sottratti alla disponibilità delle parti.

Ciò pertanto significa, da un certo punto di vista, che, nel bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor minoris*, il valore della verità biologica non è assoluto: solo per il figlio, nell'interesse di questi, l'azione rimane imprescrittibile, ma per la madre e per il padre essa va incontro a preclu-

un'ulteriore analisi, anch'essa in chiave critica, cfr. M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.

⁵⁹ Cfr. T. AULETTA, *op. cit.*, p. 344 ss.

⁶⁰ Per l'evoluzione della relativa disciplina cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 1271 ss.

⁶¹ L'art. 231 c.c. come modificato dal d.lgs. n. 154/2013 attribuisce senza distinzioni la paternità al marito della madre ogni qual volta il figlio sia “concepito o nato” durante il matrimonio, anche se non siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione.

⁶² La Corte Costituzionale, con la sentenza 14 maggio 1999, n. 170, in *Fam. dir.* 1999, p. 313 ss., con nota di A. Figone, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del 1° comma “nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare di cui al n. 2 dell'art. 235 dello stesso codice, decorra per la moglie dal giorno in cui essa sia venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito”. Già con la sentenza 6 maggio 1985, n. 134, in *Giur. cost.*, 1985, p. 963 ss., la Corte aveva dichiarato il 3° comma incostituzionale “nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 dello stesso codice, che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie”.



sioni invalicabili, indipendentemente da che la verità biologica corrisponda effettivamente alla posizione giuridica dei soggetti coinvolti.

6. – In sostanza, si è detto come la sentenza resa dalla Corte edu sul caso Paradiso e Campanelli contro Italia risulti di particolare rilievo, soprattutto in considerazione del fatto che essa conferma l'intenzione, già in più occasioni manifestata dai giudici di Strasburgo, di estendere grandemente le tutele riconosciute dall'art. 8 Cedu in favore della vita familiare, indipendentemente da come la comunità familiare in questione si sia formata.

In tal senso, si afferma che costituisce comunque una coppia genitoriale anche la coppia committente di quella che – per usare l'espressione propria della Cassazione italiana – è risultata essere non una maternità surrogata, ma piuttosto una “gestazione eterologa”, svincolata da ogni legame biologico con i committenti stessi.

La vita familiare conseguentemente instauratasi fra la coppia ed il nato dà vita ad una famiglia, che, seppur di fatto, beneficia a pieno delle relative tutele giuridiche, conformemente a giurisprudenza consolidata sul punto.

La mancanza del vincolo genetico non vale a qualificare diversamente la relazione instauratasi e, ugualmente, a nulla rileva che il lasso di tempo trascorso dal nato insieme ai genitori putativi sia esiguo (6 mesi): si tratta comunque, secondo i giudici di Strasburgo, di un momento di fondamentale importanza per lo sviluppo del bambino e per l'identificazione, da parte di questi, delle figure genitoriali.

Nessun valore viene quindi riconosciuto dalla Corte agli argomenti di ordine pubblico opposti dal Governo italiano, nel tentativo di giustificare il disposto allontanamento ed affidamento ai servizi sociali del minore, non rilevando in tal senso né la violazione del divieto di maternità surrogata, né quella della normativa in materia di adozioni internazionali.

Il bilanciamento degli interessi operato dalla Corte pende nettamente a favore del *best interest of the child*, che risulta leso dalle misure adottate dall'Italia; misure drastiche, che si giustificano solo in presenza di un immediato pericolo per il minore stesso, mentre, nel caso di specie, le stesse appaiono decisamente sproporzionate.

Nel percorso argomentativo della Corte edu viene completamente sacrificato un altro interesse, ossia la verità biologica della vicenda: di fronte ad una relazione qualificabile, seppur forse con qualche sforzo interpretativo, come familiare, la verità biologica sottostante è destinata a soccombere, mentre si fa prevalere una “realtà fattuale apparente”, volendosi indicare, con tale espressione, pervasa da una certa contraddittorietà, una situazione in cui si è ormai stratificata nei fatti una realtà sociale, non corrispondente alla verità biologica, che viene consacrata come realtà giuridica⁶³.

⁶³ Per riflessioni di ampio respiro sul tema dell'apparenza giuridica, classica è la voce di A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 682 ss.

JUS CIVILE



Una coppia ed un nato, non avente con la stessa legami biologici, né tantomeno adottivi, sono giuridicamente una famiglia.

È vero che anche l'ordinamento italiano, a lungo restio sul punto, è ormai orientato nel conferire alla materia familiare, ed in particolare, alla filiazione, un assetto rinnovato, in linea con le tendenze internazionali ed europee e nella direzione della massima valorizzazione del prevalente interesse del minore. È vero poi che, in giurisprudenza, sono molte le significative aperture, in termini di tutela, verso situazioni ben lontane dalla famiglia "tradizionale", e talvolta ancora sprovviste di una base normativa⁶⁴.

Tuttavia la decisione sul caso in esame rappresenta ancora *un unicum*, soprattutto per l'anomalia consistente nell'assenza del nesso genetico, la quale, non a caso, aveva portato la Cassazione a propendere per la soluzione opposta in un caso analogo.

D'altronde, la stessa Corte ed sembra essere consapevole della portata dirompente delle sue statuizioni, laddove, nel caso di specie, operando una sorta di "doppio bilanciamento" condanna sì l'Italia al risarcimento del danno in favore dei ricorrenti, ma non anche a riaffidare il minore agli stessi, osservando come il bambino avesse ormai sviluppato legami affettivi con la famiglia a cui era stato affidato.

La decisione di non imporre che il minore torni presso la famiglia dei ricorrenti affonda le sue radici ancora una volta nel *best interest* del bambino: sciogliere il legame consolidatosi con la famiglia affidataria concretizzerebbe infatti una lesione di tale interesse. Non a caso, in tale prospettiva, è stata evidenziata la "doppiezza" del parametro costituito dalla prevalenza dell'interesse del minore⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1105 ss.

⁶⁵ Così M. DI MASI, *op. cit.*, p. 634.