

MATERNITÀ SURROGATA CONCLUSA ALL'ESTERO E
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO:
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA *PARADISO E
CAMPANELLI C. ITALIA*

CROSS-BORDER SURROGACY ARRANGEMENTS AND EURO-
PEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: REMARKS ON THE
PARADISO AND CAMPANELLI V. ITALY JUDGMENT

ORNELLA FERACI

*Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Firenze*

Recibido: 15.07.2015 / Aceptado: 31.07.2015

Riassunto: L'articolo svolge alcune riflessioni critiche sul tema dello stabilimento della filiazione derivante da accordi di maternità surrogata conclusi all'estero nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Lo scritto esamina, in particolare, una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa su un accordo di maternità surrogata cd. "commerciale" concluso in Russia da una coppia di coniugi italiani (sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12), nella quale la Corte era stata chiamata a valutare la compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) del rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere nei registri di stato civile il certificato di nascita straniero rilasciato a Mosca, per sua contrarietà all'ordine pubblico italiano, e il conseguente allontanamento del minore dai genitori committenti. L'articolo, in primo luogo, esamina la rilevanza dell'assenza del legame genetico tra i genitori intenzionali e il figlio lungo due diverse prospettive, ossia rispetto (1) all'esistenza di una "vita familiare" rilevante ai fini dell'art. 8 della CEDU e (2) al riconoscimento del rapporto di filiazione nello Stato di origine dei genitori committenti. In secondo luogo, il commento analizza il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico in sede di giudizio sulle ingerenze consentite dall'art. 8, par. 2, della CEDU. L'indagine condotta a questo riguardo evidenzia le incertezze e i rischi sottesi all'esigenza di garantire la prevalenza del superiore interesse del minore - così come imposto dalla sentenza *Wagner e J.M.W.L c. Lussemburgo* - nonché alle modalità dell'apprezzamento, nell'ottica di un "giusto equilibrio" tra gli interessi contrapposti in gioco.

Parole chiave: maternità surrogata conclusa all'estero, riconoscimento degli status, filiazione, superiore interesse del minore, accordi di maternità surrogata internazionale, genitori committenti, ordine pubblico, stato civile.

Abstract: The paper develops some critical remarks on the establishment of the parent-child relationship arising from cross-border surrogacy arrangements in the context of the European Convention of Human Rights (ECHR). In particular, the paper analyzes a recent judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR) rendered over an International Surrogacy Arrangement (ISA) entered in Russia by an Italian married couple (*Paradiso and Campanelli v. Italy*, application No. 25358/12). The application concerned the refusal by the Italian authorities to register a foreign birth certificate of a child born in Moscow through a commercial ISA, being the latter contrary to the Italian public policy,

and of the subsequent removal of the child from his intended parents. First of all, the article evaluates the incidence of the lack of genetic relationships between the intended parents and the child under two different perspectives: i.e. on (1) the existence of “family life” for the purposes of Article 8 ECHR (right to respect for family and private life) and on (2) the recognition of *filiation* within the State of origin of the intended parents. Secondly, the article investigates the role played by the principle of the best interests of the child as to its difficult balance with the public policy exception in the evaluation of the interferences as set forth under Article 8, para. 2, ECHR. Such enquiry reveals the uncertainties and the risks of respecting the paramountcy of the best interests of the child principle, as required by the *Wagner and J.M.W.L v. Luxembourg* judgment, and of the modalities of the appraisal in order to strike a “fair balance” between the competing interests at stake.

Key words: cross-border surrogacy, surrogate motherhood, recognition of status, legal parent-child relationship, best interests of the child, international surrogacy arrangement, intended parents, public policy, civil *status*.

Sommario: I Introduzione. II. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*: i fatti all’origine della controversia. III. L’illegittimità dell’allontanamento del minore dai genitori committenti. IV. La rilevanza dell’assenza del legame genetico con i genitori intenzionali rispetto alla nozione di “vita familiare” ai fini dell’art. 8 della CEDU. 1. ... e rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione. V. Il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell’ordine pubblico: alla ricerca di un “giusto equilibrio”. VI. Considerazioni conclusive.

I. Introduzione

1. Il crescente ricorso alla maternità surrogata e alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) sta progressivamente ridisegnando i confini del concetto di genitorialità. Una tale prassi, per le sue caratteristiche soggettive e oggettive¹, soprattutto nelle sue forme più liberali (si pensi ai contratti di maternità surrogata cd. “commerciali” e alla loro combinazione con la tecnica della fecondazione assistita eterologa)² tende ad affrancare il rapporto di filiazione dai legami puramente genetici, favorendo la prevalenza della realtà sociale sulla realtà biologica e suscita, al contempo, delicati interrogativi di ordine etico in relazione, soprattutto, al rischio della commercializzazione degli embrioni umani.

2. Da un punto di vista strettamente giuridico, la molteplicità di approcci legislativi esistenti in materia³ consente di osservare il fenomeno da due diversi punti di vista. Ossia, “a monte” nell’ottica, puramente interna ad ogni Stato, di *policy making*, della scelta di disciplinare o meno (e, eventualmente,

¹ Com’è noto, esistono due tipologie contrattuali di maternità surrogata, la cd. maternità surrogata “tradizionale” e la cd. maternità surrogata “gestazionale”. La surroga tradizionale implica un contratto tra genitori committenti e una donna fertile, che acconsente all’inseminazione con seme del committente o di donatore e alla gestazione; in tale ipotesi la madre surrogata è la madre genetica del bambino che ne deriva. La seconda tipologia, invece, si ha quando la madre surrogata non è geneticamente legata al bambino: in tal caso l’ovocita viene prelevato da una donatrice o dalla madre committente e fecondato *in vitro* con seme del padre committente o di donatore di sperma; l’embrione viene successivamente impiantato nell’utero della surrogata.

² Gli accordi di maternità surrogata “commerciali” si riferiscono agli accordi di maternità surrogata che prevedono il versamento di una somma di denaro a titolo di compenso per la madre surrogata. Diversamente, i cd. accordi “altruistici” stabiliscono il versamento alla madre surrogata solo di un indennizzo per le spese sostenute durante la gestazione e il parto, vietando qualsiasi altro vantaggio economico.

³ Sui molteplici approcci normativi esistenti in materia a livello europeo si veda lo studio comparato svolto dal DG FOR INTERNAL POLICIES - POLICY DEPARTMENT. CITIZENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, p. 200-351, reperibile sul sito www.europarlamento.eu. In generale, per un’analisi delle caratteristiche dei diversi approcci normativi in materia di maternità surrogata si vedano G.K. STANIC, “State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach”, in *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss., e lo studio di K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, “General Report on Surrogacy”, in K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 441 ss., spec. p. 443 ss., ove si distinguono tre categorie di ordinamenti: “surrogacy-friendly jurisdictions”, “anti-surrogacy jurisdictions”, e “jurisdictions with a relatively neutral approach to surrogacy”.

come) le forme e le condizioni della maternità surrogata nell'ordinamento giuridico interno; e "a valle" nell'ottica internazionalprivatistica di stabilire gli effetti derivanti da accordi di maternità surrogata conclusi all'estero (*cross-border surrogacy arrangements*), in conformità alle leggi locali (*lex loci actus*), in ordinamenti giuridici ove tale possibilità è fermamente negata (anche attraverso divieti di natura penale) o disciplinata con modalità più rigorose rispetto a quelle adottate nello Stato di origine dei cd. "genitori committenti" o "intenzionali". Quest'ultima prospettiva genera una sorta di effetto "caleidoscopico" in cui la combinazione delle diverse tecniche di riconoscimento operanti a livello nazionale e dei meccanismi a tutela dell'armonia interna dei singoli ordinamenti (attraverso il limite dell'ordine pubblico) produce risultati variegati, talora incerti.

3. Proprio le divergenze normative esistenti a livello nazionale⁴ alimentano un crescente fenomeno di "turismo procreativo (o riproduttivo)"⁵, ove coppie (coniugate, di fatto, eterosessuali o omosessuali) o singoli individui affetti da problemi di sterilità⁶ decidono di recarsi all'estero per concludere accordi di surroga di maternità nelle cd. *surrogacy-friendly jurisdictions* (o per ricorrere, più in generale, a tecniche di PMA⁷), al fine di coronare in tali Stati, sulla base delle legislazioni locali, il proprio progetto genitoriale. Una tale mobilità dà luogo, da una parte, a pratiche abusive volte ad aggirare i divieti nazionali o le rigide normative interne altrimenti applicabili. Dall'altra, tale esodo procreativo finisce per pregiudicare il riconoscimento dello *status* giuridico del figlio nato all'estero a seguito di maternità surrogata (cd. Stato di nascita) al momento del suo rientro nello Stato di appartenenza dei genitori committenti (cd. Stato d'origine), impedendo la formazione della sua identità personale e delle relazioni familiari.

Le maggiori implicazioni giuridiche derivanti dagli accordi in rilievo investono, infatti, lo stabilimento del rapporto di filiazione tra quest'ultimo e i diversi attori coinvolti (genitori committenti, madre surrogata, donatori di gameti), a causa dello scollamento esistente tra "genitorialità biologica", "genitorialità genetica" e "genitorialità sociale"⁸. In particolare, le problematiche di maggior rilevanza attengono al riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero, vale a dire alla possibilità di trascrivere o meno gli atti di nascita stranieri formati sulla base della *lex loci actus* nei registri di stato civile dello Stato di origine, nonché alla determinazione della cittadinanza del figlio (quando essa dipenda dalla legge nazionale dei genitori committenti). In entrambi i casi il rischio è che si creino situazioni claudicanti

⁴ Rispetto al fenomeno della maternità surrogata si registrano Stati che espressamente consentono e regolano la maternità surrogata (ex. Grecia, Israele, Regno Unito), Stati che adottano un atteggiamento liberale consentendo anche la maternità surrogata commerciale (ex. Georgia, India, Russia, Thailandia), Stati che vietano espressamente la maternità surrogata (ex. Francia, Italia, Germania), nonché, infine, Stati in cui il fenomeno non è ancora in larga parte disciplinato (ex. Argentina, Brasile, Belgio). Rispetto agli Stati aderenti alla CEDU, la pratica è espressamente vietata in 15 Stati (Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Islanda, Italia, Moldavia, Montenegro, Spagna, Serbia, Slovenia, Svezia, Svizzera, Turchia); in 10 è di incerta ammissibilità o perché vietata da norme generali o perché di dubbia legalità (Andorra, Bosnia Herzegovina, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Monaco, Romania, San Marino e Ungheria), è consentita in 7 (Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia e Ucraina) ed è tollerata, infine, in 4 Stati, ove non è disciplinata (Belgio, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia).

⁵ Sul turismo procreativo v.: D. SINDRES, "Le tourisme procréatif et le droit international privé", in *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, n. 2, p. 429 ss.; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?", in *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, p. 563 ss.; C.P. KINDREGAN, "International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements", in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 527 ss.). Sulla tendenza a utilizzare formule più neutre quali "reproductive exile", "cross-border reproductive care" al fine di evidenziare le difficoltà (emotive e fisiche) affrontate dai soggetti affetti da problemi di sterilità, si veda, ad esempio: M. INHORN, P. PATRIZIO, "Reproductive tourism as reproductive exile", in *Fertility and Sterility*, 2009, p. 904 ss. Alcuni autori, invece, preferiscono impiegare il termine di «delocalizzazione procreativa»: J. MOULY, "La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?" in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2419 ss.

⁶ Occorre precisare che alla maternità surrogata possono ricorrere non solo coppie con difficoltà di concepimento (unilaterale o bilaterale), ma anche coppie fertili in cui, tuttavia, la donna è incapace di portare a termine la gravidanza o non è disposta ad affrontare la gestazione.

⁷ Sulle PMA e sulle implicazioni internazionalprivatistiche di questo fenomeno si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2003; Id., "Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 531 ss., nonché, più di recente, Id., "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss.

⁸ A tali questioni si aggiungono le problematiche di natura contrattuale che possono derivare dall'accordo concluso all'estero in base alla legge locale, in relazione alla corretta esecuzione del contratto ed al rispetto dei requisiti legislativi stabiliti in relazione ai vari soggetti coinvolti (genitori committenti, madre surrogata, agenzia, donatori di gameti etc.).

(cd. *limping situations*)⁹, con soggetti, di fatto, apolidi e privi di genitori, o con genitori legali diversi in base alle legislazioni dei singoli ordinamenti coinvolti (Stato d'origine e Stato di nascita).

4. Com'è noto, in assenza, allo stato, di una normativa uniforme a livello internazionale sulla maternità surrogata¹⁰ e sui meccanismi di riconoscimento degli *status* personali¹¹, ogni valutazione circa l'idoneità degli atti stranieri (sia di natura amministrativa sia di natura giurisdizionale) a produrre effetti nello Stato d'origine risulta rimessa alla competenza dei singoli ordinamenti nazionali.

Tale discrezionalità per gli Stati membri del Consiglio d'Europa è, tuttavia, ridimensionata dall'esigenza di rispettare i vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Gli Stati contraenti di origine dei genitori committenti, pur restando liberi di disciplinare, a livello interno, il fenomeno della surroga di maternità, sono comunque tenuti a osservare gli obblighi risultanti dall'interpretazione di recente elaborata - sebbene ancora parzialmente - dalla Corte di Strasburgo in relazione al riconoscimento degli effetti di talune tipologie di accordi di surrogazione conclusi all'estero¹². In tali situazioni l'esigenza degli Stati contraenti di tutelare i propri interessi nazionali, generalmente espressi nei divieti di maternità surrogata e nella tutela dei principi (di ordine pubblico) dell'indisponibilità dello *status* delle persone, del corpo e della dignità umana, si scontra con il difficile compito di garantire un equo bilanciamento con la tutela dei principi della continuità transnazionale degli *status* personali¹³ (e, più in generale, dell'identità personale) e del superiore interesse del minore.

5. In questo scenario, il presente commento intende esaminare alcuni aspetti del rapporto esistente tra maternità surrogata all'estero e CEDU alla luce di una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo resa lo scorso 27 gennaio 2015 nella causa *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹⁴. In

⁹ Sull'esigenza di evitare le cd. situazioni claudicanti v. R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss., spec. p. 272.

¹⁰ Sull'opportunità di uno strumento uniforme internazionale in materia si vedano: K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", in *Journal of Private International Law*, vol. 7, n. 8, 2011, p. 627 ss.; H. FULCHIRON, "La lutte contre le tourisme procréatif", cit., p. 563 ss.; E. DAVIS, "The Rise of Gestational Surrogacy and The Pressing Need for International Regulation", in *Minnesota Journal of International Law*, 2012, p. 120 ss.; H. BAKER, "A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?", in K. TRIMMINGS e P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 411 ss.; M. ENGEL, "Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?", in K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOF, W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 199 ss., p. 211. Si vedano, in proposito, anche lo studio del Parlamento europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, cit., p. 159 ss. e i lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato in materia di maternità surrogata sul tema *The Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements* (cd. "Parentage/Surrogacy Project"), reperibili sul sito ufficiale della Conferenza al seguente indirizzo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178. Sempre nella prospettiva di una disciplina uniforme sul tema del rapporto di filiazione derivante dalla maternità surrogata si veda, infine, il recente studio condotto dalla COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL (CIEC), *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, 2014, consultabile al seguente indirizzo <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

¹¹ Sul tema si rinvia, per tutti, al recente volume di P. LAGARDE (a cura di), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, A. Pedone, 2013.

¹² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Camera, sentenze del 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia* (ricorso n. 65941/11) e *Mennesson c. Francia* (ricorso n. 65942/11), nonché la decisione dell'8 luglio 2014, *D. e altri c. Belgio*, (ricorso n. 29176/13).

¹³ Sulla continuità transnazionale degli *status* nel contesto della CEDU si veda: A. VETTORELLI, "La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 341 ss. di commento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 dicembre 2013, *Henry Kismoun c. Francia*, ricorso n. 32265/10. Sulla rilevanza di questo tema nell'ambito dell'Unione europea si rinvia a: P. MENGOLZI, "Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 69 ss.

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ricorso n. 25358/12). La sentenza non è ancora divenuta definitiva: su di essa è attesa la decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo, a seguito del rinvio operato dal governo italiano, in conformità all'articolo 43 della CEDU. Per alcuni commenti sulla sentenza v.: A. VIVIANI, "Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali", in *SIDIBlog*, 3 febbraio 2015 (<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1294>); M.M. WINKLER, "Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia", in *GenIUS*, 2015, p. 243; S. TONOLO, "Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella

particolare, esso mira ad approfondire due specifiche questioni connesse all'accertamento del rapporto di filiazione. In primo luogo, lo scritto esamina il problema - ancora irrisolto - dello *status* giuridico (nello Stato di origine dei genitori intenzionali) dei soggetti nati all'estero attraverso maternità surrogata quando questi ultimi non abbiano alcun legame genetico con i genitori committenti (né con la madre surrogata). Come vedremo, la sentenza in rilievo, pur non essendosi pronunciata su questo aspetto per motivi di natura strettamente procedurale, ha posto, per la prima volta, all'attenzione della Corte la questione dell'assenza di un legame genetico tra figlio e genitori ai fini dell'applicabilità dell'art. 8 CEDU (nel contesto della maternità surrogata), nonché il problema dell'incidenza di un tale fattore sul riconoscimento del rapporto di filiazione validamente costituito all'estero. In secondo luogo, questo commento intende svolgere alcune considerazioni circa il ruolo del principio del superiore interesse del minore nel campo di applicazione dell'art. 8 CEDU in relazione agli accordi di maternità surrogata conclusi all'estero, con riguardo, in particolare, al difficile bilanciamento richiesto dal paragrafo secondo della stessa disposizione tra il superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico.

II. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*: i fatti all'origine della controversia

6. Con la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata nell'ambito di una controversia concernente gli effetti giuridici di un contratto di maternità surrogata commerciale concluso in Russia da una coppia di coniugi, la Sig.ra Paradiso e il Sig. Campanelli, entrambi cittadini italiani, residenti in Italia. La vicenda da cui è scaturito il ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo riguardava, in particolare, il rifiuto opposto, dalle autorità italiane di trascrivere l'atto di nascita del figlio della coppia nato in Russia da madre surrogata e nella decisione di queste ultime di disporre il collocamento del minore presso una famiglia di accoglienza in vista della sua successiva adozione. Da tali episodi erano originati in Italia alcuni procedimenti giudiziari, sia sul piano civilistico, in ordine allo stato di adottabilità del minore e alla contestazione del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita straniero, sia sul piano penalistico, per l'accertamento delle responsabilità dei ricorrenti risultanti dalla violazione di talune norme penali interne.

7. Questi, in breve, i fatti di causa. La Sig.ra Paradiso e il Sig. Campanelli, dopo alcuni tentativi infruttuosi di fecondazione *in vitro* in Italia, avevano presentato domanda per l'adozione di un minore, ottenendo un'autorizzazione ad adottare (ma non minori in tenera età). Dopo aver atteso invano l'arrivo di un figlio in adozione, i due coniugi italiani, ormai di età avanzata, avevano deciso di recarsi all'estero per ricorrere alla surroga di maternità, essendo quest'ultima pratica vietata dal diritto italiano¹⁵. A tal fine, la coppia aveva contattato una clinica specializzata di Mosca con la quale aveva concluso un contratto di maternità surrogata commerciale, in conformità al diritto applicabile locale¹⁶. Successivamente,

più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., spec. p. 204. La decisione è altresì segnalata da O. LOPES PEGNA, "Maternità surrogata all'estero e superiore interesse del minore: la Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona l'Italia per l'allontanamento del minore dai genitori committenti", in *Aldricus*, 3 febbraio 2015 al seguente indirizzo: <http://aldricus.com/2015/02/03/maternita-surrogata-allestero-e-superiore-interesse-del-minore-la-corte-europea-dei-diritti-sanziona-litalia-per-lallontanamento-del-minore-dai-genitori-committenti/>.

¹⁵ In Italia, l'art. 12, comma 6, della L. 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, prevede che "[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

¹⁶ Il diritto russo applicabile in materia di maternità surrogata è molto liberale. Per indicazioni sulle fonti normative rilevanti in materia di maternità surrogata in Russia, si veda lo studio del Parlamento Europeo, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, cit. *supra* nota 4, p. 333 ss. Secondo quanto riportato dallo stesso studio (p. 39): "Russia is regarded as having one of the most permissive surrogacy regimes. This is due to the eligibility requirements being fairly relaxed (the main restriction being that the intended mother has to have some sort of medical condition which prevents her from carrying a pregnancy to term) and the fact that the intended parent(s) can be registered as the child's legal parents from birth. Also, both altruistic and commercial surrogacies are permitted under the Family Code of Russia (articles 51-54). However, there are two other important restrictions in the Russian legal framework: the surrogate mother must not also be the genetic mother of the child (i.e. only gestational surrogacy agreements fall under the legal framework) and she must give her consent to the registration of the intended parent(s) as the legal parent(s) of the child". Tale normativa risulta talora oscura e contraddittoria: "Russian legal regulation of assisted reproduction in general and surrogate motherhood specifically, although

a seguito di una fecondazione *in vitro* effettuata in Russia con liquido seminale del Sig. Campanelli e ovocita di donatrice anonima, due embrioni erano stati impiantati nell'utero di una madre surrogata, di nazionalità russa¹⁷. Quest'ultima, conformemente al diritto locale, si era resa disponibile a portare avanti la gravidanza dietro pagamento di un corrispettivo e, al momento della nascita del bambino, aveva rinunciato a vantare qualsiasi pretesa sul neonato, acconsentendo a che lo stesso fosse registrato nei documenti di nascita russi come figlio della coppia italiana. Nella traduzione italiana allegata alla dichiarazione di volontà resa dalla donna si precisava inoltre che (entrambi) i coniugi Campanelli erano i genitori biologici del figlio; il certificato di nascita russo, debitamente munito di apostille in conformità alla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, non faceva inoltre alcuna menzione dell'avvenuto ricorso alla maternità surrogata.

8. Dopo aver ottenuto i documenti necessari per il rientro del figlio in Italia presso il consolato italiano a Mosca, i ricorrenti avevano fatto ritorno in Italia con il neonato. Essi avevano poi chiesto agli ufficiali di stato civile del comune di residenza la trascrizione del certificato di nascita del figlio nei registri di stato civile locali, ma essa era stata negata per contrarietà con l'ordine pubblico. Qualche giorno più tardi, il consolato italiano di Mosca aveva comunicato alle competenti autorità italiane che il fascicolo relativo alla nascita del figlio dei Campanelli conteneva dati falsi, avendo i coniugi simulato una filiazione naturale.

A seguito di tali informazioni, era stato aperto un procedimento penale a carico dei signori Campanelli per i reati di "alterazione di stato" ai sensi dell'art. 567 del codice penale italiano¹⁸ e "falso" ai sensi degli articoli 489 e 479 del codice penale¹⁹; nonché per violazione dell'art. 72 della legge italiana

being permissive on the whole, is fragmentary and not always consistent. The most recent changes in Russian law in this regard were made in 2011 by the Federal Law on the Fundamentals on Protection of Citizens' Health. However this Law did not fill all gaps that existed in the legal regulation of assisted reproduction. Particularly in the part which regulates surrogate motherhood, the Law is contradictory and not always clear". Per un'analisi più dettagliata della normativa russa in questo settore si rinvia a O. KHAZOVA, "Russia", in *International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds.), Oxford, OUP, 2013, p. 311 ss.

¹⁷ In conformità al diritto russo, la madre surrogata non aveva alcun legame biologico con il bambino. La legislazione russa in materia infatti consente esclusivamente la "surroga gestazionale" imponendo che non vi sia alcun legame genetico tra il figlio e la madre surrogata. V. al riguardo l'art. 55 co. 10 della Legge n. 323-FZ/2011.

¹⁸ L'art. 567 del codice penale italiano sanziona la condotta di chi "nella formazione di un atto di nascita altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità". Sul profilo della responsabilità penale riconnessa all'alterazione di stato civile in relazione a ipotesi di maternità surrogata, la giurisprudenza di merito italiana è ancora altalenante: nella maggior parte dei casi più recenti, tuttavia, i giudici penali hanno assolto gli imputati perché il delitto di falso era stato commesso all'estero in piena conformità alla legge locale. Si veda, in proposito, la sentenza del Tribunale di Varese del 17 dicembre 2014 (reperibile su www.dirittopenalecontemporaneo.it) che non solo ha negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.) quando l'atto di nascita sia stato formato validamente all'estero nel rispetto della legge del Paese dove il bambino è nato, ma ha altresì escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del minore, in epoca successiva alla formazione dell'atto di nascita, per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.). In senso analogo, si vedano Tribunale penale di Milano, sentenza 13 gennaio 2014 (in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014), che ha stabilito che la richiesta di trascrizione nei registri italiani dello stato civile del certificato ucraino di nascita di un minore nato in tale stato a seguito di un contratto di maternità surrogata stipulato da una coppia di coniugi italiani non costituisce reato di alterazione di stato ex art. 567 c.p., bensì il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali ex art. 495, comma 2 n. 1, c. p. Si veda altresì la sentenza del Tribunale di Trieste, 4 ottobre 2013 (in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014), secondo la quale l'assenza di dolo deriva dal fatto che «gli imputati sapevano infatti che la c.d. maternità surrogata era lecita in Ucraina, anche se non è consentita in Italia [...], e ciò faceva loro ritenere (correttamente) che le certificazioni rilasciate fossero del tutto regolari». In senso analogo si vedano anche le sentenze del Tribunale Trieste, 6 giugno 2013, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 154 ss. e del Tribunale di Milano, 15 ottobre 2013, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 157 ss. In commento a tali sentenze v. S. TONOLO, "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss., spec. pp. 85-87. V. anche M. CASTELLANETA, "Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di turismo procreativo", in *Famiglia e minori*, 2005, p. 66 ss. Merita di essere segnalata anche la sentenza del Trib. Milano, 8 aprile 2014 (in *Foro italiano*, 2014, II, c. 371 ss.), che ha condannato due persone per falsa dichiarazione in atti dello stato civile ai sensi dell'art. 495, co. 2, n. 1 c.p., in relazione allo stato civile del loro figlio, nato grazie a un procedimento di surrogazione di maternità effettuato all'estero.

¹⁹ Ai sensi dell'articolo 479 del codice penale, rubricato "Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici": "Il pubblico ufficiale che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o

sull'adozione internazionale (legge n. 184 del 4 maggio 1983)²⁰. La coppia, infatti, aveva condotto il piccolo in Italia, aggirando la legge interna in tema di fecondazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 19 febbraio 2004), la quale, al momento dei fatti, vietava la fecondazione assistita di tipo eterologo²¹; la stessa aveva altresì violato i limiti posti dall'autorizzazione all'adozione ottenuta dai coniugi qualche anno prima, che escludeva l'adozione di un bambino in così tenera età. A seguito di ciò, il Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva disposto l'apertura di una procedura per l'adozione del neonato dovendosi considerare quest'ultimo come un minore in stato di abbandono ai sensi della legge italiana sull'adozione²². Nell'ambito della stessa procedura era stato altresì nominato un curatore speciale del minore, in conformità all'art. 8 della legge n. 184 del 4 maggio 1983.

9. Successivamente, attraverso un esame del DNA disposto dal Tribunale per i minorenni di Campobasso, era stato accertato che il Sig. Campanelli non era il padre genetico del bambino, come fino a quel momento, invece, era stato asserito dai ricorrenti: il minore, pertanto, era stato concepito attraverso una fecondazione doppiamente eterologa con gameti provenienti da donatori anonimi. Alla luce della condotta illecita dei Campanelli, il Tribunale aveva ritenuto che il minore non beneficiasse di un ambiente familiare adeguato e che la nascita del bambino risultasse da un desiderio narcisistico della coppia. L'autorità giudiziaria aveva così disposto il suo allontanamento dalle cure dei ricorrenti e ai sensi dell'articolo 37bis della legge n. 184/1983²³, il suo collocamento suo, prima, in una casa famiglia e, poi, in preaffido presso una famiglia di accoglienza. Soltanto due anni più tardi, il Tribunale dei minori aveva attribuito una nuova identità al minore, rilasciando un nuovo certificato di nascita recante l'indicazione che il bambino, nato a Mosca, era figlio di genitori ignoti.

10. Contemporaneamente, sempre sul piano civilistico, l'ufficiale di stato civile del luogo di residenza dei Campanelli aveva rifiutato la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Russia per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 della normativa sullo stato civile (DPR n. 396/2000)²⁴. I coniugi

altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'articolo 476". Ai sensi dell'art. 489 del codice penale, rubricato "Uso di atto falso": "Chiunque senza essere concorso nella falsità, fa uso di un atto falso soggiace alle pene stabilite negli articoli precedenti, ridotte di un terzo. Qualora si tratti di scritture private, chi commette il fatto è punibile soltanto se ha agito al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno."

²⁰ L'art. 72 della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Diritto del minore ad una famiglia") dispone: «1. Chiunque, per procurarsi denaro o altra utilità, in violazione delle disposizioni della presente legge, introduce nello Stato uno straniero minore di età perché sia definitivamente affidato a cittadini italiani è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La pena stabilita nel precedente comma si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo danaro o altra utilità a terzi, accolgono stranieri minori di età in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta l'inidoneità a ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare».

²¹ Fino alla sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014 n. 62, la legge n. 40 del 19 febbraio 2004 recante la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita vietava in Italia, all'articolo 4, 3° comma, la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Il mancato rispetto di questa norma comportava una sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 EUR a 600.000 EUR. Con la sentenza sopra citata, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali gli artt. 4, 3° comma, 9, 1° e 3° comma e 12, 1° comma, della l. 19 febbraio 2004, n. 40. Sulla sentenza della Corte Costituzionale si vedano i commenti 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 *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1123 ss.; e di V. TIGANO, "La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro", reperibile sul sito <http://www.penalecontemporaneo.it>. Si veda sul tema anche C. CAMPIGLIO, "Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza", cit., p. 481 ss.

²² Sullo stato di adottabilità dei minori si vedano gli articoli 7-20 della legge n. 184/1983.

²³ L'articolo 37bis della legge n. 184/1983 stabilisce che ai minori stranieri che sono in Italia si applichi la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza.

²⁴ La tenuta dei registri di stato "civile italiani è regolata dal decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 3 novembre 2000 n. 396 ("Legge per la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile"), il quale prevede che le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani rese all'estero devono essere trasmesse alle autorità consolari (articolo 15). Secondo tale normativa, le autorità consolari trasmettono copia degli atti ai fini della trascrizione all'ufficiale dello stato civile del comune ove l'interessato intende stabilire la propria residenza (articolo 17). In particolare, gli atti formati all'estero concernenti cittadini italiani, e debitamente legalizzati ai sensi dell'art. 21 del DPR, non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico (articolo 18). Secondo, invece, l'art. 19 della disciplina sullo stato civile, gli atti formati all'estero con riguardo ai cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti qualora i cittadini stranieri coinvolti ne facciano richiesta: in tal caso, tali

Campanelli avevano pertanto avviato un ricorso dinanzi alla Corte di appello di Campobasso la quale però aveva confermato la legittimità del diniego di trascrizione.

11. I due cittadini italiani si erano così rivolti alla Corte di Strasburgo, promuovendo due distinti ricorsi, uno a nome del figlio e uno a nome proprio, con i quali avevano lamentato la violazione da parte dello Stato italiano del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare (art. 8 CEDU), in relazione al rifiuto opposto dalle autorità italiane di riconoscere effetti al rapporto di filiazione validamente costituito all'estero e alla decisione di sottrarre il minore alle loro cure.

III. L'illegittimità dell'allontanamento del minore dai genitori committenti

12. Nell'esaminare le domande dei coniugi Campanelli, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato, innanzitutto, il ricorso proposto dalla coppia a nome del figlio, per carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti. La Corte è giunta a tale conclusione applicando un principio già noto alla sua giurisprudenza, secondo il quale, per determinare il diritto a rappresentare gli interessi dei minori nei giudizi dinanzi alla stessa, occorre tenere conto dei legami esistenti tra il bambino e i suoi rappresentanti, dell'oggetto e del fine della domanda, nonché dell'esistenza eventuale di un conflitto di interessi²⁵.

13. Rispetto, invece, ai ricorsi proposti dai Campanelli in nome proprio, la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda riguardante il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita del bambino, non avendo i ricorrenti esaurito tutti i rimedi di ricorso interni come richiesto dall'art. 35, par. 1, della CEDU²⁶. La coppia, infatti, non aveva proposto ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte d'appello di Campobasso con la quale era stata rigettata la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile italiano.

14. Non potendosi pronunciare sulla domanda concernente la riconoscibilità del rapporto di filiazione in Italia, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata, quindi, sulla seconda doglianza del ricorso e, a maggioranza dei giudici della Camera²⁷, ha ritenuto che la decisione delle autorità giudiziarie italiane di allontanare il minore dai genitori committenti costituisca una violazione dell'art. 8 della CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

15. Nel giungere a una tale conclusione, la Corte ha riconosciuto, innanzitutto, l'applicabilità dell'art. 8 della CEDU al caso di specie²⁸: trattandosi di una questione attinente al mancato riconoscimento in Italia di un rapporto di filiazione stabilito all'estero, le relazioni familiari di specie costituivano rapporti familiari di fatto rilevanti ai fini della disposizione convenzionale²⁹. A questo proposito, i giudici

atti devono essere presentati all'ufficiale di stato civile unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritto, da parte della competente autorità straniera.

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso n. 16318/07, par. 32. Nel caso *Paradiso e Campanelli* la Corte ha valorizzato la circostanza che i coniugi italiani non erano i genitori genetici del bambino, che quest'ultimo era stato posto sotto tutela e che questi era stato rappresentato da un tutore nei procedimenti giudiziari interni. I ricorrenti, inoltre, non potevano rivendicare alcun diritto di adozione nei confronti del minore, il quale era già stato assegnato ad un'altra famiglia per l'affido temporaneo in vista della sua successiva adozione. Infine, il bambino aveva ormai ottenuto una nuova identità e un nuovo certificato di nascita.

²⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 62.

²⁷ Hanno però espresso opinione parzialmente dissenziente sulla sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* i giudici Raimondi e Spano.

²⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 67-70.

²⁹ Conformemente alla propria giurisprudenza, la Corte osserva che la questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è anzitutto una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di legami personali stretti (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, par. 31; *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, par. 150). La nozione di «famiglia» di cui all'articolo 8 non si limita alle sole relazioni basate sul matrimonio, ma può comprendere altri legami «familiari» *de facto*, quando le parti convivono al di fuori di qualsiasi legame coniugale e una relazione è sufficientemente costante (*Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, par. 30; *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, par. 55; *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, par. 44; *X, Y e Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, par. 36). Peraltro, le disposizioni dell'articolo 8 non garantiscono né il diritto di fondare una famiglia né

della Corte hanno valorizzato alcuni fattori: in particolare, la circostanza che i coniugi italiani avevano trascorso con il minore sei mesi in Italia, a partire dal terzo mese di vita del neonato e che prima di tale periodo la signora Paradiso aveva già vissuto qualche settimana con il piccolo in Russia. Anche se per un breve periodo, pertanto, i coniugi si erano comportati nei confronti del neonato come se fossero stati i suoi genitori biologici. Ciò, secondo la maggioranza dei giudici, aveva dato luogo ad una vita familiare di fatto tra i ricorrenti e il minore valevole ai fini dell'applicazione dell'art. 8 CEDU.

La Corte ha inoltre rilevato che il caso di specie presentava analogie con la causa *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*³⁰, nella quale la stessa era stata chiamata a valutare la compatibilità con la CEDU del rifiuto delle autorità del Lussemburgo di riconoscere un provvedimento peruviano di adozione di un minore a favore di una cittadina lussemburghese. In tale vicenda la Corte aveva riconosciuto l'esistenza di una vita familiare ai sensi dell'art. 8 nonostante il mancato riconoscimento dell'adozione, tenendo conto della circostanza che i legami familiari *de facto* in discussione esistevano da più di dieci anni tra le ricorrenti e che la seconda si comportava a tutti gli effetti come la madre della minore. La Corte ha rilevato inoltre come nella causa *Moretti e Benedetti c. Italia*³¹ essa avesse concluso in favore dell'esistenza di una vita familiare *de facto*, confermata, tra l'altro, dalle perizie condotte sulla famiglia, malgrado l'assenza di un rapporto giuridico di parentela³²: anche in quel caso i ricorrenti avevano trascorso alcuni mesi con il bambino prima che i giudici italiani decidessero di affidarlo ad una diversa famiglia in vista della successiva adozione.

Nel caso *Paradiso e Campanelli* neppure l'assenza di legami genetici tra i ricorrenti e il minore escludeva, per la Corte, l'applicabilità della Convenzione al caso di specie, atteso che la richiesta del riconoscimento del rapporto di filiazione era in collegamento diretto con la vita privata del ricorrente³³.

16. Una volta accertata l'applicabilità della norma convenzionale, la Corte di Strasburgo ha valutato se l'allontanamento del minore dalla famiglia costituisse un'ingerenza legittima nei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU, in base a quanto stabilito dal secondo paragrafo della disposizione, secondo il quale le limitazioni dei diritti tutelati dal primo paragrafo sono ammesse soltanto qualora esse integrino un'ingerenza prevista dalla legge (1), volta a perseguire un fine legittimo (2) e necessaria in una società democratica (3).

17. Per la Corte di Strasburgo, la misura di specie rispettava, con evidenza, le prime due condizioni. Riguardo al primo aspetto, infatti, l'allontanamento del minore risultava dall'applicazione della legge italiana richiamata dalle norme di conflitto nazionali in materia di filiazione³⁴ (art. 33 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato)³⁵, nonché dall'art. 37**bis** della legge ita-

il diritto di adottare (*E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, par. 41, 22 gennaio 2008).

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* (ricorso n. 76240/01). Si vedano su di essa i commenti di P. KINSCH, "Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg", in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 807 ss.; P. PIRRONE, "Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 151 ss.

³¹ *Moretti e Benedetti c. Italia*, cit., par. 50-52.

³² *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 68.

³³ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 70.

³⁴ Ciò presuppone il richiamo della normativa italiana dalla norma di conflitto italiana sulla filiazione (legge nazionale del figlio al momento della nascita). In verità, sia le autorità italiane sia la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno ommesso di valorizzare quanto previsto dal diritto sostanziale russo (Legge federale russa in materia di cittadinanza), il quale, per evitare che soggetti nati in territorio russo restino privi di cittadinanza non potendola acquistare dai genitori stranieri in base alla loro legge nazionale, prevede, in via eccezionale, che a tali soggetti sia conferita la cittadinanza russa. V. in proposito quanto riportato nel *Comparative Study on the Regime on Surrogacy in the EU Member States* elaborato dal PE, sopra citato, p. 338. La presa in considerazione di questo aspetto avrebbe, pertanto, potuto incidere negativamente sulla legittimità dell'ingerenza ai sensi dell'art. 8, par. 2, CEDU.

³⁵ L'art. 33 ("Filiazione") della legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - nella versione precedente le modifiche apportate dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 - stabiliva, infatti: "La filiazione è determinata dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita". Di recente le norme di conflitto italiane in materia di filiazione sono state modificate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 contenente la "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione" (che è stato adottato a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, che ha innovato profondamente la normativa sulla filiazione dell'ordinamento italiano ed in vigore dal 7 febbraio 2014). Il nuovo dettato dell'art. 33 della legge 218/1995, oggi in vigore, così dispone: "Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio

liana sull'adozione internazionale (legge n. 184/1983)³⁶, che prescrive l'applicazione della legge italiana qualora il minore straniero sia in stato di abbandono. Riguardo al secondo profilo, la misura controversa perseguiva uno scopo legittimo dal momento che l'allontanamento del minore dalla famiglia Campanelli mirava a ripristinare l'ordine interno³⁷.

18. Meno evidente, invece, era l'osservanza del terzo requisito convenzionale³⁸, il quale, com'è noto, implica un'ingerenza fondata su un bisogno sociale imperativo e proporzionata al legittimo scopo perseguito³⁹. A questo riguardo, la Corte ha verificato se, nel caso di specie, le autorità italiane avessero assicurato un giusto bilanciamento tra gli interessi perseguiti dallo Stato e gli interessi del minore direttamente coinvolto dalla misura. Nel compiere una tale valutazione essa ha applicato il principio-guida enunciato nella sentenza *Wagner J.M.W.L. c. Lussemburgo*, secondo cui, ogni volta che la situazione di un minore è in gioco, l'interesse superiore di quest'ultimo deve prevalere⁴⁰. Pur nella delicatezza e complessità della vicenda di specie, secondo la maggioranza dei giudici, il mancato riconoscimento della filiazione stabilita all'estero per assenza di un legame genetico con il minore sulla base della legge italiana non costituiva di per sé una decisione irragionevole (a differenza di quanto, invece, era accaduto nel caso *Wagner*)⁴¹.

Restava, tuttavia, da stabilire se in una tale situazione le misure adottate nei confronti del bambino, in particolare il suo allontanamento e il suo affidamento ad una casa famiglia, prima, e ad una famiglia per il preaffido, dopo, costituissero scelte proporzionate, alla luce del superiore interesse del minore. A questo proposito, la Corte ha osservato che la decisione di sottrarre il minore alle cure dei ricorrenti mirava ad interrompere una situazione di illegalità. Tuttavia, secondo la Corte, la necessità di porre rimedio a una situazione illegittima non bastava a giustificare l'adozione di qualsiasi misura, in quanto lo Stato deve avere in ogni caso riguardo all'interesse superiore del minore. Non a caso, infatti, nel caso *Wagner*, le autorità lussemburghesi, pur non avendo riconosciuto la filiazione stabilita all'estero per contrarietà con l'ordine pubblico, non avevano adottato misure di allontanamento del minore o di interruzione della vita familiare. In effetti, una tale misura rappresenta per la Corte una soluzione estrema che può essere giustificata soltanto in caso di pericolo grave e imminente per il minore⁴². Pur riconoscendo la delicatezza e la complessità della situazione di specie, la Corte europea dei diritti umani ha valorizzato la circostanza che il minore era rimasto senza identità per più di due anni⁴³ e che i ricorrenti, giudicati idonei ad adottare qualche anno prima dalle autorità italiane erano stati poi ritenuti incapaci di educare ed amare il figlio solamente per aver aggirato la legge sull'adozione senza che fosse stata disposta a tale riguardo una perizia da parte del tribunale⁴⁴. Pertanto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le autorità italiane non avessero assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco: l'allontanamento del minore costituiva, quindi, un'ingerenza illegittima vietata dall'art. 8 CEDU.

o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino". Sul tema, v. O. LOPES PEGNA, "Riforma della filiazione e diritto internazionale privato", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss. Merita segnalare che, anche applicando la nuova disposizione al caso di specie (non ancora in vigore al momento della pronuncia della Corte e non ancora applicabile *ratione temporis* da parte delle autorità italiane), non sarebbe cambiato l'esito del ragionamento seguito dalla Corte di Strasburgo in merito al rispetto delle condizioni dell'art. 8, par. 2, CEDU.

³⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 72.

³⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 73. Secondo la Corte le misure adottate nei confronti del minore miravano alla «difesa dell'ordine», in quanto la condotta dei ricorrenti si scontrava con la legge sull'adozione internazionale e il ricorso alle tecniche di riproduzione assistita eterologa vietato all'epoca dei fatti. Inoltre, le misure in questione erano volte alla protezione dei «diritti e libertà» del minore.

³⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 74 ss.

³⁹ *Gnahoré c. Francia*, ricorso n. 40031/98, par. 50; *Pontes c. Portogallo*, ricorso n. 19554/09, par. 74.

⁴⁰ *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., par. 133-134, poi confermato da *Mennesson c. Francia*, cit., par. 81 e da *La-bassee c. Francia*, cit., par. 60. Tale principio risulta sancito e tutelato, com'è noto, dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20.11.1989, dall'art. 24 del Patto internazionale sui diritti civili, nonché, nel contesto europeo, dall'art. 24, par. 2 e 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 77.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza della Grande Camera *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 et 41963/98, par. 148; sentenza della Grande Camera, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07, par. 136; sentenza del 13 marzo 2012, *Y.C. c. Regno Unito*, ricorso n. 4547/10, par. 133-138; sentenza del 10 aprile 2012, *Pontes c. Portogallo*, ricorso n. 19554/09, par. 74-80.

⁴³ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁴⁴ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 84.

19. Tuttavia, pur accertando la violazione della Convenzione da parte delle autorità giurisdizionali italiane, la Corte non ha imposto allo Stato convenuto l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante*, ricollocando il minore nella famiglia dei ricorrenti, avendo ormai quest'ultimo sviluppato legami affettivi con la nuova famiglia di accoglienza⁴⁵. La Corte di Strasburgo si è limitata così a riconoscere ai coniugi Campanelli un semplice indennizzo pecuniario.

IV. La rilevanza dell'assenza del legame genetico con i genitori intenzionali rispetto alla nozione di "vita familiare" ai fini dell'art. 8 CEDU

20. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* presenta vari profili di interesse.

In primo luogo, essa pone il problema, del tutto nuovo nella giurisprudenza della Corte, dell'assenza di legame genetico tra genitori (intenzionali) e figli (nati a seguito di maternità surrogata) ai fini dell'accertamento del rapporto di filiazione. Nonostante la novità della situazione, la Corte non sembra aver adeguatamente considerato le implicazioni giuridiche conseguenti al fenomeno. Tale fattore, invece, avrebbe potuto essere valorizzato sotto due diverse direzioni: innanzitutto, nell'ambito della qualificazione della fattispecie concreta in rilievo come "famiglia di fatto" ai sensi dell'art. 8 CEDU, unitamente al profilo dell'illiceità della condotta tenuta dai ricorrenti nei riguardi dell'ordinamento giuridico italiano. In secondo luogo, l'assenza di legami genetici avrebbe potuto incidere sul principio enunciato dalle sentenze gemelle *Menesson/Labassee c. Francia* in merito all'obbligo di riconoscimento dello *status* familiare costituito all'estero a seguito di maternità surrogata, offrendo ulteriori precisazioni sulla portata di questo orientamento.

21. Rispetto alla prima prospettiva evocata, ossia all'ampiezza del campo di applicazione dell'art. 8 CEDU, pare dubbia la conclusione raggiunta dalla maggioranza dei giudici della Seconda Camera a favore della qualificazione del rapporto esistente tra i ricorrenti e il neonato in termini di "vita familiare". La Corte di Strasburgo, come visto, ha riscontrato l'esistenza di una "famiglia di fatto" sulla base di due aspetti: l'uno oggettivo, di natura fattuale, relativo al tempo trascorso tra i ricorrenti e il minore ("*les requérants ont passé avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie*")⁴⁶, e l'altro soggettivo, meramente volontaristico, afferente all'atteggiamento dei coniugi italiani nei confronti del minore ("*les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents*")⁴⁷.

In questa ricostruzione non è stato dato alcun rilievo, invece, né all'illegittimità della condotta dei ricorrenti, né all'assenza di un collegamento genetico tra il minore e i Campanelli. In particolare, quest'ultimo aspetto non è stato giudicato decisivo per affermare l'esistenza della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU: tant'è che la Corte lo ha menzionato sbrigativamente e *ad abundantiam* («à titre surabondant») ⁴⁸ per riconnetterlo non alla nozione di "vita familiare", ma a quella di "vita privata", parimenti tutelata dall'art. 8: "... *Il est vrai qu'aucun lien génétique n'a été établi entre le requérant et l'enfant (a contrario, Keegan, précité, par. 45). Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 protège non seulement la «vie familiale», mais aussi la «vie privée». Cette dernière inclut, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables ... Il semble d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de vie privée comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur ...*". Con questa sintetica precisazione la Corte ha omesso ogni ulteriore riflessione circa la difficoltà oggettiva di dimostrare come, nel caso *Campanelli e Paradiso*, fosse sorto tra i ricorrenti e il minore, fin dalla nascita del bambino, un "*bond amounting to family life*"⁴⁹. In tema di filiazione, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha finora affermato che

⁴⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 88.

⁴⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 69.

⁴⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 69.

⁴⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 70.

⁴⁹ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90, par. 45. In tal caso la Corte ha valorizzato la natura fattuale della relazione familiare che era venuta ad esistenza al momento della nascita. Il figlio in questione era nato dall'unione di due persone non sposate. La Corte ha ritenuto che il minore si era inserito nella famiglia di fatto al momento della nascita, anche se già allora i suoi genitori genetici non convivevano più: "In the present case, the

è la nascita a far sorgere il legame tra genitore e figlio ed è tale legame che deve essere protetto ai sensi dell'art. 8, anche nel caso in cui manchi la coabitazione familiare⁵⁰ o vi sia ritardo nel riconoscimento da parte del padre naturale o affidamento del figlio ad altri parenti⁵¹. Merita inoltre ricordare che, se pare certa la riconducibilità alla "vita familiare" del rapporto tra il genitore che faccia ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita per il concepimento e il figlio, sussistendo il duplice dato del legame biologico e dell'effettività del rapporto, viceversa, è stato chiarito che non sussiste "vita familiare" tra il donatore di sperma e il bambino concepito mediante procreazione medicalmente assistita, non essendo costitutivo di "vita familiare" il mero dato biologico della donazione di seme⁵². Inoltre, più di recente, la Corte di Strasburgo, pronunciandosi in relazione a casi di procreazione medicalmente assistita, ha affermato che il rispetto per la vita privata e familiare include il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori *in senso genetico*⁵³.

Attraverso, invece, il suddetto *escamotage*, la Corte ha proseguito il proprio ragionamento valorizzando l'azione giudiziaria dei ricorrenti tesa a far accertare lo stabilimento del loro *status* genitoriale, concludendo, infine, per l'applicabilità della disposizione: "... *En l'espèce, le requérant a cherché, par la voie judiciaire, à établir s'il était géniteur. Sa demande de reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger s'est donc doublée d'une quête de la vérité biologique, visant à déterminer ses liens avec l'enfant. En conséquence, il existait une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée du requérant. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention ...*".

Il predetto percorso argomentativo confermerebbe indirettamente la conclusione, più condivisibile, secondo cui la situazione di un minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata e privo di legami genetici sia con la madre surrogata sia con i genitori intenzionali non possa assurgere a "relazione familiare di fatto", ma unicamente a "vita privata" ai sensi dell'art. 8 CEDU. La norma convenzionale risulterebbe comunque applicabile al caso di specie, ma limitatamente al profilo della vita privata. Una tale precisazione apporterebbe, è vero, una sensibile modifica nella ricostruzione dei rapporti familiari derivanti da maternità surrogata quale finora elaborata dalla Corte di Strasburgo (in relazione a situazioni concernenti minori geneticamente collegati al solo padre intenzionale)⁵⁴, ma ciò sarebbe ragionevolmente imposto dalla discrasia assoluta esistente, nel caso di specie, tra filiazione biologica e filiazione sociale.

22. Del resto, anche i due giudici dissidenti Raimondi e Spano hanno rilevato come la vita familiare *de facto* dei ricorrenti con il minore si fondasse su un "legame tenue", per il breve periodo trascorso da questi con il neonato, e come i giudici della maggioranza non avessero tenuto in debita considerazione tutte le circostanze nelle quali il bambino era stato posto sotto la custodia dei soggetti interessati. I due giudici, pertanto, hanno escluso che il rapporto di specie costituisca una famiglia di fatto ai sensi dell'art. 8, essendo i ricorrenti privi di qualsiasi legame genetico con il figlio ed avendo questi ultimi cercato illegalmente di costituirla in Italia, violando l'ordine pubblico: «*Nous soulignons que l'article 8 § 1 ne peut pas, à notre avis, être interprété comme consacrant une «vie familiale» entre un enfant et des personnes*

relationship between the applicant and the child's mother lasted for two years during one of which they co-habited. Moreover, the conception of their child was the result of a deliberate decision and they had also planned to get married ... Their relationship at this time had thus the hallmark of family life for the purposes of Article 8 (art. 8). The fact that it subsequently broke down does not alter this conclusion any more than it would for a couple who were lawfully married and in a similar situation. It follows that from the moment of the child's birth there existed between the applicant and his daughter a bond amounting to family life".

⁵⁰ *Keegan c. Irlanda*, cit., par. 44 ("The Court recalls that the notion of the "family" in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together outside of marriage (see, *inter alia*, the Johnston and Others v. Ireland judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, para. 55). A child born out of such a relationship is *ipso iure* part of that "family" unit from the moment of his birth and by the very fact of it. There thus exists between the child and his parents a bond amounting to family life even if at the time of his or her birth the parents are no longer co-habiting or if their relationship has then ended").

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ricorso n. 22070/93, par. 35.

⁵² Così Comm. Edu, *JRM c. Paesi Bassi*, 8 febbraio 1993.

⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza della Grande Camera del 4 dicembre 2007, *Dickson c. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04, par. 66; sentenza della Grande Camera del 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*, ricorso n. 6339/05, parr. 71-74.

⁵⁴ V. i casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, cit.

*dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public*⁵⁵.

23. D'altra parte, in una situazione del genere, nemmeno il richiamo all'elemento volontaristico, valorizzato dalla Corte ai fini della riconducibilità della fattispecie nell'alveo del rapporto familiare di fatto, può favorire, da solo, l'insorgenza di una situazione di questo tipo: non vi è dubbio che la scelta di concepire un figlio sia una decisione che afferisce alla vita privata e familiare degli individui, ma l'art. 8 CEDU non può essere costruito come una disposizione posta a tutela del diritto di concepire un figlio ad ogni costo⁵⁶. In altre parole, è da ritenere che il principio della responsabilità procreativa, sempre più spesso invocato dalla giurisprudenza sia internazionale che nazionale in tema di filiazione, non possa vincere la discendenza genetica, soprattutto quando essa si abbini a condotte illecite. È condivisibile allora l'atteggiamento tenuto dalle autorità italiane nel caso di specie: l'illiceità delle condotte dei genitori intenzionali aveva neutralizzato la responsabilità procreativa, facendo dubitare delle reali capacità affettive e educative dei due ricorrenti. Del resto, l'opinione espressa dalle autorità italiane non contrasta, bensì si coordina, con la tendenza della giurisprudenza interna a valorizzare il principio della responsabilità procreativa, atteso che il cd. *favor affectionis* ha sempre riguardato situazioni in cui i minori coinvolti erano geneticamente collegati con almeno uno dei genitori legali⁵⁷.

Il rischio di valorizzare la circostanza che i ricorrenti vengano inquadrati in una relazione familiare per il solo fatto di essersi comportati come genitori, assumendosi la responsabilità genitoriale sul minore, potrebbe poi confliggere con il rilievo, formulato dalla stessa Corte di Strasburgo, secondo cui l'art. 8 CEDU non protegge il semplice desiderio di fondare una famiglia, ma presuppone l'esistenza di una famiglia, per lo meno di un minimo di relazione potenziale che avrebbe potuto svilupparsi tra i soggetti interessati⁵⁸.

1. ...e rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione

24. In secondo luogo, l'assenza di un legame genetico tra i genitori committenti (e la madre surrogata) e il figlio poteva incidere sulla questione irrisolta - per vizi procedurali - della compatibilità con l'art. 8 CEDU del rifiuto di trascrivere il certificato di nascita straniero emesso a seguito di

⁵⁵ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, p. 31, par. 3.

⁵⁶ Esprimono una preoccupazione analoga anche P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", Working Paper No. 2015/2, consultabile al seguente indirizzo http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf, p. 9. Essi auspicano, infatti, che la Grande Camera nella causa *Paradiso e Campanelli* colga l'occasione per restringere la nozione di famiglia di fatto dell'art. 8 CEDU: "It is not for the ECtHR to effectively create "family rights" for any couple in Europe who want to have a baby by hiring a surrogate mother anywhere in the world even when neither intending parent has a genetic relationship with the child".

⁵⁷ V. in tal senso, la sentenza della Corte d'Appello di Bari del 13 febbraio 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699 ss., relativa al riconoscimento in Italia di due *parental orders* emanati da un giudice inglese che attribuivano lo *status* di genitori alla madre committente (non genetica) e al padre committente (genetico) rispetto a due figli avuti ricorrendo alla maternità surrogata nel Regno Unito. Il riconoscimento mirava a rettificare gli atti di nascita con i quali i due minori erano stati inizialmente indicati come figli della madre biologica (la madre surrogata). Sulla decisione della Corte di Appello di Bari hanno inciso alcuni fattori: quali, la legalità del comportamento dei coniugi rispetto al diritto dello stato di nascita inglese (e di origine del padre), nonché la circostanza che la nascita dei bambini era avvenuta prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 sulla fecondazione assistita (e, dunque, prima dei divieti di maternità di surrogata e di fecondazione eterologa da essa stabiliti). La Corte di Appello ha, infine, valorizzato la circostanza che i figli avessero trascorso in Italia dieci anni come figli della madre non biologica. Su di essa si vedano i commenti di C. CAMPIGLIO, "Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss., nonché di M. CASTELLANETA, "Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata", in *Guida al diritto*, 2009, p. 50 ss. Sulla preminenza del principio della responsabilità procreativa, rispetto a situazioni legalmente costituite all'estero e in assenza di illiceità delle condotte dei genitori sociali, si vedano anche la sentenza Tribunale di Napoli 1° luglio 2011, in *Int'l Lis*, 2009, p. 20 ss., nonché, più di recente, la sentenza della Corte di Appello di Torino del 29 ottobre 2014, che ha accolto la domanda di trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita spagnolo di un minore, nato in Spagna da due donne coniugate, che avevano ivi fatto ricorso alla fecondazione assistita eterologa (in conformità alle disposizioni contenute nella Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida ("LTRA")). Su di essa si veda il commento di E. DI NAPOLI, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *GenIUS*, n. 1, 2015, p. 258 ss.

⁵⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 67.

maternità surrogata. Tale aspetto solleva, infatti, alcuni dubbi circa l'ampiezza degli obblighi di tutela imposti dall'art. 8 CEDU in questa materia. In altre parole, resta incerto, dopo la sentenza *Paradiso e Campanelli*, se il diniego opposto dalle autorità dello Stato d'origine alla trascrizione dei certificati di nascita stranieri di figli nati da embrioni creati attraverso materiale genetico non appartenente a quello dei genitori intenzionali sia conforme al diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dalla Convenzione.

25. La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora avuto modo di pronunciarsi su questo aspetto, essendosi finora occupata di situazioni coinvolgenti soggetti geneticamente legati al (solo) padre committente (senza la partecipazione genetica né della madre committente, né della madre surrogata, quindi con ovulo proveniente da donatrice anonima).

In relazione a situazioni implicanti un padre biologico, nelle sentenze gemelle *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia* del 2014⁵⁹, la Corte di Strasburgo ha stabilito, infatti, l'obbligo per gli Stati contraenti di riconoscere lo *status* di figlio nato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata in forza del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU (ma non anche del diritto al rispetto della vita familiare),⁶⁰ in quanto tale prerogativa implica il diritto di ogni individuo di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, ivi compreso il rapporto di filiazione⁶¹. Più precisamente, in tali sentenze la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, ha ravvisato il superamento del suddetto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest'ultimo sia anche padre biologico. Tale orientamento risulta accolto nella giurisprudenza più recente di alcuni Stati contraenti⁶², in relazione a casi analoghi di accordi di maternità surrogata conclusi all'estero.

26. Secondo alcuni commentatori, una tale conclusione sarebbe intrinsecamente collegata al legame genetico intercorrente tra i minori e il padre biologico⁶³. Ciò risulterebbe da un *obiter dictum*

⁵⁹ *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia*, citate. Sulle sentenze si veda la nota di J. GUILLAUMÉ in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.; L. D'AVOUR, "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labasse", in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss.; M.M. GIUNGI, "Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 953 ss. e C. DANISI, "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", in www.articolo29.it.

⁶⁰ A tale riguardo, le due sentenze spiegano che l'ingerenza rispetto al rispetto della vita familiare derivante dal mancato riconoscimento dello *status* giuridico del figlio costituito all'estero non era sproporzionata. Infatti, gli effetti concreti derivanti dal diniego della trascrizione dei certificati di nascita stranieri nei registri di stato civile francesi, pur comportando difficoltà pratiche per la vita quotidiana dei minori ("... ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire les troisième et quatrième d'entre eux à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales ...") non impedivano, tuttavia, agli stessi di vivere con i genitori sociali in Francia e di beneficiare in tale Stato del diritto al rispetto della vita familiare: v. *Mennesson c. Francia*, cit. par. 87-95, e *Labasse c. Francia*, cit., par. 66-74.

⁶¹ *Mennesson c. Francia*, cit., par. 96-100 e *Labasse c. Francia*, cit., par. 75-79.

⁶² V., ad esempio, la sentenza della Cour de Cassation, 3 luglio 2015 n. 619 che, applicando il principio enunciato dalle sentenze *Mennesson e Labasse* ha annullato la decisione della Corte di Appello di Rennes ordinando la trascrizione del certificato di nascita straniero di un minore nato in Russia a seguito di maternità surrogata che indicava un cittadino francese, il padre committente biologico, come il padre legale dello stesso e la madre surrogata russa come la madre legale. In tale decisione la Suprema Corte francese ha stabilito che le norme francesi sull'atto di stato civile redatto all'estero (articolo 47 del code civil e articolo 7 del decreto 3 agosto 1962) dovevano essere interpretate alla luce dell'art. 8 CEDU. In altre parole, un accordo di maternità surrogata concluso all'estero non giustificava il rifiuto della registrazione di un certificato di nascita straniero di un minore il cui padre biologico è un cittadino francese, anche se il diritto francese (Art. 16-7 e 16-9 del code civil) vieta espressamente qualsiasi accordo di maternità surrogata in Francia, per contrarietà al principio (di ordine pubblico) dell'indisponibilità dello stato delle persone.

⁶³ P. BEAUMONT/K. TRIMMINGS, "Recent Jurisprudence", cit., p. 8. Resta, invece, incerto se l'obbligo di riconoscimento imposto dalle sentenze *Mennesson/Labasse* valga anche in favore del genitore non biologico o rispetto alla madre committente

delle sentenze *Menesson e Labassee* ove si dichiara che: "... *Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun ... on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ...*"⁶⁴. Una tale interpretazione è, in verità, troppo restrittiva: pare, piuttosto, che la valorizzazione sopra citata del legame genetico tra genitore e figlio miri semplicemente a rafforzare il convincimento della Corte sulla violazione del diritto alla vita privata derivante dal mancato riconoscimento della filiazione. Nei casi *Menesson e Labassee*, infatti, la negazione del collegamento biologico costituirebbe, *a fortiori*, un'indebita lesione dell'identità del figlio nato da maternità surrogata.

È da credere, in sostanza, che dalle sentenze *Menesson e Labassee* possa ricavarsi, in via più generale, l'obbligo positivo degli Stati contraenti di tutelare l'identità personale di un minore, nato attraverso maternità surrogata, in quanto individuo, a prescindere dai suoi legami biologici con i genitori intenzionali, al fine di evitare l'insorgenza di situazioni in cui la condizione giuridica del minore risulti abbandonata ad uno stato di incertezza o, peggio, di inesistenza, così come accaduto al neonato del caso *Paradiso e Campanelli*. Questa interpretazione sembrerebbe indirettamente supportata da un passaggio delle due sentenze gemelle in cui la Corte ha valorizzato il rischio di un'indebita compressione dell'identità dei minori coinvolti in questa materia: "... *les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant*"⁶⁵. A ciò dovrebbe poi aggiungersi il rilievo conferito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'assenza di identità del neonato per oltre due anni⁶⁶.

Una tale doglianza, tuttavia, non potrebbe essere proposta dai genitori intenzionali, per carenza di legittimazione attiva degli stessi: non a caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato la domanda avanzata dai coniugi *Campanelli* a nome del minore, rilevando proprio, tra le altre cose, l'assenza di qualsiasi legame genetico con il bambino.⁶⁷ Pertanto, soltanto i "nuovi" genitori del minore, designati dalle autorità italiane per il pre-affido, potrebbero lamentare una tale violazione, una volta esauriti, naturalmente, tutti i rimedi giurisdizionali di diritto interno.

27. Alla luce di quanto detto, provando ad ipotizzare una possibile soluzione circa la riconoscibilità del rapporto di filiazione, nell'ipotesi in cui la Corte di Cassazione avesse confermato il diniego della trascrizione del certificato di nascita straniero, la Corte di Strasburgo non avrebbe potuto applicare

genetica. Riguardo a quest'ultimo profilo, l'applicazione analogica del principio *Menesson/Labassee* non è scontata, vista la perdurante rilevanza, in sede di accertamento della maternità, del principio che collega la maternità all'evento del parto (*mater semper certa est*).

⁶⁴ *Menesson c. Francia*, cit., par. 100 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 79. Va segnalato, inoltre, che la soluzione enunciata dalla Corte di Strasburgo nelle cause *Menesson/Labassee* sembrava dipendere anche dalla circostanza che il riconoscimento della filiazione tra il minore e il padre biologico (cittadino francese) fosse completamente precluso dal diritto francese, che impediva non solo la trascrizione del certificato di nascita straniero, ma anche il riconoscimento della paternità o l'acquisto della paternità tramite adozione.

⁶⁵ *Menesson c. Francia*, cit., par. 99 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 78.

⁶⁶ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁶⁷ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 45-50, in particolare par. 49: "En l'espèce, la Cour observe tout d'abord que les requérants n'ont aucun lien biologique avec l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si le certificat de naissance établi en Russie a déployé des effets en Italie et lesquels, l'enfant a été placé sous tutelle depuis le 20 octobre 2011 et a été représenté par le tuteur dans les procédures internes. La procédure visant la reconnaissance du lien de filiation en Italie n'a pas abouti et l'enfant a une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance. Les requérants ont été déboutés de la procédure visant l'adoption de l'enfant. La procédure visant à donner en adoption l'enfant à une autre famille est en cours, et l'enfant est déjà placé dans une famille d'accueil. Aucune procuration n'a été signée en faveur des requérants pour que les intérêts de l'enfant soient représentés par eux devant la Cour. Ceci implique que les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire".

sic et simpliciter il principio delle sentenze *Menesson e Labassee*. Infatti, di fronte al caso di un minore privo di legami biologici sia con i genitori sociali sia con la madre surrogata straniera, la scelta delle autorità italiane di negare il riconoscimento dello *status* contenuto nel certificato di nascita straniero, ottenuto attraverso condotte illecite dei genitori sociali, sarebbe stata, a mio parere, proporzionata, e rispettosa del superiore interesse del minore. L'evidente violazione della vita privata del minore non dipendeva, infatti, in questo caso, come nelle sentenze *Menesson e Labassee*, dal diniego del riconoscimento dello *status* familiare creato all'estero (che corrisponde ad una scelta sovrana dello Stato motivata da ragioni di ordine pubblico), ma dal fatto, ad esso conseguente (ma non inevitabile), che le autorità italiane non avessero tempestivamente provveduto, nelle more del procedimento di adozione, a sopperire alla situazione di inesistenza giuridica del minore con il conferimento di una nuova identità. È infatti di primaria importanza, come evidenziato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, “*qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale*”⁶⁸ secondo quanto richiesto dall'art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

Contrariamente, l'accertamento di una violazione dell'art. 8 CEDU per effetto di una pedissequa applicazione del principio *Menesson e Labassee*, anche in assenza di un legame genetico tra i genitori committenti e il figlio avrebbe avallato l'abuso delle tecniche di fecondazione eterologa, allo scopo di ottenere figli (non biologici) senza subire i vincoli e le attese delle procedure di adozione.

28. Sembra aver tenuto conto di quest'ultimo pericolo anche la Corte di Cassazione italiana che, di recente, in un caso per certi versi analogo alla vicenda *Paradiso e Campanelli*, ha rifiutato la trascrizione di un certificato di nascita straniero attestante il rapporto di filiazione tra la coppia committente ed un neonato, per contrarietà all'ordine pubblico internazionale⁶⁹: “... *Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*”⁷⁰. Si trattava anche in questo caso di una coppia di cittadini italiani impossibilitata ad avere figli, cui era stata per tre volte negata l'autorizzazione ad adottare “*per grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva*”⁷¹. Anche in questa causa non vi era alcun legame genetico tra i genitori intenzionali ed il figlio e i coniugi avevano tenuto un comportamento fraudolento, avendo reso dichiarazioni false (il certificato di nascita ucraino attestava che il neonato era figlio dei due cittadini italiani) ed avendo tentato di aggirare la normativa italiana in materia di adozione⁷². L'illiceità della condotta era in questo caso evidente anche rispetto alla *lex loci actus*, posto che la legge ucraina consente la fecondazione eterologa a condizione che gli ovociti non appartengano alla madre surrogata e che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente. La Corte di Cassazione ha altresì precisato che il divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge italiana non si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, bensì si coordina con esso: “*Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come det-*

⁶⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.

⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 26 settembre 2014 n. 24001 depositata in data 11 novembre 2014 in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3408 ss. Sulla sentenza si veda il commento di M. DISTEFANO, “Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre”, in *GenIUS*, 2015, n. 1, p. 160 ss.

⁷⁰ Corte di Cassazione, n. 24001/2014, cit., par. 3.1.

⁷¹ La coppia aveva anche superato da tempo l'età utile in Italia ad adottare bambini in tenera età. I due recatisi allora in Ucraina avevano concluso un accordo di maternità surrogata commerciale. La madre surrogata ucraina aveva quindi partorito un bambino concepito attraverso la fecondazione di gameti di donatori anonimi.

⁷² Era stata quindi negata la trascrizione del certificato di nascita nel registro di stato civile italiano ed era stato aperto un procedimento penale a carico della coppia per alterazione di stato. Contemporaneamente, il Tribunale per i minorenni aveva dichiarato lo stato di abbandono e di adottabilità del minore ai sensi della legge italiana, collocandolo presso una coppia da scegliersi tra quelle in lista per l'adozione nazionale e sospendendo l'esercizio della potestà parentale alla coppia.

to, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. ...”⁷³.

V. Il difficile bilanciamento tra il principio del superiore interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico: alla ricerca di un “giusto equilibrio”

29. Un ulteriore profilo di interesse della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* riguarda la rilevanza attribuita al principio del superiore interesse del minore nell'ambito della verifica condotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attorno alla legittimità delle interferenze previste dalla “clausola di limitazione” dell'art. 8, par. 2, CEDU.

Nel valutare la proporzionalità della misura dell'allontanamento del minore disposta dalle autorità giudiziarie italiane⁷⁴, la Corte di Strasburgo ha ribadito, innanzitutto, il principio ormai consolidato, secondo cui “il doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer”⁷⁵. È infatti alla luce del superiore interesse del minore, da apprezzare rispetto a tutte le circostanze del caso concreto, che la Corte è chiamata a svolgere il suo sindacato sul rispetto della Convenzione, stabilendo se l'applicazione delle norme legislative nazionali operata dalle autorità dello Stato convenuto ha realizzato un “giusto equilibrio” tra gli interessi contrapposti in gioco, ossia tra l'interesse pubblico della collettività e gli interessi privati dei soggetti coinvolti.

30. Lo svolgimento di un tale controllo presenta, tuttavia, alcune criticità.

Innanzitutto, non è chiaro *fin dove* possa spingersi la valorizzazione dell'interesse superiore del minore e la conseguente compressione del margine di apprezzamento statale in un contesto così delicato come quello della maternità surrogata, nel quale gli Stati detengono un potere di azione del tutto discrezionale⁷⁶. Certamente, pare implicito nella stessa esigenza di ricercare un “giusto” equilibrio tra gli interessi in rilievo che la preminenza sopra indicata del superiore interesse del minore, nella sua funzione di controlimite all'ordine pubblico⁷⁷, non possa tradursi nel completo (e automatico) superamento dell'operatività del limite⁷⁸, dovendosi semmai concepire come un bilanciamento tra componenti interne dello

⁷³ Corte di Cassazione, n. 24001/2014, cit., par. 3.1.

⁷⁴ “L'esigenza di proporzionalità richiesta dall'art. 8, par. 2, CEDU non è oggetto di un'elaborazione teorica o di una precisa definizione nella giurisprudenza della Corte e la sua intensità (stretta proporzionalità, ragionevole proporzionalità, ecc.) varia in funzione del diverso margine di apprezzamento di volta in volta riconosciuto agli Stati nel determinare il punto di equilibrio tra le esigenze concorrenti”. Così S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 300 (par. II.4. su articolo 8 CEDU).

⁷⁵ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 75. Tale principio era stato già enunciato dalla sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, cit., par. 133-134 e è stato ribadito dalle successive sentenze *Menesson c. Francia*, cit., par. 81 e *Labassee c. Francia*, cit., par. 60.

⁷⁶ Com'è noto, l'ampiezza del margine di apprezzamento varia in ragione di diversi fattori, tra i quali la natura del diritto in gioco e la sua importanza per l'individuo, la natura dell'interferenza e l'obiettivo da essa perseguito.

⁷⁷ Cfr. S. TONOLO, “Identità personale, maternità surrogata”, cit., p. 207-208, che precisa come nelle sentenze *Menesson* e *Labassee* la Corte europea “si ricollega a tale orientamento chiarendo che anche nei casi di atti di nascita derivanti da maternità surrogata l'interesse al rispetto dell'identità personale può valere come controlimite al principio di ordine pubblico”. Sulla ricostruzione dell'interesse superiore del minore come controlimite dell'ordine pubblico, la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già espressa nei casi *Wagner v. Lussemburgo* e *Negreptis-Giannisis c. Grecia* attorno al rifiuto delle giurisdizioni lussemburghesi e greche di riconoscere giuridicamente una adozione stabilita da sentenze straniere. V. sentenza 3 maggio 2011, *Negreptis-Giannisis c. Grecia* (ricorso n. 56579/08), su cui P. FRANZINA, “Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss. Sulle due sentenze si veda altresì il commento di P. KINSCH, “L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, in P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, cit., p. 43 ss.

⁷⁸ Le sentenze *Menesson* e *Labassee* secondo S. Tonolo, “Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., p. 206-207 offrono chiare indicazioni per superare positivamente il limite dell'ordine pubblico: “... si ammette la prevalenza della realtà sociale su quella biologica ritenendo sproporzionata l'ingerenza dello Stato che si rifiuti di

stesso ordine pubblico. E, in effetti, neppure la precisazione enunciata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza in esame, in merito alla portata dell'ordine pubblico, può essere letta come la proclamazione di un inesorabile tramonto del limite: *“la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, 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”*⁷⁹. Essa, piuttosto, si limita a ribadire la centralità della protezione dei minori in qualsiasi contesto essi siano coinvolti, anche in quelli ove il margine di apprezzamento statale è più ampio in ragione dei diritti in gioco (tutela della dignità e della persona umana) e dove tutt'ora manca un consenso europeo. Questa preoccupazione di tutela, tuttavia, non dovrebbe annientare, *sic et simpliciter*, lo spazio di manovra statale, così come enunciato, peraltro, dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011 resa nel caso *H.S. e altri c. Austria* in relazione alla procreazione medicalmente assistita.⁸⁰

Come visto, nella sentenza in esame, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato sproporzionata l'ingerenza rappresentata dalla misura dell'allontanamento del minore, alla luce, soprattutto dell'esigenza di tutelare l'identità del bambino (essendo quest'ultimo rimasto senza identità per più di due anni)⁸¹.

31. Secondo i giudici dissenzienti Raimondi e Spano, invece, l'applicazione delle norme interne operata, nella specie, dalle autorità italiane aveva garantito un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati in gioco, in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare: l'allontanamento del minore dai genitori committenti costituiva, a loro avviso, un'ingerenza conforme alle condizioni prescritte dall'art. 8, par. 2, CEDU⁸².

Secondo i due giudici, infatti, nell'analisi della proporzionalità dell'interferenza, la Corte avrebbe ommesso di considerare la situazione di illegalità sottesa alla presunta costituzione di una vita familiare *de facto*⁸³. In particolare, la maggioranza dei giudici della Camera non avrebbe valorizzato gli argomenti delle autorità nazionali collegati (1) all'assenza comprovata di legami genetici tra il minore e i ricorrenti⁸⁴, essendo irrilevante la buona fede invocata dai Campanelli al riguardo (*“la bonne foi de l'intéressé ne pouvait pas créer le lien biologique qui faisait défaut”*)⁸⁵, (2) al fatto che la legge russa non precisa se sia necessario un legame biologico tra i futuri genitori e il nascituro⁸⁶ e (3) alla violazione della normativa sull'adozione, ottenuta anche attraverso l'inosservanza delle limitazioni contenute nell'autorizzazione ad adottare.

La ponderazione di questi elementi avrebbe dovuto condurre ad una conclusione opposta, avendo le autorità italiane agito nel rispetto della legge, ai fini della difesa dell'ordine e allo scopo di tutelare

formalizzare questa prevalenza in ragione del principio dell'indisponibilità dello stato personale. L'indisponibilità dello stato personale non costituisce più un principio assoluto perché non appare più assoluta la coincidenza tra verità biologica e giuridica: quest'ultima risulta sempre più condizionata dall'interesse del bambino ad essere accudito in un ambito familiare”.

⁷⁹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 80.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 novembre 2011, *H.S. e altri c. Austria*, ricorso n. 57813/00. Su di essa V. SCHERPE, “Medically Assisted Procreation: this margin needs to be appreciated, ECtHR, Grand Chambers, 3.11.2011”, in *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 276 ss., A. VIVIANI, “Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e... i passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 196 ss.

⁸¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., parr. 81-87, in particolare, par. 85.

⁸² Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 5 ss.

⁸³ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 3.

⁸⁴ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, par. 11: *“Le tribunal pour mineurs de Campobasso a estimé que l'enfant ne bénéficiait pas d'un environnement familial adéquat au sens de la loi sur l'adoption internationale. Les juges nationaux ont pris en compte le fait que l'enfant était né de parents biologiques inconnus et que la mère porteuse avait renoncé à lui. Ils ont ensuite attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants s'étaient retrouvés : ces derniers avaient amené l'enfant en Italie en faisant croire qu'il s'agissait de leur fils et avaient ainsi violé le droit italien, en particulier la loi sur l'adoption internationale et la loi sur la reproduction assistée. Ils ont en outre déduit du fait que les requérants s'étaient adressés à Rosjurconsulting une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément obtenu et ont estimé que cette situation résultait d'un désir narcissique du couple ou que l'enfant était destiné à résoudre des problèmes du couple. Dès lors, le tribunal a jugé que l'on pouvait douter des capacités affectives et éducatives des requérants, et qu'il était donc nécessaire de mettre un terme à cette situation en éloignant l'enfant du domicile des requérants et de supprimer toute possibilité de contact avec lui».*

⁸⁵ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano, par. 10.

⁸⁶ I coniugi Campanelli inoltre non avevano fatto valere la tesi, dinanzi ai giudici nazionali, secondo cui nel diritto russo l'esistenza di un legame genetico con almeno uno dei futuri genitori non era necessaria ai fini della gestazione surrogata.

i diritti e la salute del minore⁸⁷. Oltretutto, nel garantire il principio del superiore interesse del minore si sarebbe dovuta considerare anche la deliberata costituzione di una vita familiare da parte di soggetti di età avanzata incapaci di garantire la pienezza di esercizio dei doveri genitoriali⁸⁸: come visto, infatti, i Campanelli erano stati riconosciuti idonei ad adottare, ma non bambini in tenera età.

32. La diversa conclusione raggiunta invece dalla Corte rischierebbe inoltre di neutralizzare le libere scelte nazionali in tema di maternità surrogata, privando di qualsiasi rilievo la volontà legislativa interna e imponendo, alla fine, di fatto, la regolamentazione del fenomeno. Questo pericolo è stato riscontrato anche dai due giudici dissenzienti, i quali hanno evidenziato come la posizione della maggioranza equivalga, nella sostanza, a negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla maternità surrogata: “... *la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (Menesson c. France, no 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et Labassee c. France, (no 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant.*”⁸⁹.

33. In secondo luogo, non è nemmeno chiaro come la Corte di Strasburgo intenda garantire il raggiungimento di un giusto equilibrio tra interessi che tenga altresì conto della prevalenza del superiore interesse del minore nelle situazioni in cui la filiazione discenda dal ricorso alla maternità surrogata. Se è vero che un tale apprezzamento non può essere assicurato in astratto, ma solo alla luce di tutte le circostanze di fatto della fattispecie, allora una tale missione comporta il rischio che la Corte di Strasburgo finisca per travalicare i confini dei poteri ad essa attribuiti dalla CEDU, sostituendo il suo giudizio a quello dei giudici nazionali, e divenendo così “giudice di quarta istanza”, in violazione del principio di sussidiarietà⁹⁰.

Un tale pericolo è assai concreto in questo tipo di valutazioni ed è stato, non a caso, registrato dai giudici dissenzienti Spano e Raimondi: “*À notre avis, il n'y a aucune raison de remettre en jeu l'évaluation faite par les juges italiens. La majorité substitue sa propre évaluation à celle des autorités nationales, mettant ainsi à mal le principe de subsidiarité et la doctrine de la « quatrième instance ». ... Dans ce genre d'affaires, dans lesquelles les juridictions nationales sont confrontées à des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l'enfant d'une part et des exigences d'ordre public de l'autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l'évaluation des juges nationaux est entachée d'arbitraire. Les arguments développés par la majorité (paragraphes 82-84 de l'arrêt) ne sont pas convaincants. En particulier nous estimons que la question de l'établissement de l'identité de l'enfant n'a pas d'impact sur la décision de 2011 de le séparer des requérants et pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même*”⁹¹.

In effetti, nella sentenza *Paradiso e Campanelli*, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra imporre una propria valutazione diretta dei fatti di causa (senza peraltro disporre degli strumenti giuridici utili a valutare la condizione del minore coinvolto), anziché degli argomenti impiegati dalle autorità nazionali per l'adozione della misura di allontanamento.

⁸⁷ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondo e Spano, par. 12.

⁸⁸ Così S. TONOLO, “La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore”, cit., p. 105.

⁸⁹ Parere parzialmente dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, cit., par. 15.

⁹⁰ Si veda una critica analoga della tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ad atteggiarsi a giudice di quarta istanza in relazione al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni straniere nel contesto del regolamento CE n. 44/2001 riguardo alla sentenza *Avotiņš c. Lettonia* del 25 febbraio 2014 (ricorso n. 17502/07), su cui è attesa la decisione della Grande Camera. In proposito, O. FERACI, “La tutela ‘indiretta’ dell’art. 6, par. 1, CEDU in tema di processo contumacia civile con riguardo all’efficacia delle decisioni straniere rese da giudici di Stati membri dell’Unione europea”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 188 ss.

⁹¹ Opinione congiunta parzialmente dissenziente giudici Spano e Raimondi, cit., par. 13 e 14.

34. Infine, sembra necessario rilevare una certa incongruenza interna nell'apprezzamento condotto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attorno al principio del superiore interesse del minore. Dopo aver giudicato, infatti, che la separazione del bambino dalla famiglia intenzionale non era nell'interesse del minore (ed era quindi contraria all'art. 8 CEDU), la Corte ha poi subito precisato che il ritorno del piccolo nella famiglia Campanelli non rientrava (già) più nel suo superiore interesse, avendo ormai quest'ultimo instaurato legami affettivi e sociali con la famiglia di accoglienza. Questa sorta di "schizofrenia" del giudizio concreto sul principio dell'interesse superiore del minore contribuisce, a mio avviso, a far dubitare dell'effettiva violazione del diritto dei Campanelli al rispetto della loro vita familiare e privata e suscita, al contrario, il dubbio che il principio venga usato non come strumento a tutela del minore nato da maternità surrogata, ma come "grimaldello" da parte dei genitori intenzionali per la realizzazione di *qualsiasi* progetto parentale, anche a scapito di valori fondamentali della persona umana.

D'altronde, la difficoltà di garantire il superiore interesse del minore in questa materia si scontra altresì con le caratteristiche intrinseche della maternità surrogata, in cui, a seconda della tipologia di accordo concluso e della liberalità delle condizioni soggettive e oggettive applicabili, possono emergere profili particolarmente lesivi della dignità e del benessere del minore (oltre che della madre surrogata), soprattutto quando manca un collegamento genetico con i futuri genitori e si creino *ad hoc* embrioni fecondati artificialmente attraverso gameti di donatori anonimi. Occorre quindi che l'accordo di maternità surrogata venga valutato non solo nella prospettiva dei genitori intenzionali, che, attraverso di esso, intendono diventare genitori, ma anche, e soprattutto, nella prospettiva del minore, che ha diritto a essere figlio nelle stesse condizioni di salute e benessere garantite ai minori nati attraverso la procreazione naturale. La Corte, pur avendo compreso questa preoccupazione ("... *il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale*"⁹²), non sembra, tuttavia, averne tratto, come visto, tutte le adeguate implicazioni.

VI. Considerazioni conclusive

35. La sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* si segnala per aver posto, per la prima volta, all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo la questione dell'assenza di legame genetico tra genitori committenti e figlio nato a seguito di maternità surrogata all'estero. Tuttavia, come visto, la Corte non sembra aver sviluppato pienamente le implicazioni derivanti dall'incidenza di un tale fattore, né sull'accertamento dell'esistenza della "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 CEDU, né sulla riconoscibilità, nello Stato di origine dei genitori intenzionali, del rapporto di filiazione costituito all'estero, questione, quest'ultima, su cui la Corte non si è, peraltro, pronunciata per questioni di carattere processuale.

Le riflessioni critiche sin qui condotte evidenziano un quadro dei rapporti tra maternità surrogata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo ancora incerto e, in buona parte, lacunoso. Restano ancora dubbi sulle conseguenze del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione e sulle tecniche alternative per il suo accertamento in un tale contesto, nonché sulla compatibilità di queste ultime con la CEDU. Parimenti, l'analisi del giudizio di bilanciamento tra l'ordine pubblico e il principio del superiore interesse del minore in questa materia, ai fini della clausola di limitazione dell'art. 8, par. 2, CEDU, evidenzia alcune criticità circa l'ampiezza di un tale controllo e le modalità del suo concreto svolgimento. Emergono, in particolare, due rischi: (1) che la Corte europea dei diritti dell'uomo si trasformi in "giudice di quarta istanza" e (2) che, attraverso decisioni analoghe alla *Paradiso e Campanelli*, la Corte giunga a neutralizzare le politiche legislative nazionali sulla maternità surrogata. Sarà, quindi, interessante valutare come si esprimerà anche su queste questioni la Grande Camera, dinanzi alla quale pende attualmente la causa a seguito del rinvio proposto ai sensi dell'art. 43 CEDU.

⁹² *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 85.