



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Situazioni giuridiche soggettive** – Vita privata e familiare – *Vita privata come intimità – Divieto di gestazione per altri e conservazione del legame familiare di fatto*

Titolo: *Interesse superiore del minore nato da gestazione per altri*

Autore: **STEFANIA STEFANELLI**

Sentenza di riferimento: Corte eur. dir. uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sentenza 27 gennaio 2015, II sezione (ric. n. 25358/12); Cassazione civ., sentenza 11 novembre 2014, n. 24001, I sezione; Cassazione pen., 5 aprile 2016, n. 13525, V sezione.

Parametro convenzionale: Articolo 8 CEDU

Parole chiave: Diritto al rispetto della vita privata e familiare, gestazione per altri, interesse del minore alla conservazione dei rapporti familiari di fatto, limite dell'ordine pubblico.

Abstract

In the case of Paradiso and Campanelli v. Italy, on January 27th 2015, the ECHR decided that a child born by surrogacy abroad and social parents enjoy protection of the right to family life. Article 8 of the Convention protect their right to private and family life even though the surrogacy is forbidden in Italy, and without genetic link between child and parents, in force of a de facto family life, after a period of cohabitation of eight months. The Court concluded that Italy could not taking the child away from the foster parents, because the public order cannot violate the best interest of the child to remain with his foster family.

1. *La decisione.* Una coppia di coniugi italiani, constatata l'incapacità di generare anche attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita ed ottenuta la dichiarazione di idoneità all'adozione di minori, si rivolge ad una società russa perché, generato *in vitro* un embrione attraverso l'unione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

dei gameti dell'uomo con quelli di una donatrice anonima, lo impianti in una madre surrogata. Alla nascita del bambino, il 27 febbraio 2011, in conformità con la legislazione nazionale, la puerpera sottoscrive una dichiarazione di rinuncia a qualsiasi pretesa nei suoi confronti, e viene formato un atto di nascita che indica come genitori i coniugi italiani. Il consolato italiano in Russia comunica che il fascicolo relativo alla nascita del bambino contiene dati falsi, e per tale ragione prende avvio il procedimento penale per l'ipotesi di reato di alterazione di stato e false attestazioni, ai sensi degli artt. 489 e 479 c.p., e per violazione dell'articolo 72 della l. adozione n. 183/1984. In esito alle indagini, il Ministero dell'Interno ordina il rifiuto di dar seguito alla richiesta di trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile; sull'opposizione dei genitori, ed accertato che neppure il marito è genitore biologico del nato – non potendosi, tuttavia determinare se fosse in buona fede nel credere il contrario, per aver affidato il proprio liquido seminale alla consorte che lo ha portato presso la clinica russa – il Tribunale di Larino e poi la Corte d'Appello di Campobasso dichiarano lo stato di abbandono e quindi di adottabilità del neonato. Il bambino, giunto all'età di otto mesi, viene affidato ai servizi sociali e quindi ad una famiglia. Solo al compimento dei due anni, il tutore del minore domanda che gli venga attribuita un'identità convenzionale temporanea, necessaria per accedere ai servizi pubblici di istruzione, assistenza, sanità ed in specie per le vaccinazioni.

La medesima Corte d'Appello conferma l'intrascrivibilità dell'atto di nascita estero perché falso, richiedendo la legge russa che il nato da gestazione per altri sia figlio biologico di almeno uno dei genitori sociali, disponendo che se ne rilasciasse uno nuovo, che indica la nascita da genitori ignoti.

La Corte EDU dichiara inammissibile il motivo di ricorso proposto dai coniugi per conto del minore, deducendo violazione degli articoli 6, 8 e 14 della Convenzione integrata dall'impossibilità di ottenere il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero, e dalle misure di allontanamento e di affidamento adottate dai giudici italiani. La decisione si fonda sulla considerazione per cui, non producendo effetti in Italia l'atto di nascita formato in Russia e non avendo alcun legame biologico col bambino, i ricorrenti non hanno legittimazione attiva in qualità di suoi rappresentanti, non essendone legalmente i genitori.

Rigetta altresì la doglianza, proposta dai ricorrenti in nome proprio, relativa all'impossibilità di ottenere la trascrizione del certificato di nascita del minore nei registri dello stato civile, per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ai sensi dell'articolo 35, §§ 1 e 4, della Convenzione. I coniugi non avevano impugnato per Cassazione la sentenza di appello. La Corte, pur riconoscendo che la doglianza impinge sulla tutela della vita privata e familiare, sebbene il diritto di ottenere la trascrizione di un atto estero non sia espressamente formulato dalla Convenzione, precisa di non disporre «di decisioni rese dalla Corte di cassazione in cause analoghe, nelle quali la posta in gioco sia il riconoscimento di un atto straniero contrario al diritto nazionale. Essa è convinta tuttavia che



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

la situazione denunciata dai ricorrenti avrebbe dovuto essere sottoposta alla valutazione della Corte di cassazione, che è il giudice nazionale che può interpretare la legge». Pochi mesi prima, per il vero, la Corte di Cassazione aveva risolto questione in tutto analoga, ritenendo l'atto di nascita estero non trascrivibile, perché contrario al principio di ordine pubblico posto a presidio della dignità della partoriente, espresso dalla sanzione penale della gestazione per altri comminata dall'art. 13 l. n. 40/2004 (Cass. civ. n. 24001/14).

Esaurite, invece, le vie interne rispetto alla decisione di allontanamento del minore, la Corte – con maggioranza di cinque voti contro due – dichiara la doglianza ricevibile e, nel merito, fondata, in ragione del superamento del margine di apprezzamento riconosciuto dall'art. 8 agli Stati nell'introdurre misure limitative del diritto alla vita familiare. Lesione determinata dall'aver i giudici nazionali, in nome del cennato principio di ordine pubblico, calpestato il diritto del bambino a conservare i legami affettivi *de facto*, intrecciati durante la convivenza con gli adulti che si sono presi cura di lui fin dalla nascita come genitori, per sei mesi dopo il suo arrivo in Italia, all'età di tre mesi, ed avendo prima la ricorrente passato con lui alcune settimane in Russia.

Siffatti legami rilevano anche sotto l'aspetto della vita privata, che comprende l'interesse dell'individuo ad allacciare rapporti coi propri simili, a prescindere dalla verifica di un legame genetico o giuridico.

L'ingerenza determinata dalla dichiarazione di abbandono, prevista dalla legge italiana, si dirige allo scopo legittimo della difesa dell'ordine presidiato dalla disciplina dell'adozione internazionale e della procreazione medicalmente assistita, essendo all'epoca dei fatti vietata quella eterologa (divieto dichiarato incostituzionale da Corte cost. n. 1627/2014), restando comunque preclusa e sanzionata penalmente la surrogazione di maternità. La decisione si incentra, dunque, sulla verifica dell'applicazione, nel caso concreto, delle disposizioni legislative secondo «un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi privati in gioco, basati sul diritto al rispetto della vita privata e familiare».

In questo ambito, evidenziati anche gli aspetti emozionali del caso, la Corte ritiene che, nonostante la buona fede del padre non fosse sufficiente a fondare il legame giuridico in contrasto con la verità biologica, la decisione di allontanamento e messa sotto tutela del minore è stata assunta senza disporre perizia alcuna sulla capacità affettiva dei ricorrenti, in conseguenza della deduzione, dalla volontà di scavalcare la legge sull'adozione malgrado l'autorizzazione ottenuta, dell'esistenza di un desiderio narcisistico degli adulti, ovvero che il minore fosse destinato a risolvere i problemi della coppia.

Al contrario, spettava allo Stato convenuto dimostrare che le autorità avessero valutato accuratamente l'incidenza che l'adozione avrebbe avuto sui genitori e sul minore, e avessero esaminato soluzioni diverse dalla presa in carico del minore prima di dare esecuzione a una tale misura, essendo «la soglia fissata dalla giurisprudenza molto alta»: l'allontanamento del minore dal contesto familiare è l'*ultima*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

ratio, giustificata solo quando risponda «allo scopo di proteggere il minore che affronti un pericolo immediato per lui».

Incisivamente, la decisione esclude che il principio di ordine pubblico, in cui si esprime il margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali, possa giustificare qualsiasi misura «in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo».

Sull'ampiezza di tale margine di apprezzamento, rispetto a materie di particolare delicatezza qual è l'interesse del minore nato da gestazione per altri, nel caso *Menesson c. Francia* la Corte aveva escluso la violazione del diritto dei genitori alla protezione della propria vita familiare, definendo tuttavia il livello minimo essenziale a salvaguardia del medesimo diritto del figlio, a vedere chiaramente affermata la propria discendenza. Sono questi i passi attraverso i quali, nel dialogo tra le Corti nazionali e la Corte EDU, si cerca di definire standard comuni in materie nelle quali è più vivo il potenziale conflitto con i valori diffusi nella società civile, processo di cui dovrebbe segnare una significativa accelerazione l'entrata in vigore del Protocollo 16 (lo stato delle ratifiche è consultabile all'indirizzo <http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures>).

.La decisione di interrompere lo stare insieme tra genitore e figlio, che concreta un elemento essenziale della vita familiare, viola l'art. 8 della Convenzione a meno che, essendo «prevista dalla legge», non persegua uno o più scopi legittimi rispetto al secondo paragrafo di tale disposizione e sia «necessaria in una società democratica» per raggiungerli. L'orientamento della Corte sul merito è costante, ribadito anche a proposito della nascita da gestazione per altro nelle sentenze gemelle *Menesson e Labassee c. Francia*, di poco precedenti a quella in commento, da cui si distingue tuttavia in ragione del fatto che in quelle, sussistendo un legame genetico tra il padre ed i nati, la tutela di questi riverberava anche sotto l'aspetto della conoscenza delle proprie origini, che è uno degli aspetti dell'identità personale protetti, espressivi della vita privata.

Sul requisito della necessità si appunta, dunque, la censura della Corte rispetto all'orientamento diffuso nella giurisprudenza italiana, pur non pronunciandosi *ex professo* sulla conformità alla Carta del divieto di gestazione per altri, e neppure dilungandosi nell'esamine delle diverse opzioni adottate dai Paesi membri. Evidenzia, invece, che il trascorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sui rapporti interrotti, ed in particolare quelli «con un figlio molto giovane», potendo «portare ad una crescente alterazione della sua relazione con il genitore». Rovescia, in tal guisa, l'argomentazione dei giudici minorili che dalla tenera età del bambino avevano dedotto la sua capacità di superare il pregiudizio conseguente alla separazione, per affermare che neppure il fatto che avrebbe sviluppato un legame affettivo più forte nei confronti dei genitori fosse motivo sufficiente a giustificare l'allontanamento, come la pendenza del procedimento penale, non essendo dimostrata l'incapacità dei ricorrenti di prendersi adeguatamente cura del minore.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Su tale ultima notazione concorda anche l'opinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano, che ritengono tuttavia legittima la scelta dei tribunali italiani, in quanto assunta nel rispetto della legge, a difesa dell'ordine e del minore, non essendovi motivo perché la Corte si sostituisca al loro apprezzamento di fatto, pena la violazione del principio della sussidiarietà e della dottrina della "quarta istanza". Concludono, pertanto, che l'orientamento della maggioranza si risolve nel «negare la legittimità della scelta dello Stato di non riconoscere alcun effetto alla gestazione surrogata. Se è sufficiente creare illegalmente un legame con il minore all'estero perché le autorità nazionali siano obbligate a riconoscere l'esistenza di una "vita familiare", è evidente che la libertà degli Stati di non riconoscere effetti giuridici alla gestazione surrogata, libertà comunque riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte viene annientata».

Ad ogni modo, avendo il bambino intessuto solidi legami affettivi con la famiglia cui è stato affidato per oltre tre anni, la Corte decide, ancora in applicazione dell'art. 8, che non sia consentito ricondurlo presso i ricorrenti, disponendo unicamente il risarcimento del danno ed il ristoro delle spese.

Dichiara, infine, irricevibile la doglianza riferita all' art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8, e dell'articolo 1 del Protocollo n. 12, perché l'Italia non ha ratificato detto Protocollo ed in quanto non è integrata una distinzione discriminatoria «priva di giustificazione oggettiva e ragionevole», in quanto non persegue uno «scopo legittimo», né manca un «rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito».

2. Profili di diritto interno. È il difetto di discendenza genetica tra almeno uno dei genitori ed il nato da gestazione per altri il fulcro delle critiche da più parti mosse alla decisione in commento, e del ricorso per il riesame presentato dal Governo, allo stato pendente innanzi alla Grande Chambre (ultima udienza il 9 dicembre 2015). L'argomento è chiaro nella dottrina (A. Renda) che evidenzia come, in ragione dell'imprescrittibilità e della legittimazione di qualsiasi interessato all'azione di contestazione dello stato *ex art. 239 c.c.*, il sistema dei titoli costitutivi dello *status filiationis* sia imperniato sull'accertamento della veridicità biologica della generazione, principio rispetto al quale sarebbe eversivo riconoscere effetti alla pratica della sostituzione di maternità, in quanto preordinata ad affermare una genitorialità avulsa da qualsiasi legame, esclusivamente fondata sulla scelta. La tesi si rafforza sulla considerazione per cui ogni pratica di gestazione per altri, anche quella solidaristica che non prevede – al contrario del caso in esame – alcun compenso per la gestante, riverbera in un asservimento della dignità della donna al desiderio egoistico dei genitori sociali, oltre che nella reificazione del bambino, ridotto a oggetto della consegna e della pretesa all'assenza di vizi. Di tali categorie sarebbe sacrosanto affermare la natura di principi di ordine pubblico, in quanto coesenziali all'assetto costituzionale dello Stato, in quanto tali superiori alle stesse norme convenzionali, di cui è espressione la sanzione penale che assiste il divieto.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Dell'azione *ex art.* 239 c.c. difetta, tuttavia, il presupposto essenziale introdotto dalla novella dettata con d.lgs. n. 153/2014, con l'imporre che lo *status* non veritiero consegua a sostituzione di neonato o supposizione di parto: né l'una né l'altra circostanza sono integrate allorquando la donna, che si è rivolta ad una madre surrogata in Paese che ammette tale pratica, non dichiara falsamente di aver ella stessa partorito il figlio. In tale ipotesi è imprescrittibile l'azione demolitoria del figlio, una volta divenuto maggiorenne, diretta a rimuovere lo stato dimostrando l'inveridicità del relativo titolo – con l'impugnazione del riconoscimento nel caso di filiazione fuori del matrimonio, ovvero col disconoscimento di paternità ove i genitori sociali siano coniugati. Dimostrano, al contrario, la decisa opzione sistematica di favore per il mantenimento dello *status* corrispondente alla concreta affettività sia i termini cui soggiacciono, *ex artt.* 263 e 244, le corrispondenti azioni degli altri legittimati, sia il disposto dell'art. 9 l. 40/2004, che preclude l'azione a colui che abbia consentito all'inseminazione eterologa.

Di tanto si è avveduta la Cassazione penale (n. 13525/2016), che ha recentemente escluso che la domanda di trascrizione del certificato formato all'estero per il nato da g.p.a. integri il reato di alterazione di stato, perché la condotta non comporta una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, in quanto si realizza quando l'atto è già formato, e lo *status* è costituito, proprio in dipendenza della dichiarazione di nascita. La conclusione è coerente con la graduata efficacia dei titoli di accertamento della filiazione che la dottrina (A. Palazzo) ha da tempo disegnato, e la riforma del 2012-2013 ha portato a compimento. I diritti fondamentali del figlio a ricevere – a norma dell'art. 30 Cost., art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 3 Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia – mantenimento, cura, educazione ed istruzione dai propri genitori, che costituiscono la responsabilità da procreazione, si specificano infatti nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo (A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli).

Per la medesima giurisdizione di legittimità penale, il fatto di ricorrere alla gestazione per altri in Paese che disciplina e ammette tale pratica non integra neppure il reato di cui all'art. 12, co. 6, l. 40/2004, in applicazione del principio di territorialità (art. 7 c.p.), o quantomeno in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale.

L'argomento appare decisivo per il rigetto della censurata violazione di un principio di ordine pubblico costituzionale, e può svolgere un ruolo determinante anche nell'apprezzamento della Grande Chambre, con riguardo alle difese statali che vedono, nel rifiuto di riconoscere qualsiasi effetto alla pratica, la protezione contro un deprecabile fenomeno di turismo procreativo, in violazione della legge nazionale e dell'art. 23 del Regolamento Bruxelles II bis, che mediante la clausola relativa alla protezione dell'ordine pubblico proibisce il turismo procreativo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Anche con riguardo alla affermata assimilazione di gestazione per altri solidale e corrispettiva, l'argomento imperniato sulla verità della generazione prova troppo, in quanto non impedisce il lamentato asservimento della dignità femminile ogni volta che il nato sia figlio biologico del padre e/o della madre sociale, per il fatto di essere frutto della fecondazione *in vitro* dei gameti dell'uno, dell'altra o di entrambi. Circostanza che non impedisce la reificazione della donna «allo scopo procreativo altrui, rispetto al quale ella si fa mero mezzo, e per ben nove mesi» (A. Renda, p. 423).

L'attesa decisione avrà, inoltre, impatto determinante sugli altri tre casi in tema di gestazione per altri, al momento pendenti presso la Corte EDU (*Laborie e altri c. Francia*, ric. n. 44024/13; *Foulon c. Francia*, ric. n. 9063/14, *Bouvet c. Francia*, ric. n. 10410/14).

3. *L'interesse superiore del minore*. Abbiamo evidenziato come il riferimento alla clausola di ordine pubblico, secondo l'insegnamento della sentenza in commento, «non può passare come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, poiché incombe sullo Stato l'obbligo di farsi carico dell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di diverso titolo».

La giurisprudenza sul punto è costante nel ribadire che l'allontanamento di un bambino da coloro che se ne sono presi cura come genitori è giustificato solo ove sia necessario per proteggerlo da un pericolo immediato, posto che per un bambino ed il suo genitore stare insieme rappresenta un elemento essenziale della vita familiare, che può essere impedito in caso di maltrattamenti fisici o psicologici o abusi sessuali, ma non per le difficoltà, anche serie, che i genitori incontrino nel prendersi cura del figlio.

Merita ricordare in proposito l'interpretazione che di tali presupposti ha fornito la Corte in altra vicenda (*Zhou c. Italia*), anch'essa relativa ad un procedimento adottivo retto dalle autorità italiane. A causa di un'ischemia cerebrale patita al momento del parto, ad una madre era impossibile assicurare lo sviluppo sereno del bambino; assistita dai servizi sociali, la donna aveva poi trovato lavoro ed il bambino era stato affidato, durante le ore di assenza materna, ad una famiglia, in accordo coi servizi. Venuta meno la disponibilità della famiglia affidataria, la madre aveva deciso autonomamente di affidarne la cura ad una coppia di anziani vicini, ritenuti inadeguati dai servizi, i quali avevano proposto ed ottenuto dal Tribunale di Venezia l'apertura di una pratica di adozione, e di conseguenza il minore era stato collocato presso una famiglia, con esclusione del diritto di visita materno in considerazione del turbamento che, da questi incontri, il bambino derivava costantemente. La perizia disposta al fine di valutare la capacità materna di occuparsi del figlio accertava che, a causa dell'ischemia, la donna aveva patito una diminuzione della capacità di empatia e di programmazione di un futuro col proprio figlio, e di conseguenza gli incontri erano



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

percepiti dal bambino con disagio, perché la madre agiva in maniera impulsiva, offrendo alimenti e nuovi capi di abbigliamento durante le visite.

La dichiarazione di adottabilità era confermata dalla Corte d'Appello, sostenendo che una situazione di abbandono sia integrata non solo in caso di mancata assistenza morale e materiale, ma anche da comportamenti dei genitori che possano compromettere il sano ed equilibrato sviluppo della sua personalità.

La Corte EDU, ritenuto al contrario che la dichiarazione di adottabilità costituisse un'ingerenza nel diritto alla vita privata e familiare della ricorrente, ricorda che il medesimo art. 8 grava lo Stato di porre in atto misure positive atte a garantire tale diritto fondamentale, e che comunque eventuali decisioni di allontanamento dei bambini dai genitori possono essere disposte in casi eccezionali, e cioè unicamente allorché i genitori si siano dimostrati «particolarmente indegni, o quando siano giustificate da un'esigenza primordiale attinente all'interesse superiore del minore».

Ritenuto, quindi, che le autorità italiane avrebbero dovuto mettere in atto misure concrete più incisive al fine di garantire al bambino di vivere con sua madre, prima di collocarlo presso gli affidatari ed avviare la procedura di adottabilità, che non rispondeva all'interesse del minore, risulta integrata una violazione dell'art. 8 della Convenzione, da cui deriva il diritto al risarcimento del pregiudizio patito dalla ricorrente.

A dispetto, dunque, del monito ripetutamente formulato dalla Corte di Strasburgo, il Tribunale per i minorenni interessato della vicenda del bambino nato in Russia da maternità surrogata, ne aveva invece deciso l'allontanamento dalla coppia che lo aveva cresciuto e, pur ammettendo che ne sarebbe derivato per lui un pregiudizio, in considerazione della sua tenera età e del breve periodo trascorso con la coppia, aveva concluso che il piccolo avrebbe superato questo momento difficile della propria vita.

Orbene, pur nella consapevolezza della capacità di ciascun essere umano – e specialmente dei più piccoli – di trarre conseguenze positive pur dalle più tremende esperienze di vita, sembrerebbe piuttosto opportuno che gli adulti e vieppiù le istituzioni deputate alla sua protezione si adoperino per evitargli al massimo possibile qualsiasi trauma, e prima di tutto quello, difficile da rielaborare, della separazione da coloro che riconosce come figure genitoriali, secondo le proprie, pur limitate dall'età, capacità cognitive.

Alla maturazione, nel nostro Paese, di siffatta coscienza non sembrano essere bastati, purtroppo, né gli ammonimenti della richiamata giurisprudenza di Strasburgo, né la memoria della terribile vicenda di Serena Cruz, e che pure diede l'avvio ad un profondo ripensamento delle ragioni dell'adozione. Della vicenda si interessò anche la Commissione EDU (*Giubergia c. Italia*), ed il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

richiamo alla pronuncia è significativo dell'aumentata attenzione ai bisogni del minore, visto che in quel caso, a differenza della più recente pronuncia, l'allontanamento venne ritenuto giustificato proprio dall'interesse del minore, nonostante i quindici mesi di relazione familiare di fatto con i coniugi che avevano condotto con sé, illegalmente, la bambina in Italia, distinguendo la fase anteriore alla consapevolezza dell'illegittimità.

La dottrina evidenzia, inoltre, come la Corte EDU non attribuisca rilievo determinante all'interesse degli Stati al rispetto del principio di legalità, non essendo rari i casi in cui il legame familiare di fatto fra il minore e gli adulti si è sviluppato in conseguenza di condotte illegali degli adulti, vicende rispetto alle quali la decisione si incentra, piuttosto, sull'interesse del minore, inteso come interesse alla conservazione del rapporto (Alpa).

Tale interesse, di cui le fonti – la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989; Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1996 – predicano la superiorità, nella vicenda in commento aveva, invece, ceduto il primato ad altri valori, sintetizzati nella clausola di ordine pubblico.

Al contrario, nell'apprezzamento della Corte federale tedesca di giustizia (Bundesgerichtshof, 12^a sez. civ., 10 dicembre 2014), è questo interesse a colorare di significato l'ordine pubblico internazionale, da intendersi proprio alla luce dell'interesse del minore a vedersi riconoscere un rapporto giuridico di filiazione con i genitori surrogati cui sia stato affidato e che si occupino della sua cura ed educazione. Di conseguenza deve essere trascritto nei registri dello stato civile, pur nella vigenza di un divieto nazionale di surrogazione di maternità assistito da sanzione penale, l'atto di nascita di minore nato all'estero per effetto di pratiche di maternità surrogata con gestante non geneticamente unita al nato, in conformità del diritto locale, sulla base di sentenza che accerti questi requisiti e la discendenza da uno dei genitori surrogati, e la libera volontà della madre di consentire alla gestazione e alla consegna del bambino.

La motivazione con la quale il Tribunale per i minorenni italiano aveva, al contrario, giustificato l'allontanamento considerando che mantenere il bambino con i suoi "genitori d'intenzione" avrebbe reso più forte il legame tra loro, è per la Corte EDU insufficiente a superare il difetto di una istruttoria sull'effettiva corrispondenza della convivenza all'interesse del bambino, posto che l'avvio dell'azione penale per alterazione di stato non elide l'idoneità della coppia all'adozione che pure lo stesso Tribunale aveva prima accertato, a tanto non bastando la sola, apodittica, considerazione dell'aver cercato di aggirare la legge attraverso la surrogazione di maternità.

Infine, dalla decisione è conseguito per il bambino l'ulteriore pregiudizio di essere rimasto senza identità per due anni, a causa della nascita da madre surrogata, a dispetto del diritto riconosciutogli dall'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Ciò che interessa soprattutto sottolineare è come la considerazione di quell'interesse sia tanto prioritaria da imporre un atteggiamento di *self restraint* alla stessa Corte, che arresta gli effetti dell'accertata violazione dell'art. 8 CEDU al risarcimento del danno morale, evitando di ordinare il ricongiungimento della famiglia, proprio perché ciò produrrebbe un ulteriore pregiudizio per il minore, che, durante gli anni trascorsi in attesa della pronuncia, aveva stabilito legami affettivi significativi con la famiglia affidataria.

Anche il nostro ordinamento potrà, finalmente, dirsi aver tratto conseguenze positive da questa tragica vicenda se ne emergerà, attraverso la sensibilità degli operatori, una consapevolezza dell'esigenza di tutela prioritaria di tali legami di fatto, e financo *contra ius*, nella prospettiva dell'interesse del minore che riversi sugli autori dell'illecito e non sul bambino, gli effetti della pur condanna della pratica della surrogazione di maternità, lasciando all'operatività delle azioni di stato la rimozione degli effetti dell'atto di nascita.

Precedenti

Commissione eur. diritti uomo, *Giubergia c. Italia*, sentenza del 5 marzo 1990 (ric. n. 15131/89).

Corte eur. diritti uomo, *Scozzari e Giunta c. Italia*, Grande Chambre, sentenza del 13 luglio 2000 (ric. nn. 39221/98 e 41963/98).

Corte eur. diritti uomo, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, I sezione, sentenza del 28 giugno 2007 (ric. n. 76240/01).

Corte eur. diritti uomo, *Pontes contro Portogallo*, IV sezione, sentenza del 10 aprile 2012 (ric. n. 19554/09).

Corte eur. diritti uomo, *Menesson c. Francia*, sentenza del 26 giugno 2014 (ric. n. 65192/11).

Corte eur. diritti uomo, *Labassee c. Francia*, sentenza del 2 giugno 2014 (ric. n. 65941/11).

Corte eur. diritti uomo, *Zhou c. Italia*, sentenza 2 giugno 2014, II sezione (ric. n. 33773/11).

Riferimenti bibliografici

A. Renda, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia a un bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 415 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

A. Palazzo, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015, 1 ss. www.lodd.it

S. Stefanelli, *Famiglia biologica e tutela dell'affettività in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo*, 2015, p. 53 ss. www.dirittoeprocesso.eu

A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, Torino, 2015, p. 126 ss.

G. Alpa, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, p. 10 ss.

A. Martone, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child (art. 8 CEDU)*, in A. Di Stasi, *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, 2016, p. 717 ss.

(20.06.2016)