

Il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: verso modelli familiari “a geometria variabile”?

Simone Penasa

La questione dell'accertamento e della qualificazione del rapporto che si instaura tra coppia committente e nati all'interno di un accordo di gestazione per altri è destinato a interessare il dibattito giuridico in maniera sempre più incisiva, tanto nella sua dimensione teorica, quanto in quella pratico-operativa. I giudici, in prima battuta, e il legislatore in via mediata sono chiamati, anche a fronte di un divieto assoluto rispetto a tale pratica previsto a livello nazionale, a risolvere tale questione, all'interno di un quadro normativo che riceve “spinte” potenzialmente decisive dal livello internazionale (sul punto in questa Rivista, L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale?*, *ivi*, n. 3, 2015).

In tale prospettiva appare opportuno dedicare l'Editoriale di questo numero della Rivista alla [sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*](#), con la quale la Grande Camera della Corte EDU ha compiuto un ulteriore passo (con quali effetti sul diritto nazionale si cercherà di chiarire *infra*) verso il consolidamento della propria giurisprudenza in materia di tutela e riconoscimento della suscettibilità nell'art. 8 CEDU delle relazioni familiari di fatto che possano sorgere tra una coppia e i nati a seguito di un contratto di gestazione per altri eseguito all'estero.

Non si vuole depotenziare gli effetti che la decisione potrà avere rispetto alla compatibilità di pratiche di surrogazione di maternità con il quadro della CEDU, quanto piuttosto definire in modo chiaro l'ambito applicativo della sentenza che qui si commenta brevemente (per una attenta

ricostruzione del caso, L. Poli, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso *Paradiso e Campanelli**, www.sidiblog.org, 21 febbraio 2017). Semplificando, si potrebbe affermare che la Grande Camera non si occupa di maternità surrogata, se non tangenzialmente e indirettamente: infatti, sul punto – come peraltro già accaduto in occasione della sentenza della Sezione – la Corte considera che debba essere riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, considerata la natura eticamente e socialmente sensibile delle questioni in essa coinvolte e l'impossibilità di individuare un *consensus* a livello internazionale (§203). All'interno di tale ambito si inserisce la questione del rilievo “convenzionale” di una relazione familiare di fatto in assenza di un legame biologico tra adulti e bambino, nato a seguito della sottoscrizione ed esecuzione all'estero di un contratto di surrogazione di maternità (sul punto, cfr. *ex plurimis* i contributi in questa Rivista di M. Rizzuti, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, *ivi*, n. 2, 2015; S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, *ivi*, n. 2, 2016; C. Chini, *Maternità surrogata: nodi critici del dono e preminente interesse del minore*, *ivi*, n.1, 2016).

La Corte è quindi chiamata a verificare la compatibilità della decisione di dichiarare lo stato di adottabilità del nato e il conseguente allontanamento dalla coppia committente operata dai giudici italiani con l'art. 8 CEDU, il quale rileva sotto il profilo del diritto al rispetto della vita familiare e privata.

Nell'argomentazione della Grande Camera, che si discosta dalla decisione della Sezione, assume un'importanza decisiva la qualificazione del rapporto instauratosi tra la coppia e il bambino nei termini di una relazione familiare di fatto («*de facto family life*», §98), come avvenuto nella precedente decisione.

Non potendo in questa sede svolgere un commento esaustivo del caso, appare qui opportuno soffermarsi sugli aspetti più generali, rispetto ai quali risulterà necessario valutare gli effetti prodotti sull'atteggiamento che le corti nazionali adotteranno nel decidere questo tipo di casi. In particolare, la sentenza contribuisce – al di là della valutazione sul merito della medesima – a definire e chiarire gli elementi e i criteri che i giudici devono valutare in questi casi, giungendo a una sistematizzazione della propria giurisprudenza. Occorre sul punto precisare che è possibile individuare due livelli argomentativi: il primo, astratto, finalizzato a individuare gli elementi che devono essere tenuti in considerazione nel riconoscimento di un legame genitoriale in questi casi; il secondo, concreto, finalizzato a verificare la sussistenza dei medesimi nel caso di specie e valutarne l'applicazione compiuta dai giudici nazionali.

Una valutazione preliminare, che risulterà decisiva al fine di orientare il verso della decisione, consiste nella determinazione dell'esistenza di una "vita familiare" di fatto, ai sensi dell'art. 8 CEDU: da questa valutazione conseguono, a cascata, una serie di effetti che condurranno la Corte EDU ad affermare la compatibilità con la CEDU della decisione compiuta dai giudici italiani.

Questa sentenza, pertanto, sembra fissare alcuni criteri, già utilizzati dalla giurisprudenza italiana in modo costante ma non uniforme, che orientano la valutazione del giudice, attribuendo inevitabilmente a quest'ultimo un ruolo decisivo nell'applicazione dello schema argomentativo astratto alle caratteristiche dei singoli casi.

Per quanto riguarda il concetto di "vita familiare", la Grande Camera riafferma il principio secondo il quale, in determinate circostanze, sia possibile riconoscere l'esistenza di una relazione familiare di fatto anche in assenza di un legame biologico o di un vincolo giuridico riconosciuto, quando sussi-

stano relazioni personali genuine («*genuine personal ties*», §148).

Vengono al contempo individuati tre elementi "variabili", la cui sussistenza deve essere accertata nel caso concreto e che vengono a porsi quali condizioni di esistenza di un legame familiare: un legame biologico con almeno un componente della coppia, che risulta assente nel caso di specie; un legame giuridico riconosciuto, alla assenza del quale si viene a sommare il comportamento fraudolento della coppia, la quale ha agito in violazione della legge sulla PMA e sull'adozione (§131); legami personali genuini, dei quali la Corte riconosce la sussistenza, ma la cui portata viene depotenziata dal comportamento della coppia in violazione della legge italiana.

Nei termini stabiliti dalla giurisprudenza CEDU, risulta possibile riconoscere la natura "familiare" di un rapporto tra adulti e minori nel caso in cui, a seguito di una valutazione in concreto, sia possibile accertare tanto la qualità, quanto la durata del rapporto. La dimensione qualitativa è ricondotta dalla Corte EDU alla presenza di un progetto genitoriale e alla volontà di esercitare una funzione genitoriale, anche in assenza di un vincolo biologico con almeno uno dei componenti, nonché del consolidamento di forti legami affettivi (§151). La dimensione quantitativa della relazione, che viene misurata (seppur in modo non automatico e rigido) sulla base della durata della coabitazione, risulta – a differenza di quanto accaduto nella sentenza della Sezione – decisiva, nel momento in cui non sia rintracciabile alcun legame biologico tra la coppia e il minore e sussista una incertezza sulla natura del rapporto giuridico che intercorre tra essi, a motivo della condotta lesiva della legalità nazionale da parte della coppia (§156).

Pertanto, dalla sentenza è possibile ricavare uno schema concettuale-argomentativo tendenzialmente stabile, secondo il quale, in assenza di un

legame biologico e sulla base di una valutazione da compiersi in sede giurisdizionale, la brevità della relazione e l'incertezza del legame giuridico sono destinati a prevalere sull'accertamento dell'esistenza di un progetto genitoriale e sulla qualità del legame affettivo, portando alla esclusione della configurabilità di un rapporto familiare, seppur "di fatto" (§157). La "quantità" del tempo della coabitazione prevale pertanto sulla "qualità" della relazione affettiva, secondo un orientamento che viene determinato in maniera decisiva da elementi "di contesto", quali l'assenza di un legame biologico e la condotta illecita della coppia alla luce del diritto nazionale (secondo un ragionamento che ricorda l'applicazione del principio dell'ordine pubblico da parte della giurisprudenza di legittimità italiana, sempre in assenza di vincolo biologico tra la coppia committente e il nato, cfr. [Cassazione, sez. I civ., sentenza 24001/14](#)).

L'esclusione, sulla base delle circostanze del caso concreto, della sussistenza di una relazione familiare tra la coppia e il nato da surrogazione all'estero comporta il depotenziamento del principio del *best interest of the child*, che la Corte EDU qualifica comunque come «*paramount*» (§193). Tuttavia, la Corte lo riconduce – una volta esclusa l'esigenza di garantire l'unità familiare – al "solo" interesse che il minore non subisca un trauma grave e irreparabile a seguito dell'allontanamento dalla coppia committente, da accertare in modo approfondito da parte delle corti nazionali. Il *best interest* rileva, pertanto, ma viene interpretato dalla Corte in termini statici – limitandone la valutazione alla luce degli eventuali effetti negativi provocati dall'allontanamento sul nato – e non dinamici, al fine di valutare l'impatto sulla identità del nato dell'interruzione di una – peraltro riconosciuta – relazione affettiva e di una chiara volontà genito-

riale di prendersi cura del medesimo (stimolante la ricostruzione, tendente a valorizzare il ruolo svolto nella decisione dal *best interest of the child*, sviluppata da V. Lorubbio, [L'interesse superiore del minore come overruling "occulto"? A proposito della Sentenza della Grande Camera \(Corte E.D.U.\) Paradiso e Campanelli c. Italia](#), in *Diritti comparati: Working papers*, n. 1, 2017).

Alla luce del diritto al rispetto della vita privata, la Corte EDU riconosce che le autorità giudiziarie italiane abbiano compiuto, previa valutazione in concreto della sussistenza degli elementi riportati *supra* e degli effetti dell'allontanamento sul minore, un bilanciamento proporzionato e ragionevole tra interessi privati e pubblici.

Da un lato, l'interesse del minore non viene violato, tenuto conto dell'assenza di legame biologico, della breve durata della coabitazione e delle conseguenze non traumatiche dell'allontanamento; dall'altro lato, l'interferenza statale sul diritto al rispetto della volontà di diventare genitori dei ricorrenti (§163) trova fondamento legittimo nell'esigenza di evitare la legittimazione di una situazione – la coabitazione in un contesto familiare al di fuori dei casi di riconoscimento della relazione genitoriale in vista della miglior tutela dei nati previsti dall'ordinamento italiano (adozione o legame biologico) – che si è prodotta a seguito della violazione di fondamentali norme nazionali, finalizzate alla tutela dei nati e alla certezza delle relazioni familiari (§215).

Una volta esclusi danni gravi e irreparabili per la condizione psico-fisica del nato e in assenza di ulteriori esigenze di tutela del medesimo (cfr. i casi [Menesson c. Francia e Labassee c. Francia](#)), l'allontanamento dalla coppia committente e la dichiarazione dello stato di adottabilità costituisce una interferenza legittima nei diritti della coppia, finalizzata alla cessazione di una situazione di illegalità (§189) e alla prevenzione di comportamenti contrari all'ordine pubblico («*prevent*

disorder», §177; per una approfondita analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di ordine pubblico, M. Tomasi, [Towards an emerging notion of European ordre public: a comment on the case-law about international surrogacy in Europe](#), in R. Toniatti and D. Strazzari (eds.), *Legal pluralism in Europe and the ordre public exception: normative and judicial perspectives*, Trento, 2016 (*Proceedings of the International Workshop held in Trento, 16 and 17 April 2015*), Trento, 2016, in particolare 98-105): l'illiceità della condotta, l'assenza di un legame biologico e la precarietà della relazione giuridica (diretta conseguenza della natura illegale della condotta) conducono la Corte EDU a considerare ragionevole («fair») il bilanciamento compiuto dai giudici italiani, trattandosi di una materia eticamente sensibile (§184) nella quale gli Stati devono godere di un ampio margine di apprezzamento (aderisce all'approccio adottato dalla Corte EDU C. Masciotta, [Dalla Grande Camera un freno al judicial activism in tema di vita familiare](#), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 febbraio 2017).

Si tratta, pertanto, di una decisione condizionata in maniera decisiva dalle caratteristiche del caso concreto, dalla quale – a parere di chi scrive – non è possibile derivare conclusioni automatiche rispetto alla compatibilità di una legislazione che riconosca l'ammissibilità, condizionata, della gestazione per altri, né tantomeno rispetto alla possibilità di riconoscere l'esistenza di una relazione familiare di fatto di fronte a rapporti qualitativamente e quantitativamente rilevanti, pur in assenza di legami biologici.

Tenuto conto del fatto che i giudici italiani, stante il divieto di gestazione per altri, continueranno a essere chiamati ad accertare la sussistenza di un legame familiare giuridicamente rilevante tra la coppia e i nati a seguito dell'applicazione di tali tecniche, è peraltro possibile individuare alcuni

“snodi argomentativi” che sembrano destinati a orientare la futura giurisprudenza nazionale:

- a) la liceità della condotta, rispetto alla quale sembra prevalere la violazione della legge italiana sul rispetto della legge del paese terzo;
- b) la presenza di un rapporto che possa essere qualificato in termini di “relazione familiare” (o genitorialità sociale);
- c) il rapporto tra relazione biologica e relazione sociale, che viene subordinata alla presenza di variabili quali il principio dell'ordine pubblico, il *best interest of the child* e la presenza di un legame biologico con almeno uno dei componenti della coppia;
- d) il *best interest of the child*, rispetto al quale sembra emergere un approccio statico e uno dinamico, tenuto conto delle altre “variabili” qui elencate;
- e) l'individuazione delle forme lecite di costituzione di una relazione familiare, che sembra essere riservata in modo pressoché esclusivo all'esercizio discrezionale del potere legislativo nazionale (nel caso italiano, limitate quindi all'istituto dell'adozione e alla presenza di un legame biologico; sul punto, però, la giurisprudenza ordinaria italiana tende ad applicare un parametro diverso da quello adottato nella sentenza in commento, privilegiando – alla luce della preminente esigenze di tutelare il *best interest of the child* (e in presenza di un legame biologico con almeno uno dei membri della coppia committente) – la dimensione sociale delle relazione familiare, cfr. *ex multis* [Tribunale di Varese](#), 8 ottobre 2014).

Pur riconoscendo al legislatore un ampio margine di discrezionalità – che si converte in responsabilità di intervenire nel momento in cui la regola esistente si dimostri, sotto la pressione dei casi, inadeguata o comunque insufficiente nel prevedere i criteri di determinazione del legame genitoriale – appare prevedibile che l'asse decisionale

sia destinato a spostarsi verso la fonte giurisprudenziale, che sarà chiamata a valutare la presenza e la portata degli elementi sistematizzati dalla sentenza della Grande Camera.

A confermare l'imprevedibilità degli effetti determinati dalla sentenza che qui si commenta sulla giurisprudenza statale, dovuta alla natura "multi-dimensionale" dello schema argomentativo utilizzato dalla Grande Camera – un livello astratto, in cui la Corte EDU ha sistematizzato gli elementi che possono condurre al riconoscimento di una "vita familiare" anche in assenza di un legame biologico; un livello applicativo, finalizzato a verificarne la sussistenza nel caso concreto – è giunta una ordinanza della [Corte d'Appello di Trento](#). In tale ordinanza, è stata affermata la piena compatibilità con l'ordinamento italiano di un atto attestante la doppia paternità di una coppia omosessuale in riferimento ai nati a seguito di maternità surrogata all'estero, in quanto un modello genitoriale pluralistico, non esclusivamente fondato sul dato biologico, non risulta incompatibile con il quadro costituzionale, dal momento che risulti espressione di una responsabilità genitoriale e di una volontà condivisa, accertata e praticata nella quotidiana relazione con il nato di sviluppare un progetto familiare comune.

Nel proprio schema argomentativo, la Corte d'Appello si riferisce espressamente ai principi sanciti in via generale dalla Grande Camera, rilevando che quest'ultima «ha ritenuto che la questione dell'esistenza di "vita familiare", ai sensi dell'articolo 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, costituisce una questione di fatto che dipende da stretti legami personali» e che – nel caso concreto oggetto del ricorso – il mancato riconoscimento dell'esistenza di una "vita familiare" fra i due ricorrenti e il minore «non è stata certamente fondata sul mero rilievo dell'assenza di legame biologico, ma ha tenuto conto della breve durata della relazione con il minore e della

precarietà dei legami dal punto di vista giuridico determinata dalla condotta contraria al diritto italiano tenuta dai ricorrenti».

L'orizzonte, in assenza di un intervento stabilizzatore del legislatore italiano, sembra essere quello della emersione di relazioni familiari "a geometria variabile", all'interno delle quali il concreto assetto tra le "variabili" che entrano in gioco – da un lato, il rispetto della *lex loci* e la presenza di un legame biologico, dall'altro lato, il *best interest of the child* e dell'ordine pubblico nazionale – non potrà che essere di volta in volta definito a livello giurisprudenziale, con inevitabili conseguenze in termini di certezza del diritto e dei diritti delle persone coinvolte (la tensione tra esigenze di certezza delle regole giuridiche e di flessibilità applicativa raggiunge un livello di complessità massimo nella prospettiva della tutela dell'interesse superiore del minore, come osservato da E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 11 ss.). Tuttavia, considerata la natura degli interessi in gioco, appare condivisibile la posizione di chi ritiene – nell'inevitabile bilanciamento tra esigenze di certezza normativa e di flessibilità applicativa – che «alla tirannia della legge, della sua "maestà" e della sua ambiguità sia preferibile quella del giudice e della sua umanità, nonostante la sua incertezza» (G.M. Flick, [Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva](#), in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2, 2017, 12).

Anche alla luce dei probabili effetti "a lungo termine" di tale pronuncia e del fenomeno più generale degli accordi di gestazione per altri sottoscritti all'estero, la Rivista si propone quale sede di dialogo e discussione degli aspetti giuridici, etici e sociali più rilevanti in tale ambito.