

**Vita familiare e maternità surrogata
nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso
*Paradiso et Campanelli****

di **Mario Gervasi** – *Dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea,
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*

ABSTRACT: On 24 January 2017 the Grand Chamber of the European Court of Human Rights issued the final judgment on the case *Paradiso and Campanelli v. Italy*, concerning the removal of a child born abroad by surrogacy from its intended parents. Differently from the previous judgment of 27 January 2015, the Grand Chamber held that there was no breach of article 8 of the European Convention on Human Rights. Considering that the Court reached such conclusion mainly by denying the existence of a family life, I submit that several shortcomings flow from the relevant reasoning followed by the Court. The consolidation of these weaknesses risks eroding the notion of family life as based on the substance of relationships regardless of biological or legal links as well as of a mere quantitative evaluation. Indeed, the denial of the existence of a *de facto* family life allowed the Grand Chamber to avoid being faced with the hard balance between the safeguard of the familiar unity and the wide margin of appreciation of States when such an ethical and moral issue is at stake as surrogacy. To the extent that a no breach outcome was to be reached, maybe the Court should have admitted the existence of a family life and applied the margin of appreciation doctrine in order to avoid the adverse impacts of the judgment on the substantial notion of family life as well as future applications regarding surrogacy.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il caso *Paradiso et Campanelli* dinanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani. – 2. La negazione dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto' nel caso di specie. Il rischio di una relativizzazione della nozione. – 3. *Segue*: e il rischio di una marginalizzazione. – 4. Le possibili ragioni della negazione dell'esistenza di una vita familiare. In particolare, l'incertezza giuridica della situazione e la sua dubbia conciliabilità col principio del superiore interesse del minore. – 5. *Segue*: o la reticenza a un difficile bilanciamento tra la salvaguardia del nucleo familiare e il margine di apprezzamento statale. – 6. Il possibile impatto della sentenza sui futuri casi di maternità surrogata.

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista. Si ringrazia il Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, presso la cui biblioteca si sono svolte le ricerche necessarie per il presente contributo.

1. Premessa. Il caso Paradiso et Campanelli dinanzi alla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani

Il 24 gennaio 2017 la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani ha reso la sentenza definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*¹, in materia di maternità surrogata. La vicenda ebbe origine quando, in séguito al fallimento dei tentativi di concepimento, procreazione medicalmente assistita e adozione in Italia, i coniugi Paradiso e Campanelli decisero di recarsi in Russia per ricorrere alla maternità surrogata, com'è noto vietata dall'ordinamento italiano². In conformità alla normativa vigente in Russia, il bambino nato per gestazione altrui fu ivi registrato come il figlio dei genitori intenzionali. In Italia, però, le autorità giudiziarie diedero avvio a un procedimento penale a carico dei coniugi per falso in atto pubblico e rifiutarono la trascrizione del certificato di nascita russo. Dopo che, diversamente da quanto sostenuto dalla coppia, il *test* del DNA aveva escluso l'esistenza di un legame genetico anche tra il padre intenzionale e il minore, questi fu dichiarato in stato di abbandono e quindi adottabile. Di conseguenza, il bambino fu allontanato dai genitori intenzionali e collocato prima presso una casa famiglia e poi presso una coppia affidataria.

Nel 2012 i coniugi Paradiso e Campanelli portarono il caso all'attenzione della Corte europea dei diritti umani. Pur avendo accertato la propria incompetenza rispetto alla mancata trascrizione italiana dell'atto di nascita russo³, la dodicesima Sezione della Corte dichiarò che l'Italia aveva violato l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) e, segnatamente, il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, a causa dell'inadeguatezza dei motivi per i quali le autorità domestiche avevano disposto l'allontanamento del minore. Con la sentenza definitiva emessa dalla Grande Camera, la Corte europea dei diritti umani è giunta a un esito diverso. Infatti, dopo aver escluso l'esistenza di una vita familiare, essa ha affermato la compatibilità della condotta italiana con l'articolo 8 della CEDU, applicato con riferimento al solo diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti⁴.

¹ Corte europea dei diritti umani [GC], *Paradiso et Campanelli c. Italy*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017.

² Il divieto è stabilito dall'articolo 12, 6° comma, della l. 19 febbraio 2004 n. 40, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004. Per un approfondimento dell'evoluzione della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, a fronte della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte europea dei diritti umani, si veda, per tutti, C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 481 ss.

³ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015.

⁴ Tra i primi commenti della pronuncia della Grande Camera si segnalano, in aggiunta ai riferimenti bibliografici indicati nel prosieguo del presente contributo, V. NARDONE, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 113 ss., e F. PERRINI, *La lunga vicenda relativa al caso Paradiso e Campanelli: la Grande Camera assolve l'Italia per avere disposto l'allontanamento del minore nato da un contratto di maternità surrogata*, ivi, 129 ss.

A fronte dei molteplici spunti di riflessione che, in considerazione dell'attuale dibattito circa la maternità surrogata nel diritto internazionale⁵, la pronuncia della Grande Camera suggerisce, il presente contributo intende soffermarsi sul ragionamento attraverso cui essa ha negato l'esistenza di una vita familiare nel caso di specie. Come si vedrà, tale *modus procedendi* presenta delle criticità il cui consolidamento rischierebbe di minare la nozione fattuale di vita familiare rilevante per l'articolo 8 della CEDU. Saranno quindi esaminate le possibili motivazioni sottese all'approccio adottato, che ha permesso alla Grande Camera di evitare di trovarsi innanzi a un difficile bilanciamento tra la tutela del nucleo familiare e l'ampio margine di apprezzamento statale. Il percorso argomentativo scelto dalla Corte potrebbe rendere ancor meno prevedibili gli esiti dei futuri ricorsi in materia di maternità surrogata.

2. La negazione dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto' nel caso di specie. Il rischio di una relativizzazione della nozione

Laddove desse luogo a una solida tendenza giurisprudenziale, la sentenza della Grande Camera sul caso *Paradiso et Campanelli* potrebbe condurre a un indebolimento della nozione sostanziale di vita familiare rilevante ai sensi dell'articolo 8 della CEDU. Tale indebolimento si manifesterebbe essenzialmente in due diversi modi, secondo l'interpretazione che si adotti dell'*iter* che ha condotto la Grande Camera all'esclusione dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto'.

Un primo rischio risiede nell'ancoramento del concetto fattuale di vita familiare al dato meramente quantitativo della durata della coabitazione, il quale si presta a una valutazione relativa. Tale pericolo si prospetterebbe qualora si ritenesse che, malgrado il riferimento alla mancanza di un legame sia biologico sia giuridico tra i ricorrenti e il minore, la Grande Camera abbia escluso l'esistenza di una 'vita familiare *de facto*' in ragione dell'accertata brevità della loro convivenza. In effetti, essa ha definito la durata del rapporto tra i ricorrenti e il minore come un fattore chiave ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto'⁶.

Così, sembra che l'elemento temporale abbia prevalso sugli altri parametri rilevanti per la determinazione dell'esistenza di una 'vita familiare *de facto*', vale a dire la qualità dei legami e il ruolo assunto dai genitori intenzionali nei confronti del bambino, che la Grande Camera ha ritenuto soddisfatti nel caso di specie⁷. Peraltro, essa ha ommesso di ponderare il fattore temporale con tali dati qualitativi, nel senso che manca qualsivoglia spiegazione in ordine al precipuo rilievo conferito alla brevità della coabitazione tra i ricorrenti e il minore. Sembra quasi che, dopo aver riscontrato lo stretto legame dei ricorrenti col minore e lo svolgimento da parte loro del ruolo di genitori nei suoi

⁵ Per un inquadramento del problema, si vedano, *inter alios*, C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003; B. STARK, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2012, 369 ss.; Y. ERGAS, *Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 2013, 117 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, 7 ss.

⁶ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 153.

⁷ In particolare, la Corte ha osservato come i ricorrenti avessero sviluppato un progetto genitoriale ed effettivamente assunto il ruolo di genitori nei riguardi del minore, costruendo con lui, nel primo periodo della sua vita, dei legami emotivi intensi, come peraltro aveva attestato il rapporto redatto dagli assistenti sociali su istanza del Tribunale dei minori (ivi, par. 151).

confronti, la Grande Camera abbia ‘accantonato’ tali fattori, senza considerarli mai nella valutazione della durata del rapporto, limitandosi invece a menzionarli di nuovo, quali elementi contrari ma non ostativi, solo nel momento in cui raggiungeva la conclusione dell’inesistenza di una ‘vita familiare di fatto’⁸.

L’incardinazione della nozione di ‘vita familiare *de facto*’ al dato prettamente quantitativo della durata della coabitazione tra i genitori intenzionali e il bambino non solo suscita perplessità di per sé⁹, ma implica altresì il pericolo di una relativizzazione della nozione stessa. Infatti, riscontrata la qualità dei rapporti, sarebbe pressoché arbitraria la verifica della sussistenza di una vita familiare sulla sola base dell’estensione temporale della convivenza, quale fattore discriminante¹⁰. In effetti, proprio nella sentenza *de qua* la Grande Camera ha riconosciuto l’inopportunità della definizione del tempo minimo di coabitazione necessario per l’accertamento dell’esistenza di un nucleo familiare, talché sarebbe stato necessario tener conto della qualità dei legami e delle circostanze del caso concreto¹¹. Come si è prospettato, però, sembra che la Corte abbia infine conferito un notevole rilievo alla durata della convivenza tra i ricorrenti e il minore¹². La relatività del fattore temporale è ancor più evidente non appena si nota che il periodo di coabitazione tra i ricorrenti e il minore è stato ritenuto eccessivamente breve dalla Grande Camera, ma sufficiente per la costituzione di una vita familiare da cinque dei suoi giudici¹³, i quali rappresenterebbero la maggioranza in seno a una singola sezione della Corte europea dei diritti umani.

3. Segue: e il rischio di una marginalizzazione

Il secondo rischio che si prospetterebbe laddove si consolidasse l’approccio adottato dalla Grande Camera nella pronuncia in commento risiede nella marginalizzazione della nozione di ‘vita familiare di fatto’, cioè nella perdita di una sua autonoma rilevanza. Tale pericolo si presenterebbe qualora si ritenesse che la Grande Camera abbia negato l’esistenza di una “vita familiare *de facto*” non esclusivamente o prevalentemente sulla base della brevità della durata della coabitazione, ma altresì in ragione dell’assenza di un legame sia genetico sia giuridico tra i ricorrenti e il minore.

Detta lettura dell’*iter* percorso dalla Corte pare la più plausibile, trovando immediata conferma nel dato letterale della pronuncia. In proposito, è specialmente indicativo che, oltre alla brevità della coabitazione, sono la mancanza di ogni legame biologico tra i ricorrenti e il minore e l’incertezza del loro rapporto giuridico i fattori di cui la Grande Camera ha affermato, in una sorta di

⁸ Ivi, cit., par. 157.

⁹ In senso critico rispetto alla preminenza del dato quantitativo su fattori qualitativi si esprime anche L. POLI, *La Grande Camera e l’ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in www.sidiblog.org.

¹⁰ Sebbene con riferimento alla vita familiare di una coppia, anche S. MARINO, *Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell’art. 8 CEDU: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani*, in *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere*, 2016, 125 ss., 130, osserva come non possano definirsi i parametri per l’accertamento della stabilità di una relazione, ivi inclusa la sua durata.

¹¹ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 153.

¹² In proposito L. POLI, *La Grande Camera*, cit., nota opportunamente come la Corte abbia tradito le premesse enunciate.

¹³ *Opinion dissidente commune des Juges Lazarova Traikovska, Bianku, Laffranque, Lemmens and Grozev*, allegata alla sentenza *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., 66 ss., par. 4.

‘ricapitolazione’, di aver tenuto conto nell’accertamento dell’inesistenza di una ‘vita familiare di fatto’¹⁴. In effetti, la Grande Camera ha considerato l’assenza di un legame genetico e giuridico tra i ricorrenti e il minore proprio nel corso della valutazione del fattore temporale.

Nello specifico, la Grande Camera si è riferita al parametro della consanguineità tra i ricorrenti e il minore quando ha confrontato il caso di specie col precedente *D. et autres c. Belgique*¹⁵, in cui aveva qualificato come vita familiare una situazione di coabitazione di durata ancora più breve ma contraddistinta dalla presenza di un legame genetico tra uno dei genitori intenzionali e il bambino¹⁶. Seppur indirettamente, l’elemento della consanguineità assume rilievo anche nel passo il cui la Grande Camera ha affermato che, nel caso *sub iudicio*, il convincimento dell’esistenza di un legame genetico tra uno dei ricorrenti e il minore non compensava la breve estensione temporale della convivenza¹⁷. Infine, nella valutazione della durata della coabitazione, la Grande Camera ha considerato anche la contrarietà della situazione all’ordinamento giuridico italiano, osservando che, quantunque i ricorrenti non fossero direttamente responsabili per la fine della loro convivenza col minore, la loro condotta aveva provocato l’incertezza giuridica delle circostanze, cui le autorità italiane avevano reagito¹⁸.

Il peso che, ai fini della verifica dell’esistenza di ‘una vita familiare di fatto’, la Grande Camera ha conferito all’assenza di un legame sia genetico sia giuridico tra i ricorrenti e il minore rischia di provocare una marginalizzazione della nozione fattuale di vita familiare¹⁹. La stessa *raison d’être* del concetto di ‘vita familiare *de facto*’ sarebbe inficiata, se, allo scopo dell’accertamento della sua esistenza, avessero un valore pregnante anche il legame genetico tra i genitori intenzionali e il minore e la conformità della loro coabitazione all’ordinamento giuridico dello Stato convenuto. Infatti, è evidente come, rispetto all’applicazione dell’articolo 8 della CEDU, l’esistenza di una ‘vita familiare di fatto’ rilevi specialmente nel caso in cui il nucleo di individui in questione non sia giuridicamente riconosciuto come una famiglia ai sensi dell’ordinamento domestico di riferimento, né sia fondato, quanto al rapporto tra la coppia di adulti e il minore, su un legame genetico²⁰.

Il rischio di una marginalizzazione della nozione di ‘vita familiare *de facto*’ si comprende appieno non appena si considera la distinzione fra tre tipi di legame familiare: giuridico, genetico ed effettivo o fattuale²¹. La Grande Camera avrebbe tracciato tale tripartizione appunto nella sentenza in commento, affrontando il problema dell’esistenza di una ‘vita familiare di fatto’ solo dopo aver riscontrato la mancanza di un legame biologico tra i ricorrenti e il minore²² e la contrarietà della

¹⁴ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 157.

¹⁵ Corte europea dei diritti umani, *D. et autres c. Belgique*, ricorso n. 29176/13, decisione dell’8 luglio 2014.

¹⁶ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 154.

¹⁷ Ivi, par. 155.

¹⁸ Ivi, par. 156.

¹⁹ Il rischio è trascurato da I. ANRÒ, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l’Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, 26 gennaio 2017, in www.rivista.eurojus.it, la quale addirittura allude all’utilità del carattere legale o meno dell’instaurazione della coabitazione ai fini della delimitazione della sfera di applicazione del diritto al rispetto della vita familiare.

²⁰ Peraltro, è appena il caso di specificare che ciò non significa certo che, dinanzi alla Corte di Strasburgo, il diritto al rispetto della vita familiare non sia stato invocato o applicato con riferimento a fattispecie diverse dall’ipotesi in cui manchi un legame sia genetico sia giuridico tra gli adulti e il minore.

²¹ Più in generale, la distinzione è tracciata anche da P. MURAT, *Filiation et vie familiale*, in F. SUDRE (sous la direction de), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2002, 161 ss., 161 s.

²² *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., parr. 142 ss.

situazione al diritto italiano²³, cioè dopo avere escluso la sussistenza di una vita familiare fondata su un legame genetico o giuridico. Anzi, accingendosi all'indagine della presenza di una 'vita familiare *de facto*', la Grande Camera affermava significativamente di *accettare* tale categoria "en l'absence de liens biologiques ou d'un lien juridiquement reconnu"²⁴, quantunque abbia poi considerato di nuovo, come si è visto, l'inesistenza di un legame genetico e giuridico tra i ricorrenti e il minore proprio nella verifica della sussistenza di una 'vita familiare di fatto'.

In una più ampia prospettiva, se si tralascia l'ideale demarcazione tra legami giuridici, genetici e sostanziali, il profilato rischio di marginalizzazione riguarda l'intera nozione di vita familiare rilevante per l'applicazione dell'articolo 8 della CEDU, posto che la Corte ha sempre teso a ricostruirla sulla base preminente del criterio dell'effettività dei legami²⁵. Peraltro, anche nella pronuncia in commento la Grande Camera ha ricordato come, in principio, l'esistenza di una vita familiare fosse essenzialmente una questione di fatto, dipendente dall'esistenza di stretti legami personali²⁶, salvo poi discostarsi da tale affermazione nella verifica della presenza di una vita familiare nel caso di specie²⁷. Così, rispetto alla consolidata giurisprudenza in merito all'effettività della nozione di vita familiare, la sentenza definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli* sembra segnare un'inversione di tendenza, consacrando la prevalenza del dato biologico e giuridico sulla natura sostanziale dei rapporti²⁸.

²³ Ivi, par. 147.

²⁴ Ivi, par. 148.

²⁵ Il punto è ormai assodato, come emerge, *ex pluribus*, da C. PITEA, L. TOMASI, *Articolo 8*, in S. BARTOLE, DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dei popoli*, Padova, 2012, 297 ss., 300 ss., specialmente 300; B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*⁶, Oxford, 2014, 335 ss.; W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 388 ss., specialmente 389 s., cui si rinvia altresì per una panoramica della casistica e della principale giurisprudenza.

²⁶ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 140.

²⁷ Sembra che anche la Corte di Appello di Trento (sezione I), ordinanza del 23 febbraio 2017, si sia accorta della frizione tra le premesse della Grande Camera circa la natura sostanziale del concetto di vita familiare e il concreto accertamento della sua esistenza nel caso *Paradiso et Campanelli*. Infatti, secondo il giudice di Trento, la pronuncia della Grande Camera "non potrebbe essere valorizzata" quanto al rilievo conferito al dato del legame biologico tra genitori intenzionali e minore, atteso che, proprio in tale sentenza, la stessa Corte di Strasburgo aveva ricordato il fondamento fattuale dell'esistenza di una vita familiare (si veda il par. 18 dell'ordinanza). Per un primo inquadramento dell'ordinanza della Corte di Appello di Trento, v. A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017, in www.articolo29.it.

²⁸ In senso contrario, secondo O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, 420 ss., 430 ss., la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani indicherebbe la nascita come il fondamento del legame tra genitore e figlio. In realtà, i passaggi citati a favore di tale conclusione non sembrano particolarmente persuasivi, non solo se confrontati con la giurisprudenza di segno contrario che si esaminerà immediatamente qui di seguito nel testo, ma anche se singolarmente considerati. Così nella sentenza sul caso *Keegan*, in cui si trattava di verificare l'esistenza di una vita familiare tra il padre naturale – ricorrente – e un figlio nato al di fuori del matrimonio e dopo la rottura della relazione tra il padre stesso e la madre naturale, che quindi aveva deciso di dare il minore in adozione, la Corte aveva effettivamente affermato, in generale, che il figlio nato da una relazione familiare, anche al di fuori del matrimonio, era *ipso iure* parte di quell'unità familiare (Corte europea dei diritti umani, *Keegan v. Ireland*, ricorso n. 16969/90, sentenza del 26 maggio 1994, par. 44). Tuttavia, rispetto al caso concreto, essa aveva accertato l'esistenza di una vita familiare tra il ricorrente e il minore non sulla scorta dell'esistenza del loro legame genetico, neanche citato, bensì dimostrando l'esistenza di un'effettiva vita familiare tra i genitori naturali al momento del concepimento del bambino (ivi, par. 45): rispetto alla posizione del figlio, la Corte affrontava il problema dell'eguaglianza tra la separazione o il divorzio di due coniugi e la rottura di un rapporto *more uxorio*, risolvendolo

Nella presente sede, sia sufficiente soffermarsi sui precedenti citati dalla Grande Camera nella sentenza in commento al fine di mostrare come ivi neanche trovi supporto l'approccio da essa adottato. In particolare, nella pronuncia sul caso *Paradiso et Campanelli* la Grande Camera ha rimarcato come la sentenza emessa sul caso *Wagner*²⁹, in cui la coabitazione tra la ricorrente e il minore non era conforme al diritto dello Stato convenuto³⁰, si contraddistinguesse perché le autorità interne tolleravano detta situazione³¹. Eppure, in quella sentenza, ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una vita familiare la Corte aveva ommesso ogni riferimento al dato della difformità legislativa della situazione o all'atteggiamento di tolleranza delle autorità. Piuttosto, essa aveva ricostruito l'esistenza di una vita familiare sulla base dell'effettività dei rapporti, constatando che la ricorrente aveva agito sotto ogni aspetto e per oltre dieci anni come la madre del minore³².

Neanche nei casi *Moretti et Benedetti*³³ e *Kopf and Liberada*³⁴ la Corte aveva conferito rilievo al dato biologico e giuridico per la verifica dell'esistenza di una vita familiare di fatto. Piuttosto, nella pronuncia sul caso *Moretti et Benedetti* la Corte aveva affermato di esaminare i legami familiari di fatto "en l'absence de tout rapport juridique de parenté" tra i ricorrenti e il minore che essi avevano avuto in affidamento e, quindi, di basarsi sull'effettività dei loro legami allo scopo dell'accertamento dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto'³⁵. La Corte aveva poi applicato tale precedente al contermine caso *Kopf and Liberada*³⁶. Peraltro, nei due casi da ultimi citati i rapporti tra i ricorrenti e il minore si erano sviluppati nell'ambito di circostanze conformi all'ordinamento giuridico dei rispettivi Stati convenuti, pur trattandosi di situazioni di mero affidamento temporaneo: se il dato fosse stato rilevante, la Corte avrebbe potuto richiamare la legalità delle circostanze di origine dei rapporti tra i ricorrenti e il minore almeno per corroborare l'accertata esistenza di una vita familiare

sulla base dell'effettività dei legami. Inoltre, l'affermazione della Grande Camera, secondo cui le nozioni di vita privata e familiare includerebbero la decisione di genitorialità biologica (Corte europea dei diritti umani [GC], *Dickson v. the United Kingdom*, ricorso n. 44362/04, sentenza del 4 dicembre 2007, par. 66), non esclude certo che l'esistenza di una vita familiare sia accertabile sulla base della sola effettività dei legami. Peraltro, è appena il caso di notare che, pochi mesi prima, la Grande Camera stessa aveva riferito il rispetto per la decisione di genitorialità biologica esclusivamente al concetto di vita privata (Corte europea dei diritti umani [GC], *Evans v. the United Kingdom*, ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007, par. 71). Un'analoga considerazione vale per la sentenza sul caso *Boughanemi*: che il concetto di famiglia "inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant" (Corte europea dei diritti umani, *Boughanemi c. France*, ricorso n. 22070/93, sentenza del 24 aprile 1996, par. 35) non osta a un accertamento dell'esistenza di una vita familiare fondato sull'effettività dei legami. Infine, la precisazione contenuta nella decisione sul caso *J.R.M.*, secondo cui la mera donazione dei gameti maschili ai fini dell'inseminazione artificiale non sarebbe sufficiente per la costituzione di un legame familiare tra il padre biologico e il figlio (Commissione europea dei diritti umani, *J.R.M. v. the Netherlands*, ricorso n. 16944/90, decisione dell'8 febbraio 1993), depone evidentemente in senso contrario al conferimento di un rilievo decisivo al dato genetico, tanto più che, nel caso di specie, la Commissione aveva poi verificato l'esistenza di una vita familiare comunque sulla base dell'effettività dei legami.

²⁹ Corte europea dei diritti umani, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007.

³⁰ In particolare, in Lussemburgo non era riconosciuta la piena adozione del minore da parte di una donna non sposata.

³¹ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 156.

³² *Wagner*, cit., par. 117.

³³ Corte europea dei diritti umani, *Moretti et Benedetti c. Italie*, ricorso n. 16318/07, sentenza del 27 aprile 2010.

³⁴ Corte europea dei diritti umani, *Kopf and Liberada v. Austria*, ricorso n. 1598/06, sentenza del 17 gennaio 2012.

Per un commento della sentenza, v. J.-P. MARGUENAUD, *L'affaire Kopf et Liberada ou la consolation procédurale de la famille d'accueil*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, 987 ss.

³⁵ *Moretti et Benedetti*, cit., par. 48.

³⁶ *Kopf and Liberada*, cit., parr. 36 s.

nei due casi. Eppure, siffatto riferimento manca, talché stupisce che, nella pronuncia sul caso *Paradiso et Campanelli*, la Grande Camera l'abbia quasi introdotto *ex post*, osservando come ivi la situazione differisse dai precedenti *Moretti et Benedetti* e *Kopf and Liberada* proprio in ragione della legalità della collocazione del minore presso i ricorrenti nei due casi appena menzionati³⁷.

Infine, ancorché nella sentenza sul caso *Nazarenko*³⁸, in cui il ricorrente lamentava l'interruzione di ogni rapporto con la minore di cui per anni aveva creduto di essere genitore, la Corte avesse osservato che la minore stessa era nata quando il ricorrente era ancora sposato con sua madre ed era stata registrata come sua figlia³⁹, tali fattori legali non sembrano aver rilevato per l'accertamento dell'esistenza di una vita familiare, che, infatti, la Corte aveva motivato in ragione del convincimento del ricorrente di essere il genitore biologico della minore e dello stretto legame tra loro⁴⁰. Del resto, la persuasione del ricorrente dell'esistenza di un legame genetico con la minore pare doversi interpretare come uno degli elementi probanti a favore dell'effettiva assunzione del ruolo genitoriale da parte sua, non essendo evidentemente intercambiabile con la reale esistenza di un vincolo biologico.

In aggiunta ai precedenti citati dalla Grande Camera e succintamente esaminati, anche le sentenze 'gemelle' emesse dalla Corte europea dei diritti umani sui casi *Mennesson*⁴¹ e *Labassee*⁴², pure riguardanti la maternità surrogata, confermano la marginalità dell'esistenza di un legame genetico o giuridico ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una vita familiare di fatto. In *Mennesson* e *Labassee*, i genitori intenzionali erano ricorsi alla fecondazione assistita eterologa recandosi all'estero, essendo la pratica vietata in Francia. Nei due casi, però, solo i gameti femminili provenivano da donatori esterni a ciascuna delle due coppie, talché esisteva un legame biologico tra uno dei due genitori intenzionali e i minori nati mediante gestazione per altri. Riscontrando l'esistenza di una vita familiare, la Corte aveva mancato di riferirsi alla sussistenza di tale legame biologico al fine di dimostrare detta conclusione, così come alla tolleranza della situazione da parte delle autorità domestiche o alla vigenza di un'interdizione della maternità surrogata in Francia. Piuttosto, la Corte aveva confermato l'approccio sostanziale alla definizione di vita familiare⁴³.

³⁷ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 156.

³⁸ Corte europea dei diritti umani, *Nazarenko v. Russia*, ricorso n. 39438/13, sentenza del 16 luglio 2015.

³⁹ Ivi, par. 58.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, *Mennesson c. France*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014.

⁴² Corte europea dei diritti umani, *Labassee c. France*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014. Per un commento della sentenza, si veda 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*, 15 luglio 2014, in www.articolo29.it. Con riguardo a entrambe le sentenze, si segnalano invece C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1132 ss.; M. M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 953 ss.; J. GUILLAUMÉ, *Note*, in *Journal du droit international*, 2014, 1270 ss.; I. ISAILOVIĆ, *The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements*, 25 luglio 2014, in www.ejiltalk.org.

⁴³ *Mennesson*, cit., par. 45; *Labassee*, cit., par. 37.

4. Le possibili ragioni della negazione dell'esistenza di una vita familiare. In particolare, l'incertezza giuridica della situazione e la sua dubbia conciliabilità col principio del superiore interesse del minore

Le illustrate perplessità, derivanti dai pericoli di una relativizzazione o marginalizzazione della nozione di 'vita familiare di fatto', assumono una portata ancora maggiore non appena si consideri il valore determinante che la negazione dell'esistenza di una vita familiare ha avuto rispetto alla soluzione del caso *Paradiso et Campanelli*⁴⁴. Ciò emerge non solamente da una comparazione tra la sentenza della Camera e la pronuncia definitiva, che mostra come la loro fondamentale differenza risieda appunto nell'applicazione o meno del diritto al rispetto della vita familiare, ma anche dall'esame della sola sentenza della Grande Camera. Infatti, dopo aver scartato la sussistenza di una vita familiare, quindi in sede di valutazione dell'interferenza statale col diritto alla vita privata dei ricorrenti, la Grande Camera ha continuato a rimarcare come la fattispecie *sub iudicio* differisse dal caso in cui una vita familiare esistesse⁴⁵. Tale insistenza sembra lasciar intendere che l'esito della pronuncia dipendeva dall'assenza di una vita familiare e che sarebbe stato diverso, se la Grande Camera avesse riscontrato che i ricorrenti e il minore costituivano un nucleo familiare.

La consapevolezza della Corte circa la decisiva rilevanza della sussistenza di una vita familiare induce a interrogarsi intorno alle ragioni per le quali, nella relativa verifica, la Grande Camera abbia applicato dei criteri opinabili, o comunque difformi dalla sua precedente giurisprudenza. Piuttosto, l'importanza della presenza di un legame familiare tra i ricorrenti e il minore avrebbe dovuto indurre la Grande Camera a un'oculata analisi del punto e all'impiego di parametri sostanziali, consolidati nella giurisprudenza e coerenti con la rilevante nozione di 'vita familiare di fatto'.

Alla stregua di una prima ipotesi, dietro la negazione di una 'vita familiare *de facto*' si celerebbero i dubbi della Grande Camera rispetto alla possibilità che il superiore interesse del minore si identificasse nella continuazione di una situazione instabile, poiché determinata dal ricorso all'estero a una pratica interdotta dall'ordinamento giuridico italiano⁴⁶. In effetti, la Grande Camera rimarcava come i ricorrenti stessi avessero provocato l'incertezza delle circostanze⁴⁷, ponendo le autorità giudiziarie interne dinanzi alla scelta tra la sanzione e la conseguente

⁴⁴ In senso conforme, v. L. POLI, *La Grande Camera*, cit., che definisce la questione dell'esistenza di una vita familiare come "il nodo dalla cui soluzione dipendono direttamente le conclusioni".

⁴⁵ In proposito, appaiono particolarmente emblematici due passaggi. Nel primo, mentre valutava, con riguardo al diritto alla vita privata dei ricorrenti, la sufficienza delle ragioni fornite dalle autorità italiane per giustificare l'allontanamento del minore, la Grande Camera "rappelle que, contrairement à la chambre, elle estime que les faits de la cause ne relèvent pas de la notion de vie familiale, mais uniquement de la vie privée", osservando la necessità "d'examiner l'affaire non pas du point de vue de la préservation d'une unité familiale, mais plutôt sous l'angle du droit des requérants au respect de leur vie privée" (*Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 198). Nel secondo brano, vagliando la proporzionalità dell'interferenza, e quindi proseguendone l'analisi della compatibilità col diritto alla vita privata dei ricorrenti, la Grande Camera ha specificato che "l'enfant n'était pas un membre de la famille des requérants au sens de l'article 8 de la Convention" (ivi, par. 208), onde la differenza tra la fattispecie in giudizio e "des affaires concernant l'éclatement d'une famille par la séparation d'un enfant et de ses parents" (ivi, par. 209).

⁴⁶ V. L. POLI, *La Grande Camera*, cit.

⁴⁷ Proprio nella verifica dell'esistenza di una vita familiare di fatto la Grande Camera si è significativamente riferita alla situazione di "précarité juridique qu[e les requérants] ont eux-mêmes donné aux liens en question en adoptant une conduite contraire au droit italien" (*Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 156). Ancora, essa ha definito il rapporto tra i ricorrenti e il minore come una "situation que ceux-ci avaient imposée comme un fait accompli" (ivi, par. 209). L'importanza del punto è dimostrata dalla sua riaffermazione nelle conclusioni delle Corte (ivi, par. 215).

stabilizzazione di una situazione illegale, da un canto, e la garanzia che il minore fosse affidato a una famiglia conformemente alla normativa in materia di adozione, dall'altro⁴⁸.

Se la prospettata ipotesi fosse fondata, la scelta della Corte susciterebbe delle perplessità. In primo luogo, anche in considerazione della natura sostanziale della nozione di vita familiare, la Corte avrebbe dovuto considerare l'incertezza giuridica delle circostanze e la sua difficile conciliabilità col superiore interesse del minore *dopo* aver stabilito l'applicabilità dell'articolo 8 della CEDU e l'esistenza di un'interferenza con esso, quindi al momento dell'esame della compatibilità della condotta statale con la disposizione, non già quando doveva verificare la rilevanza dell'articolo 8. In secondo luogo, la negazione dell'esistenza di una vita familiare ha permesso alla Grande Camera una facile valorizzazione dell'incertezza della situazione sotto il profilo del superiore interesse del minore, giacché la Corte non ha dovuto spiegare la ragione per cui, nel caso di specie, l'interesse stesso del minore non consistesse nella necessità della preservazione dell'unità familiare.

In effetti, sarebbe inevitabile notare una sostanziale sovrapposizione tra l'interesse del minore, presumibilmente correlato dalla Grande Camera alla dannosità di una condizione giuridicamente instabile, e la posizione dell'Italia. In altri termini, l'individuazione dell'interesse del minore nell'opportunità di una situazione conforme all'ordinamento giuridico ne comporterebbe la coincidenza con l'applicazione della normativa italiana in tema di filiazione. Infatti, secondo la ricostruzione operata dalla Corte, allontanando il minore dai ricorrenti le autorità interne avrebbero fondato le proprie decisioni "sur l'absence de tout lien génétique entre les requérants et l'enfant et sur la violation de la législation nationale"⁴⁹, cioè proprio sui fattori che avrebbero indotto la Grande Camera a escludere l'esistenza di una vita familiare, a causa dell'incertezza che essi provocavano e del conseguente pregiudizio per il minore.

Ciò escluderebbe una lettura della sentenza in commento nel senso della sua continuità con la precedente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di maternità surrogata, nell'ambito della quale si poneva anche la pronuncia della Camera. Tale giurisprudenza è tendenzialmente ricostruita nell'ottica della contrapposizione tra il superiore interesse del minore, nato all'estero mediante gestazione per altri, e gli interessi pubblici dello Stato convenuto in cui vige il divieto della maternità surrogata⁵⁰. La sentenza definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli* sfuggirebbe a una siffatta interpretazione, almeno laddove si abbracciasse la posizione secondo cui, in ragione dell'assenza di un legame sia genetico sia giuridico tra i ricorrenti e il minore, la Grande Camera avrebbe negato l'esistenza di una 'vita familiare di fatto' allo scopo di salvaguardare il superiore interesse del minore.

⁴⁸ Ivi, par. 209.

⁴⁹ Ivi, par. 188.

⁵⁰ In proposito, v. O. FERACI, *op. cit.*, 436-439; L. POLI, *Maternità surrogata*, cit., *passim* e specialmente 24 s.; M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, 243 ss., *passim* e specialmente 256; C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, ivi, 2016, 6 ss.; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 309 ss.

5. Segue: o la reticenza a un difficile bilanciamento tra la salvaguardia del nucleo familiare e il margine di apprezzamento statale

Come accennato, anche qualora avesse accertato la sussistenza di una vita familiare, la Grande Camera avrebbe potuto dare rilievo all'incertezza giuridica della situazione nella valutazione del margine di apprezzamento dell'Italia, piuttosto che 'anticiparne' la considerazione al momento della verifica dell'esistenza di una vita familiare. Invece di inaugurare una giurisprudenza che, se si consolidasse, rischierebbe di indebolire la nozione fattuale di vita familiare, la Grande Camera avrebbe comunque potuto valorizzare la mancanza di un legame genetico e giuridico tra i ricorrenti e il minore in sede di esame della proporzionalità della condotta statale.

Anche alla luce delle perplessità dianzi esposte, sembra allora che, in luogo della difficile compatibilità dell'incertezza giuridica delle circostanze col superiore interesse del minore, dietro la negazione della presenza di una vita familiare si celi la reticenza della Grande Camera a un'ardua scelta tra la protezione dell'unità familiare e l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento statale⁵¹. Certo, la negazione di una vita familiare non ha evitato alla Grande Camera di riconoscere l'ampio margine di apprezzamento dell'Italia, comunque applicato con riferimento all'interferenza col diritto al rispetto della vita privata.

In particolare, la Corte ha osservato più volte la rilevanza degli interessi statali nel caso di specie⁵², ribadendo l'ampiezza del margine di apprezzamento degli Stati in materia di maternità surrogata⁵³, trattandosi di un argomento etico di particolare sensibilità⁵⁴. La delicatezza del tema è anche confermata da un'analisi delle opinioni individuali allegata alla pronuncia della Grande Camera, da dove emerge l'incolmabile distanza tra le posizioni dei giudici di Strasburgo⁵⁵, le cui

⁵¹ Tale difficile situazione non si era invece presentata alla Corte europea dei diritti umani nelle già menzionate sentenze 'gemelle' sui casi *Menesson* e *Labassee*, ove era in questione il diritto al rispetto della vita familiare, e non, in particolare, la salvaguardia dell'unità familiare. Infatti, la condotta statale al vaglio della Corte era la misura di allontanamento del minore dai genitori intenzionali nel caso *Paradiso et Campanelli* [GC], mentre era il mancato riconoscimento giuridico di un legame familiare tra i genitori intenzionali e i minori nati da maternità surrogata nei casi *Menesson* e *Labassee*. Perciò, diversamente che nel caso *Paradiso et Campanelli* [GC], nei casi *Menesson* e *Labassee* la Corte aveva potuto ritenere che, quanto al rispetto della vita familiare, le autorità domestiche avevano raggiunto "un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État" (*Menesson*, cit., par. 94; *Labassee*, cit., par. 73), senza dover né affrontare il problema della tutela dell'unità familiare né, quindi, considerare la propria rilevante giurisprudenza. In effetti, la Corte ha evidenziato il punto, notando che i genitori intenzionali e i minori nati da maternità surrogata si erano potuti stabilire in Francia poco dopo la nascita dei minori stessi, che essi vi vivevano in una situazione complessivamente paragonabile a quella delle altre famiglie e che non ricorreva il rischio che le autorità interne decidessero di separarli (*Menesson*, cit., par. 92; *Labassee*, cit., par. 71).

⁵² La Corte ha evidenziato "l'importance des intérêts généraux en jeu" (*Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 210) e ha affermato che "l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance" (ivi, par. 215).

⁵³ Il riferimento a "[l']ample marge d'appréciation" dello Stato convenuto si riscontra in più punti della pronuncia (ivi, parr. 194, 200 e 215).

⁵⁴ Ivi, par. 194.

⁵⁵ Nello specifico, nella loro congiunta opinione concorrente, alcuni giudici della Corte hanno espresso il proprio rammarico per la mancata assunzione, da parte della maggioranza, di una posizione nettamente contraria alla pratica della maternità surrogata (*Opinion concordante commune aux Juges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek and Dedov*, allegata alla sentenza *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., 54 ss., par. 7). Infatti, secondo tali giudici, non solo la maternità surrogata remunerata sarebbe illecita ai sensi del diritto internazionale, giacché incompatibile con l'articolo 1 del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo, ma, più in generale, la maternità surrogata di per sé, tanto remunerata quanto altruistica, sarebbe inconciliabile con la dignità umana (*ibidem*). Invece, altri giudici della Corte, nella loro opinione dissidente, non hanno minimamente considerato la circostanza della maternità surrogata

considerazioni spesso presentano un ampio respiro, attagliandosi altresì al piano morale e politico⁵⁶. A ciò si aggiunge che, nel caso di specie, ricorrevano le circostanze nelle quali, solitamente, la Corte europea dei diritti umani riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento. Nello specifico, posto che, com'è noto, quando affronta delle questioni etiche fondamentali la Corte di Strasburgo estende o riduce il margine di apprezzamento statale in ragione dell'assenza o della presenza di un pertinente 'consenso' tra gli Stati parti della Convenzione, è d'uopo rilevare l'assenza di un loro comune *trend* in tema di maternità surrogata⁵⁷.

Tuttavia, mentre la Corte ha potuto affermare con una certa facilità che, rispetto ai pregnanti interessi pubblici in gioco, "comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant"⁵⁸, più difficilmente essa avrebbe potuto dichiarare lo stesso con riferimento alla protezione dell'unità del nucleo familiare, in ragione della consolidata giurisprudenza in materia di allontanamento del minore⁵⁹. Ciò si comprende agevolmente, se si considera l'opposta eventualità che invece la Grande Camera avesse riscontrato l'esistenza di una 'vita familiare di fatto'.

In tal caso, la tutela dell'unità del nucleo familiare avrebbe comportato una significativa compressione del margine di apprezzamento statale, nonostante la sua illustrata ampiezza e il suo rilievo ancora maggiore in materia di continuità internazionale delle situazioni giuridiche personali e familiari⁶⁰. Infatti, sarebbe stata compromessa la scelta dell'Italia di vietare la maternità surrogata, oltre che di identificare il fondamento della filiazione nel legame genetico o giuridico. Siffatta conseguenza assume una portata ancor più grave solo che si osservi che, a fronte dell'incontrollato

(*Opinion dissidente commune, passim*), esprimendo anzi il proprio disaccordo sull'eccessiva importanza riservata dalla maggioranza all'illegalità sia della pratica in Italia sia, per conseguenza, della coabitazione tra i ricorrenti e il minore (ivi, par. 12).

⁵⁶ In particolare, nella propria opinione concorrente, dopo aver letto nella pronuncia della Grande Camera un'implicita condanna alla pratica della maternità surrogata, il giudice Dedov ha osservato come tale pratica fosse pericolosa per il benessere della società, paragonandola alla prostituzione e alla pornografia, cioè a una fonte di profitto per l'individuo che, "[d]ans une société qui se développe harmonieusement", avesse come unica risorsa disponibile la bellezza ovvero la salute del proprio corpo (*Opinion concordante du Juge Dedov*, allegata alla sentenza *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., 61 ss., 61). Egli ha poi contestato l'asserito elemento solidaristico della maternità surrogata. Secondo il giudice, la solidarietà dovrebbe aiutare coloro che si trovassero in pericolo di vita, non le persone meramente desiderose di godere di una vita privata o familiare piena, e il donatore dovrebbe condividere le proprie energie e i propri averi preferibilmente senza correre rischi per la salute e la vita; del resto, "[c]es facteurs ont joué un rôle directeur dans la récente crise migratoire en Europe, lorsque les peuples ont envoyé un message clair à leurs dirigeants : nous sommes prêts à accepter les migrants sur la base de la solidarité, mais nous ne sommes prêts à mettre nos vies en danger" (ivi, 62-63). Dedov ha poi osservato come l'Italia avesse raggiunto il risultato del divieto di maternità surrogata "sur la base de valeurs chrétiennes" (ivi, 63), affermando più in generale che tale pratica "enfreint les valeurs fondamentales de la civilisation humaine" (ivi, 64).

⁵⁷ In realtà, considerando il margine di apprezzamento dell'Italia la Grande Camera non ha *expressis verbis* menzionato detta discordanza di posizioni tra gli Stati parti della Convenzione. Nondimeno, il punto emerge nella pronuncia, laddove la Grande Camera ha dato conto del diverso atteggiamento assunto da trentacinque dei quarantanove Stati contraenti nella disciplina della maternità surrogata (*Paradiso et Campanelli* [GC], par. 81).

⁵⁸ Ivi, par. 215.

⁵⁹ Come si vedrà qui di séguito, detta giurisprudenza è stata ricordata e valorizzata dalla dodicesima sezione proprio nella sentenza sul caso *Paradiso et Campanelli*.

⁶⁰ Il punto emerge chiaramente da un raffronto tra l'approccio della Corte europea dei diritti umani e quello della Corte di giustizia dell'Unione europea, come illustrato da A. DAVI, *Le renvoi en droit International privé contemporain*, in *Recueil des cours*, vol. 352, 2012, 439-446, e F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 49 ss., 84 ss.

sviluppo della tecnica e della possibilità per gli individui di ricorrere all'estero alle pratiche interdette nei rispettivi Stati di origine, alla politica non resta che la funzione di 'selezione' tra le alternative e le opportunità offerte dalla tecnica stessa⁶¹.

In effetti, laddove, rispetto al caso *Paradiso et Campanelli*, è stata imputata all'Italia una violazione del diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti, si è prospettato il problema della compressione del margine di apprezzamento statale. Così, sembra che, accertando una violazione dell'articolo 8 della CEDU, la dodicesima Sezione della Corte avesse inteso salvaguardare proprio l'unità familiare⁶², come indica l'estensione dello spazio dedicato alla definizione della misura di allontanamento del minore quale *extrema ratio*⁶³. Però, non doveva sfuggire alla Camera l'impatto della conclusione raggiunta sugli interessi e sul margine di apprezzamento dello Stato convenuto⁶⁴: la precisazione secondo cui la sentenza non avrebbe dovuto intendersi nel senso di porre a carico dell'Italia l'obbligo di rimettere il minore alla custodia dei ricorrenti era forse volta, oltre che alla tutela del minore⁶⁵, a un temperamento della portata della pronuncia. Peraltro, detto tentativo di temperamento non pare aver sortito gli effetti sperati: i giudici Raimondi e Spano, nella comune opinione parzialmente dissidente allegata alla sentenza della Camera, rilevavano come la maggioranza si fosse sostituita alle autorità nazionali, in contrasto col principio di sussidiarietà⁶⁶, e

⁶¹ Per un approfondimento di tale ricostruzione della funzione della politica 'nell'età della tecnica', si rinvia, per tutti, a U. GALIMBERTI, *Psiche e Techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2002, 446 ss., specialmente 452 ss.

⁶² Invece, secondo O. FERACI, *op. cit.*, 433-435, 437; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, 160 ss., 172; 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, 202 ss., 208 s., l'aspetto più rilevante della pronuncia della Camera risiederebbe nella tutela dell'identità personale del minore per oltre due anni. In effetti, tale lettura porrebbe la sentenza della Camera sul caso *Paradiso et Campanelli* in linea con le menzionate sentenze gemelle *Mennesson* e *Labassee*. Tuttavia, è appena il caso di ricordare che nel caso *Paradiso et Campanelli* il minore non era ricorrente, talché il suo diritto all'identità personale non era direttamente rilevante. Invece, nei due casi *Mennesson* e *Labassee* anche i minori coinvolti, in aggiunta ai genitori intenzionali, erano ricorrenti, donde l'applicazione del relativo diritto al rispetto della vita privata, la cui violazione era, infatti, imputata alla Francia. In effetti, nel caso *Paradiso et Campanelli*, solo una volta, ai fini della valutazione della compatibilità dell'interferenza statale con l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani, la Camera si riferiva alla privazione dell'identità del minore, segnatamente enumerandola come una delle ragioni dell'insufficienza delle condizioni per l'allontanamento del minore dai ricorrenti (*Paradiso et Campanelli*, cit., par. 85). Peraltro, nella loro opinione comune allegata alla pronuncia, i giudici Raimondi e Spano criticavano il riferimento all'identità personale del bambino, osservando proprio come il punto "pourrait former l'objet, à la limite, d'un grief de l'enfant lui-même" (*Opinion en partie dissidente commune des Juges Raimondi et Spano*, allegata alla sentenza *Paradiso et Campanelli*, cit., 31 ss., par. 14).

⁶³ Nelle eloquenti parole della dodicesima Sezione, "l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci [...]. Le seuil établi dans la jurisprudence est très élevé" (*Paradiso et Campanelli*, cit., par. 80). L'incidenza del punto è confermata anche dalla scelta della dodicesima Sezione di riportare per intero lunghi passaggi dei due precedenti, *Pontes* (Corte europea dei diritti umani, *Pontes c. Portugal*, ricorso n. 19554/09, sentenza del 10 aprile 2012) e *Zhou* (Corte europea dei diritti umani, *Zhou c. Italie*, ricorso n. 33773/11, sentenza del 21 gennaio 2014), dai quali sarebbe emerso il carattere estremo della misura di allontanamento del minore (*Paradiso et Campanelli*, cit., par. 80, ove sono riportati integralmente i parr. 74 ss. della sentenza sul caso *Pontes*, cit., e i parr. 55 s. della sentenza sul caso *Zhou*, cit.).

⁶⁴ La riduzione del margine di apprezzamento statale determinata dalla pronuncia della Camera è rimarcata anche da M. DISTEFANO, *op. cit.*, 172, e, in una più ampia prospettiva, da L. POLI, *Maternità surrogata*, cit., 21 ss. e specialmente 26.

⁶⁵ *Paradiso et Campanelli*, cit., par. 88.

⁶⁶ *Opinion en partie dissidente commune des Juges Raimondi et Spano*, cit., par. 13.

avesse frustrato la legittima scelta dell'Italia di non riconoscere effetti alla gestazione per altri⁶⁷. Inoltre, le ragioni per le quali l'Italia proponeva alla Grande Camera il riesame della pronuncia della Camera risiedevano, oltre che nel rischio dell'introduzione di un terzo criterio di filiazione, specialmente nella "forte compressione" del margine di apprezzamento statale "in combinato con il principio di sussidiarietà"⁶⁸. Finanche i giudici della *dissenting opinion* apposta alla pronuncia definitiva, i quali hanno ritenuto che nel caso di specie esistesse una vita familiare e che l'Italia avesse violato l'articolo 8 della CEDU, si sono prudentemente astenuti da un'esplicita affermazione della compressione del margine di apprezzamento statale, evitando *in toto* di riferirsi a esso nel loro ragionamento e concentrandosi, invece, sulla questione della situazione di abbandono o meno del minore⁶⁹.

Al contrario, sempre ipotizzando che la Grande Camera avesse riscontrato l'esistenza di una vita familiare, al fine di evitare un'eccessiva compressione del margine di apprezzamento dello Stato convenuto la Corte si sarebbe dovuta discostare dalla sua precedente giurisprudenza in materia di allontanamento del minore⁷⁰, ammettendone il superamento per la notevole ampiezza del margine di apprezzamento statale in materia di maternità surrogata. Eppure, l'impressione è che la Grande Camera si sia preoccupata di escludere che la propria pronuncia potesse leggersi come un *vulnus* alla tutela dell'unità familiare. Altrimenti, non si spiegherebbe per quale ragione, pur avendo escluso la sussistenza di una vita familiare, la Grande Camera abbia ricordato come solo un pericolo per l'integrità fisica o morale del minore ne giustificasse la separazione dal nucleo familiare⁷¹. Inoltre, come già osservato, essa ha più volte precisato l'inesistenza di una vita familiare nel caso di specie, pure in sede di valutazione della compatibilità dell'allontanamento del minore col diritto alla vita privata dei ricorrenti⁷².

6. Il possibile impatto della sentenza sui futuri casi di maternità surrogata

La reticenza a un difficile bilanciamento tra la tutela del nucleo familiare e l'applicazione del margine di apprezzamento statale suggerisce una lettura della negazione dell'esistenza di una vita familiare come un compromesso, attraverso cui la Grande Camera ha dato rilievo agli interessi statali, senza però conferire alla dottrina del margine di apprezzamento un valore decisivo anche rispetto alla protezione dell'unità familiare e, dunque, creare un precedente che rischiasse di

⁶⁷ Infatti – proseguivano i giudici Raimondi e Spano – “[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 par reconnaître d’effets juridique à la gestation pour autrui [...] est réduite à néant” (ivi, par. 15).

⁶⁸ Presidenza del Consiglio di Ministri, *Relazione al Parlamento. Anno 2015*, 34.

⁶⁹ In particolare, i giudici dell'opinione dissidente ritenevano che, siccome l'autorità giudiziaria domestica di ultima istanza aveva fondato la propria decisione di allontanamento del minore sul suo stato di abbandono, allora anche la Grande Camera avrebbe dovuto individuare lo scopo alla base dell'interferenza italiana nell'intento di porre termine a detta condizione, piuttosto che nell'illegalità della situazione (*Opinion dissidente commune*, cit., parr. 7 e 9), cui quindi la Grande Camera avrebbe conferito un'eccessiva rilevanza (ivi, par. 12).

⁷⁰ Come accennato, tale giurisprudenza è richiamata nella pronuncia della Camera (*Paradiso et Campanelli*, cit., par. 80).

⁷¹ *Paradiso et Campanelli* [GC], cit., par. 209.

⁷² *Supra*, par. 4.

circoscrivere l'effettività del vaglio della Corte europea dei diritti umani sui casi di maternità surrogata. I fattori dell'assenza di un legame genetico e giuridico tra i ricorrenti e il minore hanno determinato l'esito del caso non in ragione dell'ampio margine di apprezzamento dello Stato, ma quali elementi che la Corte ha ritenuto importanti per la verifica dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto'.

Poiché la nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU è costruita in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo⁷³, lo spostamento del rilievo dell'assenza di un legame genetico e giuridico dal piano del margine di apprezzamento statale a quello della nozione di vita familiare lascia alla Corte la possibilità di mutare orientamento in futuro, senza l'ostacolo di un precedente in cui il margine di apprezzamento fosse prevalso finanche sulla salvaguardia dell'unità familiare. Dinanzi a una situazione contermina alla fattispecie del caso *Paradiso et Campanelli*, la Corte potrà riscontrare l'esistenza di una vita familiare ed eventualmente dichiarare una violazione dell'articolo 8 della CEDU, decidendo di ridurre il margine di apprezzamento statale.

Infatti, solo *prima facie* la sentenza della Grande Camera sembra precludere l'accoglimento di futuri ricorsi in materia di maternità surrogata. Tale impressione scaturisce dalla difficoltà di immaginare che un'ipotesi di c.d. fecondazione assistita 'doppiamente' eterologa, in cui i gameti sia maschili sia femminili provengano da donatori terzi, e non dai genitori intenzionali, possa divergere dal caso *Paradiso et Campanelli*, almeno laddove sia convenuto uno Stato in cui tale pratica sia vietata. Potrebbe pensarsi che, in tal caso, mancando sempre un legame genetico e giuridico tra i genitori intenzionali e il minore, sarebbe arduo per la Corte europea dei diritti umani accertare l'esistenza di una vita familiare e, presumibilmente, una violazione dell'articolo 8 della CEDU per l'allontanamento del minore o il mancato riconoscimento della filiazione: salvo la manifesta irragionevolezza del bilanciamento operato dalle autorità domestiche, gli interessi pubblici sarebbero destinati a prevalere sul diritto alla vita privata dei genitori intenzionali⁷⁴. Non è fortuito che la pronuncia della Grande Camera sia stata interpretata come una velata presa di posizione contraria alla maternità surrogata⁷⁵, o almeno alla sua realizzazione attraverso l'utilizzo di gameti sia maschili sia femminili provenienti da donatori esterni⁷⁶.

A un più attento sguardo, però, è chiaro che la Corte europea dei diritti umani potrà *comunque* riscontrare l'esistenza di una vita familiare tra i genitori intenzionali e il minore nato tramite gestazione per altri e, quindi, accertare una violazione dell'articolo 8 della CEDU per salvaguardare l'unità familiare. Nello specifico, rispetto a una situazione analoga al caso *Paradiso et Campanelli*, cioè in cui tra i genitori intenzionali e il minore intercorrano dei rapporti stretti, ma manchi un legame sia genetico sia giuridico, la Corte potrà riscontrare l'esistenza di una vita familiare sulla base della durata dei rapporti stessi⁷⁷. Infatti, nei casi di fecondazione assistita doppiamente eterologa, vietata nello Stato convenuto ma realizzata all'estero, l'unica variabile sembra risiedere

⁷³ In proposito, v., per tutti, F. SUDRE, *Rapport Introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in F. SUDRE (sous la direction de), *op. cit.*, 11 ss.

⁷⁴ Né i genitori intenzionali, in mancanza di un legame genetico col minore, potrebbero rappresentarlo dinanzi alla Corte di Strasburgo e lamentare una violazione del suo diritto all'identità personale, diversamente da quanto avvenuto nei ricordati casi *Mennesson e Labassee*.

⁷⁵ V. la già esaminata opinione individuale del giudice Dedov (*Opinion concordante du Juge Dedov*, cit., 61).

⁷⁶ Tale lettura è proposta da L. POLI, *La Grande Camera*, cit.

⁷⁷ Peraltro, se in futuro la Corte di Strasburgo si discostasse dalla pronuncia definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli* [GC] per la maggiore durata della coabitazione tra i ricorrenti e il minore, ferma restando la mancanza di un legame sia genetico sia giuridico, si confermerebbe l'ancoramento della nozione fattuale di vita familiare al dato squisitamente quantitativo dell'estensione temporale della convivenza.

nel tempo che i genitori intenzionali e il minore abbiano trascorso insieme prima dell'adozione della misura ritenuta incompatibile con la Convenzione. D'altronde, si è già osservata la relatività intrinseca nella verifica della sufficienza del fattore temporale ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una 'vita familiare di fatto'⁷⁸.

Più in generale, la pronuncia definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli* lascia alla Corte europea dei diritti umani un'ampia discrezionalità quanto all'accertamento dell'esistenza di una vita familiare nei futuri casi di maternità surrogata. Infatti, nulla impedirà alla Corte di conferire, ai fini della verifica della presenza di una 'vita familiare di fatto', uno scarso rilievo alla sussistenza di un legame biologico e giuridico tra i genitori intenzionali e il minore, o addirittura di trascurarlo, dato che la Grande Camera ha ommesso di spiegarne la considerazione nella sentenza definitiva sul caso *Paradiso et Campanelli*. È solo presumibile che essa abbia perseguito tale *modus procedendi* allo scopo di tutelare il superiore interesse del minore o di valorizzare gli interessi statali: né l'una né l'altra soluzione è stata espressamente abbracciata dalla Grande Camera.

In aggiunta al rischio di un indebolimento della nozione fattuale di vita familiare, il lascito della sentenza della Grande Camera sul caso *Paradiso et Campanelli* sembra quindi risiedere nell'incertezza per i futuri casi di maternità surrogata. Ciò appare quasi paradossale, non solo in considerazione dell'importanza della certezza del diritto per la tutela dei diritti umani, ma specie se si identifica l'interesse superiore del minore, anche quando nato da madre surrogata, nella stabilità della situazione giuridica.

In realtà, lo spazio di manovra che la negazione dell'esistenza di una vita familiare garantisce alla Corte europea dei diritti umani per i futuri casi di maternità surrogata sarebbe stato mantenuto, anche se la Grande Camera avesse accertato la sussistenza di una vita familiare. Anzi, nella misura in cui la Corte avesse dovuto dichiarare la conformità della condotta italiana alla CEDU, sarebbe stato forse meglio se la Grande Camera avesse confermato l'approccio sostanziale alla definizione della vita familiare e applicato la dottrina del margine di apprezzamento statale. Certo, sarebbe stata così scalfita la tutela dell'unità familiare. Cionondimeno, si sarebbe evitato il rischio di un indebolimento della nozione fattuale di vita familiare, mentre l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, anche rispetto alla protezione dell'unità familiare, avrebbe assicurato una maggiore certezza con riguardo ai futuri ricorsi in materia di maternità surrogata. Al contempo, il conferimento di un ruolo decisivo al margine di apprezzamento statale, pure rispetto alla salvaguardia del nucleo familiare, non avrebbe definitivamente circoscritto il vaglio della Corte in materia di maternità surrogata, attesa la nota flessibilità del margine di apprezzamento medesimo: la Corte avrebbe comunque mantenuto la possibilità di un mutamento giurisprudenziale in ragione dell'evoluzione del *consensus* comune agli Stati parti della CEDU.

⁷⁸ *Supra*, par. 2.