

MARIA CHIARA VITUCCI

LA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE DI STRASBURGO: IL CASO PARADISO E CAMPANELLI C. ITALIA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le altre sentenze della Corte europea sulla maternità surrogata. – 3. La sentenza *Paradiso e Campanelli* al vaglio della Sezione e della Grande Camera. – 4. Ordine pubblico e diritti umani.

1. I cambiamenti della società si riflettono sugli istituti giuridici. Senza alcuna pretesa di completezza nel dar conto delle modifiche, non si può fare a meno di notare quanto le famiglie attuali siano diverse da quelle di solo 50 anni fa¹. Per definire le profonde trasformazioni avvenute, i civilisti hanno parlato di declinazioni al plurale del termine famiglia e di arcipelago familiare². Tutto è cambiato: dal legame tra famiglia e matrimonio alla responsabilità genitoriale, dai rapporti tra coniugi al riconoscimento del principio di unicità dello status di figlio. Ed è su questo ultimo punto che vorrei brevemente intrattenermi, per analizzare un aspetto della filiazione che sta facendo molto discutere e che ha recentemente interessato anche la Corte europea dei diritti umani.

Sappiamo infatti che la l. 219/2012 ha finalmente equiparato tutti i figli, quelli nati all'interno e fuori dal matrimonio, nonché i figli adottivi. Ma i mutamenti della società non si arrestano. Entrano in scena nuovi figli, nati mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita o con il ricorso alla maternità surrogata. In questo lavoro l'analisi del recentissimo caso *Paradiso e Campanelli* offrirà lo spunto per analizzare alcune questioni poste dalla maternità surrogata. L'ottica è quella di una internazionalista. La precisazione s'impone perché la gestazione per altri è vietata in Italia dall'art. 12 comma 6 della l. 40/2004. Quindi solo all'estero possono na-

-
- 1 Un recente volume utilizza la narrazione cinematografica per dar conto delle trasformazioni della famiglia: F. D'ALTO, M. PIGNATA, *Le forme della legge e le forme dell'arte. La famiglia italiana nel racconto cinematografico*, Napoli, 2017.
 - 2 F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 516 ss.; V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Rivista di diritto civile*, 2013, 7 ss.

scere con l'utilizzo di questa tecnica bambini che siano figli di genitori italiani. I problemi che si pongono sono quindi di diritto internazionale privato – riconoscimento e trascrizione di atti di nascita prodotti all'estero – e di tutela dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che garantisce il diritto alla vita privata e familiare. Saranno quindi lasciate da parte, anche perché già analizzate in questo volume, altre questioni connesse alla maternità surrogata quali, ad esempio, quelle trattate dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sui profili penalistici della pratica³.

2. Prima del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Corte europea aveva già avuto modo di affrontare il tema della maternità surrogata in due sentenze, nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁴. Decisioni di merito e di legittimità di quel paese impedivano il riconoscimento di bambini nati all'estero mediante maternità surrogata, per contrarietà all'ordine pubblico⁵. Questa giurisprudenza è stata condannata dalla Corte di Strasburgo nelle due sentenze sopra richiamate. In quelle decisioni una Sezione della Corte europea ha stabilito che le norme francesi in materia di stato civile devono essere interpretate alla luce dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Di conseguenza, neanche in un ordinamento quale quello francese, che vieta la maternità surrogata, può essere rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita di una bambina nata in Russia mediante surrogazione, anche se l'atto indica come genitori il padre e la madre intenzionale francesi. Parimenti non può essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle nate in California (quindi statunitensi) mediante maternità per altri, da genitori intenzionali francesi. A seguito della condanna di Strasburgo, la giurisprudenza francese si è modificata, per lo meno nei casi in cui vi è un legame biologico tra padre e prole. Restano invece ancora inapplicabili gli atti di nascita formati all'estero nei confronti della madre

3 Cfr. C. COURTIN, *La gestazione per altri e il diritto penale in Francia*, in questo volume.

4 Corte europea dei diritti umani, caso *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sentenza del 26 giugno 2014; Corte europea dei diritti umani, caso *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014. Per un commento cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202 ss.

5 Cfr. L. ANTONINI-COCHIN, *Procreazione medicalmente assistita e filiazione nel diritto francese*, in questo volume.

intenzionale, il che comporta una situazione difficilmente giustificabile sotto il profilo del divieto di discriminazione⁶.

Nei casi *Mennesson* e *Labassee* la Corte rileva un'ingerenza dello Stato nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione. Il controllo della ragionevolezza dell'ingerenza si articola in più fasi, ma è la valutazione sulla necessità dell'ingerenza in una società democratica quella che – nella maggior parte dei casi e anche in questo – porta la Corte all'accertamento della sussistenza di una violazione. È qui, infatti, che si esercita la ricerca del temperamento tra interessi collettivi e diritti individuali, tra esigenze della maggioranza e protezione delle minoranze, tra diverse tradizioni culturali e giuridiche.

Nel controllare se l'ingerenza rispetti tutti i requisiti previsti, la Corte fa leva sull'ampio margine di apprezzamento dello Stato in situazioni come quella di specie, in cui non vi sia un consenso generalizzato tra i paesi membri del Consiglio d'Europa. Nell'indagine di diritto comparato la Corte dà conto della posizione di 35 Stati europei oltre alla Francia, paese nel quale la gestazione per altri è espressamente vietata. L'analisi comparatistica mostra una situazione variegata: si va dai 14 paesi in cui la maternità surrogata è vietata esplicitamente ai 7 Stati in cui è permessa; vi sono poi 4 Stati in cui è tollerata, 10 Stati in cui ha uno status incerto e 13 Stati nei quali è possibile il riconoscimento di una situazione creata legalmente all'estero⁷.

La Corte stabilisce che il pur ampio margine di discrezionalità dello Stato è stato superato. Più precisamente, la Corte distingue tra la vita familiare dei genitori e la vita privata del minore nato all'estero attraverso la pratica della surrogazione. Mentre i limiti al godimento della vita familiare tra genitori e figlie sono considerati ricompresi nell'ampio margine di apprezzamento dello Stato, la Corte perviene a un giudizio diverso per ciò che concerne il diritto alla vita privata delle bambine nate mediante gestazione surrogata, sotto il profilo della loro identità personale. Nei due casi francesi la Corte ritiene che vi sia stata violazione: il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione concreta infatti un'ingerenza sproporzionata nella vita privata delle minori⁸. Dell'identità personale fa parte anche tutto ciò che concerne i legami di filiazione e da questo punto di vista le figlie si trovano in uno stato di grande incertezza giuridica, passibile di avere ricadute

6 *Ibid.*

7 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 78; *Labassee c. Francia*, cit., par. 31-33.

8 Cfr. G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, 395 ss., 416.

anche dal punto di vista della cittadinanza⁹. La Corte conclude l'operazione di bilanciamento, affermando che non è stato attribuito il giusto rilievo all'interesse superiore del minore¹⁰, garantito dall'art. 3, par. 1 della Convenzione sui diritti del bambino¹¹. Le due sentenze confermano un orientamento che si era già affermato in ambiti diversi, ai sensi del quale l'art. 8 della Convenzione funge da controlimita dell'ordine pubblico¹². L'art. 8 della CEDU condiziona dunque il funzionamento dei meccanismi internazionaliprivatistici, prevalendo su di essi. Lo si era già visto nei casi *Wagner* e *Negropontis*¹³. Nel primo caso, la Corte aveva riconosciuto che le autorità lussemburghesi avevano violato la Convenzione, non attribuendo effetti di adozione piena ma solo di adozione semplice a una decisione di adozione resa in Peru nei confronti una madre single, il cui diritto nazionale (lussemburghese) vietava ai singoli l'adozione piena. In questo caso l'art. 8 (tutela della vita familiare di fatto tra madre e figlio) della Convenzione prevale sulle norme di diritto internazionale lussemburghesi. Nel secondo caso, il diritto all'identità personale (nel suo aspetto della possibilità di continuare a usare il proprio nome) di una persona adottata da un monaco ortodosso prevale sul divieto di adozione che l'ordinamento greco impone agli appartenenti a ordini religiosi.

3. Le due decisioni rese dalla Corte sul caso *Paradiso e Campanelli* offrono l'occasione per ragionare nuovamente su un argomento delicato: la questione della custodia su un bambino nato all'estero grazie a maternità surrogata e che – questa volta – non presentava nessun legame genetico con la coppia che, secondo la legge russa, lo aveva iscritto nei registri come figlio. L'assenza di legame biologico differenzia i fatti di questo caso dai precedenti già esaminati. Inoltre, in questo caso, i coniugi Paradiso e Campanelli agiscono solo in proprio e non anche per conto del minore, che quindi non è tra i ricorrenti.

9 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 97; *Labassee c. Francia*, cit., par. 75.

10 *Mennesson c. Francia*, cit., par. 100; *Labassee c. Francia*, cit., par. 80.

11 Convenzione sui diritti del bambino, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 44/25 del 20 novembre 1989; Si veda anche il *General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration* (Art. 3, para. 1), UN Doc. CRC/C/GC/14 del 29 maggio 2013.

12 S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 207.

13 Corte europea dei diritti umani, caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007; Corte europea dei diritti umani, caso *Negropontis-Giannis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, sentenza del 3 maggio 2011.

Ci troviamo di fronte a due sentenze di contenuto contrastante, la prima resa da una Sezione¹⁴ e la seconda dalla Grande Camera¹⁵.

Nella prima decisione, la Sezione afferma che l'Italia ha violato l'art. 8 della CEDU.

I fatti all'origine della causa vedono i coniugi Paradiso e Campanelli rivolgersi a una clinica russa per poter procedere in Russia a una gravidanza surrogata, utilizzando il materiale genetico del signor Campanelli. La procedura medica va a buon fine e la madre surrogata partorisce un bambino dichiarando, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale, di dare il consenso all'iscrizione nei registri dello stato civile del neonato come figlio dei signori Paradiso e Campanelli. Le autorità russe rilasciano quindi un certificato dal quale il bambino risulta figlio della coppia. Con questo certificato la signora Paradiso si reca al Consolato italiano per ottenere i documenti necessari per tornare in Italia. Qui la coppia chiede la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile del comune di residenza, ma le viene opposto un rifiuto, perché il Consolato ha affermato che il certificato contiene dati falsi. I coniugi vengono indagati per i reati di falso, di cui agli art. 479 e 489 c.p., alterazione di stato civile e introduzione del minore in Italia in violazione della legge sull'adozione. Allo stesso tempo, il Tribunale dei minori di Campobasso inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono e adottabilità del minore. Nel corso del procedimento il Tribunale ordina un test del DNA, dal quale risulta che il bambino non è figlio biologico del signor Campanelli, forse a esito di uno scambio di provette; subito dopo il Tribunale ordina l'allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti¹⁶. Il minore trascorre un lungo periodo in una casa famiglia per venir poi affidato a un'altra coppia di genitori.

14 Corte europea dei diritti umani, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015.

15 Corte europea dei diritti umani [GC], caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017.

16 Cfr. il precedente che si trova in una decisione della Cassazione: sentenza n. 24001 dell'11 novembre 2014, nella quale viene dichiarato lo stato di adottabilità di un minore nato mediante surrogazione di maternità perché la pratica è considerata contraria all'ordine pubblico. Cfr. però, *contra*, Corte d'appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, che ragiona sulla base dell'ordine pubblico «internazionale», formato dai valori condivisi dalla comunità internazionale. Per completezza, occorre rilevare che all'epoca dei fatti non c'era ancora il divieto di surrogazione, poi introdotto nella legislazione italiana e che tale dato è stato messo in evidenza nella sentenza. Sulla questione del cosiddetto ordine pubblico «internazionale» o «veramente internazionale», v. *infra* par. 4.

La questione più importante in questa decisione non concerne, come nei precedenti casi contro la Francia, la (mancata) trascrizione dell'atto di nascita, bensì l'allontanamento del bambino dalla casa familiare. Per la Sezione della Corte tale allontanamento rappresenta un'ingerenza nella tutela della vita privata e familiare nella quale, secondo giurisprudenza costante, sono ricompresi i rapporti di fatto. Anche in questo caso il punto centrale del controllo dell'ingerenza riguarda la questione se la misura sia necessaria in una società democratica. Pur considerando che in materie delicate, come quelle relative alle scelte nazionali sulla fecondazione assistita, lo Stato gode di un ampio margine di apprezzamento, la Corte reputa, all'esito del bilanciamento, che la misura dell'allontanamento è stata sproporzionata¹⁷. L'interesse superiore del minore avrebbe dovuto infatti essere l'oggetto principale dell'opera di bilanciamento fra interesse del singolo e quello della comunità¹⁸, mentre i giudici statali hanno attribuito grande importanza alla situazione di illegalità nella quale si erano trovati i genitori intenzionali¹⁹ e il minore è stato in sostanza svantaggiato per una causa a lui non attribuibile, cioè il modo in cui era venuto alla luce²⁰. La contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita era stato il motivo dirimente per cui i giudici italiani avevano giustificato l'allontanamento del minore dai genitori intenzionali. Invece per la Corte l'allontanamento avrebbe potuto essere disposto solo come misura estrema, allo scopo di proteggere il minore da un pericolo grave e immediato²¹, in linea con la precedente giurisprudenza²². Sembra importante riportare l'affermazione della Corte ai sensi della quale «In the Court's opinion, the reference to public order could not, however, be considered as giving carte blanche for any measure, since the State had an obligation to take the child's best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise»²³. Con queste poche parole la Corte compie il passo in avanti di separare la genitorialità dal mero dato biologico, allineandosi ai filoni giurisprudenziali, anche italiani, che sottolineano il rilievo decrescente

17 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 78.

18 *Ibid.*, par. 75. Cfr. anche A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, pubblicato il 3 febbraio 2015 su SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2015/02/03/il-caso-paradiso-e-campanelli-ovvero-la-corte-europea-contro-i-pregiudizi-dei-giudici-nazionali/>.

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

20 *Ibid.*, par. 85.

21 *Ibid.*, cit., par. 80.

22 Cfr. M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015/1, 243 ss., 256 del testo e nota 88.

23 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 80, corsivo aggiunto.

conferito dall'ordinamento all'aspetto biologico o genetico a vantaggio dei profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale²⁴.

Il governo italiano ha proposto ricorso avverso la decisione della Sezione, che aveva ritenuto che le autorità statali – separando in modo definitivo il bambino dalla coppia che si era avvalsa della pratica di maternità surrogata – non avessero bilanciato in modo ragionevole i diversi interessi in causa. La Grande Camera ha deciso che l'Italia non ha violato l'art. 8 della CEDU.

In primo luogo la Corte europea ritiene che non vi sia alcun legame di vita familiare tra la coppia e il bambino. Riconosce che era sicuramente presente un progetto di genitorialità, che però – in quanto tale – non è meritevole della tutela riservata alla vita familiare, bensì solo di quella collegata alla vita privata. Nell'indagare circa l'esistenza di una vita familiare – questione di fatto collegata tendenzialmente al tempo trascorso insieme –, la Corte sembra attribuire un rilievo decisivo all'assenza di un legame biologico tra genitori e bambino. Per distinguere la decisione dai precedenti nei quali aveva ritenuto sussistente un legame di vita familiare anche a fronte di un breve periodo di convivenza, la Corte fonde la valutazione del tempo trascorso con questioni genetiche²⁵. La lettura di questa parte della sentenza genera una certa insoddisfazione. In discontinuità con i casi precedenti, viene infatti totalmente pretermesso il dato sostanziale del legame affettivo, fino a quel momento considerato di grande importanza nella ricostruzione della vita familiare di fatto²⁶.

Dopo aver concluso per l'assenza di un legame di vita familiare di fatto fra i ricorrenti e il minore, la Corte valuta se l'interferenza nella vita privata dei primi, derivante dall'esecuzione delle sentenze italiane in merito alla custodia del bambino, sia prevista per legge, risponda a uno scopo legittimo e sia necessaria in una società democratica. Riconosce che si tratta di una questione complessa e delicata e che, normalmente, quando entra in gioco un aspetto fondamentale che coinvolge l'esistenza di un individuo o la sua identità, il margine di apprezzamento dello Stato si restringe. Ma

24 Cfr. le recenti sentenze della Cassazione: sentenza n. 12962 del 22 giugno 2016, e sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016. Add. Corte d'appello di Milano, sentenza del 16 ottobre 2015. In dottrina M.C. VENUTI, *Copie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 259 ss.

25 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 140-158.

26 Si appunta su questa discontinuità, per paventare il rischio di una relativizzazione della nozione di vita familiare di fatto, M. GERVAZI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *AIC, Osservatorio Costituzionale*, 2017, fasc. 1, disponibile su <http://www.osservatorioaic.it/author/611>.

l'assenza di consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa fa sì che il margine torni a ricoprire un posto rilevante, soprattutto quando si tratta di questioni eticamente delicate. Si noti che la Corte non compie nuovamente un'analisi sulla prassi degli Stati, limitandosi a rinviare all'indagine già compiuta nei due casi precedenti contro la Francia²⁷. Sembra quasi che la Corte non consideri rilevante la questione del consenso, che abbia deciso che in ogni caso si trova di fronte a un ampio margine di apprezzamento dello Stato. La Corte deve comunque valutare se il margine sia stato superato. Nel bilanciamento tra l'interesse statale a vietare accordi di maternità surrogata per proteggere donne e bambini da questa pratica e il desiderio della coppia di avere un figlio, la Corte europea compie continue incursioni nelle valutazioni compiute dalle corti statali, quasi a mostrare una condivisione di valori. Le corti interne avevano dubitato che la coppia possedesse «genuine affective and educational abilities», anche se in realtà i signori Paradiso e Campanelli erano stati considerati idonei ad adottare. Le stesse corti avevano anche attribuito scarso rilievo al desiderio della coppia di continuare ad avere una relazione con il bambino. La Corte europea sembra fare proprio quell'atteggiamento punitivo²⁸, espresso in primo luogo dal Tribunale dei minori, volto a evitare che un ulteriore periodo di tempo trascorso insieme al bambino rischiasse di influire sul risultato del caso, legalizzando una situazione creata in violazione di norme interne²⁹. La Corte ritiene quindi che le autorità statali abbiano bilanciato in modo equo gli interessi in gioco, attestandosi entro i limiti dell'ampio margine di apprezzamento dello Stato italiano.

In conclusione, la Corte sostiene che le decisioni delle autorità italiane non abbiano violato il diritto alla vita privata dei ricorrenti, dal momento che erano tese alla tutela dell'ordine pubblico, e avevano quindi uno scopo legittimo. In particolare, si trattava dell'esigenza di rispettare le scelte nazionali in materia di procreazione medicalmente assistita e adozione internazionale. Le decisioni dei tribunali italiani sono poi considerate proporzionate perché tendenti a evitare che si legalizzi una violazione nata in violazione di regole importati del diritto italiano. Come vedremo in se-

27 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 81, che rinvia all'analisi già compiuta nei casi *Mennesson e Labassee*, cit., *supra* nota 4.

28 La disapprovazione della Corte per la scelta dei ricorrenti è rilevata anche in un commento alla decisione di senso assai diverso da quello presentato qui: cfr. L. POLI, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso e Campanelli*, pubblicato il 21 febbraio 2017 su SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>.

29 [GC], *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 213-215.

guito, la Corte “dimentica” di svolgere considerazioni che invece aveva fatto in altri casi che possono essere valutati alla stregua di precedenti circa l’interesse superiore del minore e la tutela della vita familiare³⁰.

La lettura delle opinioni concorrenti rafforza la sensazione che la Corte abbia compiuto un’operazione dal forte valore assiologico, valoriale. Il giudice Raimondi sottolinea che non si possa parlare di vita familiare tra un bambino e delle persone con cui questo non ha legami biologici, quando le circostanze di fatto suggeriscono che l’origine della custodia si fondi su un atto illegale, contrario all’ordine pubblico³¹. Quattro giudici, in un’opinione concorrente comune, inquadrano l’art. 8 della CEDU all’interno delle altre norme internazionali rilevanti che tutelano la famiglia e i legami familiari, evidenziando che occorre sempre esaminare la maniera in cui sono stati stabiliti i legami interpersonali. Si legge nell’opinione: «This element should be assessed both from a legal and moral perspective. *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*. The law cannot offer protection to faits accomplis in violation of legal rules or fundamental moral principles»³². L’opinione concorrente analizza nel dettaglio le numerose violazioni del diritto italiano e internazionale, per affermare che il bambino sarebbe stato addirittura vittima di tratta. L’opinione si chiude con la decisa riprovazione morale di pratiche quali la maternità surrogata, considerata non solo illegale, ma anche lesiva della dignità umana³³. Nella propria opinione concorrente, il giudice Dedov esplicita che ci troviamo di fronte al primo caso in cui la Corte decide a favore dello Stato, ragionando sulla base di valori piuttosto che sul dato formale del margine di apprezzamento. Pur dichiarando di non voler svolgere considerazioni etiche e morali, il giudice ipotizza che il netto divieto delle autorità italiane sia dovuto ai valori cristiani che dominano nel paese. Poi, in maniera ancora più esplicita, afferma che la Corte debba sostenere azioni fondate sui principi, e non nascondersi dietro il margine di apprezzamento³⁴. Secondo il giudice, la Corte si è finalmente lasciata ispirare dai valori, senza soffermarsi a pensare che la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d’Europa tollera pratiche di maternità surrogata.

30 Su questo si appunta il commento di A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?*, in *GenIUS*, 2017/1, 78 ss.

31 *Concurring Opinion* del giudice Raimondi, par. 3.

32 *Joint Concurring Opinion* dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczew e Dedov, par. 3.

33 *Ibid.*, par. 7.

34 *Concurring Opinion* del giudice Dedov, 65.

In maniera parallela, i giudici dissenzienti svelano che la maggioranza ha fatto leva sul concetto di famiglia illegittima, sposando acriticamente le valutazioni del Tribunale dei minori, che aveva mostrato di disapprovare (e per questo voler sanzionare) la condotta degli attori. La Corte d'appello, che aveva materialmente adottato la decisione di allontanare il bambino dalla coppia, non lo aveva fatto invece con intento sanzionatorio; aveva seguito un ragionamento puramente formale e dichiarato il minore in stato di abbandono. Il peso eccessivo attribuito dalla Corte europea al bisogno di far cessare una situazione illegale, per i giudici di minoranza, è indicativa di un'operazione di bilanciamento non equa³⁵, o addirittura, della totale assenza di bilanciamento³⁶.

La lettura della sentenza e delle opinioni separate mostra come la Corte abbia inteso imporre un valore, *a prescindere* dall'analisi del consenso europeo.

4. Non è la prima volta che la Corte afferma un valore. Sicuramente nella sentenza in esame lo fa in modo assai netto. Non mancano però casi precedenti in cui un'indagine accurata delle argomentazioni compiute dalla Corte svela un atteggiamento analogo, anche se meno palese. Avendo già messo in evidenza tale aspetto in altra sede³⁷, preferiamo qui lasciare spazio a un'analisi di diversa natura. In particolare si chiarirà il concetto di ordine pubblico nella sua relazione con la tutela della vita familiare e con l'interesse superiore del minore.

La gestazione per altri è una pratica che interroga profondamente la società in cui viviamo. Investe infatti una serie di questioni complesse: dal nuovo concetto di genitorialità alla tutela dell'interesse del minore, che certo non ha scelto di nascere in questo modo e al quale deve essere garantito il diritto alla propria identità e alle proprie relazioni affettive e emotive con i genitori intenzionali. Al contempo devono essere protette la dignità e l'autodeterminazione³⁸ della madre gestazionale, che può essere spinta da motivi diversi, non necessariamente economici³⁹.

35 *Joint Dissenting Opinion* dei giudici Lazarova, Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev, par. 12.

36 Così, a proposito dell'interesse superiore del bambino, A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, cit.

37 Sia consentito il rinvio al mio *Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in G. PERLINGERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 1093 ss.

38 Per l'uso di questi termini come se si trattasse di un'endiadi intensiva cfr. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 77 ss., 102 ss.

39 Cfr. il volume di N. CARONE, *In origine è il dono. Donatori e portatrici nell'immaginario delle famiglie omoparentali*, Milano, 2016.

In premessa si è anticipata l'esistenza di una norma che sancisce penalmente il divieto italiano della maternità surrogata. Ciò implica che i genitori intenzionali italiani che abbiano la necessaria disponibilità economica per far ricorso a questa pratica sono costretti a recarsi in un paese estero in cui ciò è consentito⁴⁰. Le complesse questioni cui si accennava nel capoverso precedente sono affrontate e risolte in modo diverso nei singoli ordinamenti statali. Le norme di diritto internazionale privato italiano, oggi con la correzione delle norme a tutela dei diritti umani, si occuperanno poi di verificare gli effetti in Italia delle pratiche effettuate all'estero.

Il primo ostacolo che leggi e sentenze straniere devono superare per produrre effetti nell'ordinamento italiano è dato dal principio di ordine pubblico, che funziona come limite all'inserimento delle norme e decisioni straniere richiamate. In passato nelle sentenze italiane, di merito e di legittimità, così come negli scritti della dottrina si è insistito sulla distinzione fra ordine pubblico interno e internazionale. Il primo comprenderebbe le norme inderogabili dall'autonomia privata dei singoli ordinamenti⁴¹, mentre il secondo sarebbe quel meccanismo di salvaguardia che permette la chiusura del nostro ordinamento rispetto a leggi o provvedimenti stranieri i cui effetti sono in contrasto con i valori fondamentali del sistema giuridico nazionale⁴². In realtà, il concetto di ordine pubblico interno ingenera confusione e nulla a che fare con quello che gli internazionalisti chiamano semplicemente ordine pubblico⁴³, senza ulteriori qualifiche, che ha la funzione di garantire l'armonia interna delle soluzioni a fronte della molteplicità di valori giuridici di cui sono portatori i diversi ordinamenti. L'intervento del limite di ordine pubblico è eccezionale perché deve solo garantire che le leggi o provvedimenti stranieri non contrastino con i «principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico»⁴⁴.

40 Preferisce parlare di esilio piuttosto che di turismo riproduttivo M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., 245.

41 Cfr. art. 5 c.c.

42 Cfr. ora gli artt. 16 e 64-66 della legge di riforma del diritto internazionale privato (l. 218/1995) e prima l'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942. Chiarisce che l'ordine pubblico interno non ha nulla a che fare con il limite all'applicazione delle norme straniere: G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1106 ss., 1115-1116.

43 Cfr. G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

44 Cfr. Corte di cassazione, sentenza n. 17349 del 6 dicembre 2002. Tale sentenza è da apprezzare perché allude al fatto che la nozione di cui si è appena detto viene erroneamente chiamata ordine pubblico internazionale (fa riferimento infatti all'«ordine pubblico cd. 'internazionale'»)

Da quanto appena detto risulta evidente che il limite dell'ordine pubblico presenta un forte carattere identitario, che, per mutare, necessita non tanto di un mutato costume sociale nei paesi vicini al nostro, ma di profonde trasformazioni interne alla società⁴⁵. Appare istruttivo al riguardo ricordare l'atteggiarsi del limite di ordine pubblico per quanto concerne l'indissolubilità del matrimonio, a lungo considerata uno dei principi cardini del diritto di famiglia italiano. Tuttavia, nel 1902, l'Italia stipula un accordo con cui si obbliga a delibare le sentenze di divorzio emanate dagli altri Stati contraenti⁴⁶. A quel punto è chiaro che il principio dell'indissolubilità del matrimonio subisce alcune eccezioni (ma, si noti, fino all'introduzione della nuova legge italiana sul divorzio del 1970 solo per le sentenze di divorzio fra coniugi stranieri). Oggi si suole definire questa questione come un'applicazione del cd. ordine pubblico attenuato, anche se tale nozione ha ricevuto diverse valutazioni negative⁴⁷. Altri in passato hanno fatto riferimento alla già criticata distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale o alla possibilità di differenziare i vari principi di ordine pubblico sulla base della loro sfera di applicazione⁴⁸. In realtà non si tratta che di una ulteriore manifestazione della relatività del concetto di ordine pubblico oltre a quelle nel tempo e nello spazio⁴⁹. In altre parole, il rigore dell'eccezione di ordine pubblico sarebbe direttamente proporzionale al grado di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento del

45 È evidente che le trasformazioni interne alla società possono anche essere influenzate dall'esterno; con le parole utilizzate nel testo intendiamo prendere posizione contro le tendenze di coloro che fanno riferimento a una (terza) nozione di ordine pubblico, definito da taluni «veramente internazionale» (per una disamina della questione: G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. Baratta (a cura di) *Dizionario di Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 275). Dell'esigenza di rispettare i valori condivisi dalla comunità internazionale si fanno portatori i diritti umani che, infatti, interferiscono con il diritto internazionale privato (cfr. *infra*). La tutela dei diritti umani è tuttavia insita nell'ordinamento italiano.

46 Convenzione dell'Aja del 1902 sui conflitti di legge e di giurisdizione in materia di divorzio e separazione personale. Cfr. art. 7.

47 Cfr. già G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, cit., 1120 e ora C. CAMPIGLIO, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enciclopedia Treccani*, diritto on line, 2013, http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico-dir-int-priv_%28Diritto-on-line%29/. Cfr. anche F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 217, 1989, 28 ss.

48 Cfr. G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, cit., 220.

49 N. BOSCHIERO, Art. 16, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in S. Bariatti (a cura di) *Le Nuove leggi civili commentate*, 1996, 1046 ss., 1053. Rinviamo all'autrice anche per ulteriori indicazioni bibliografiche sulle prime teorizzazioni di tale idea.

foro. Questa attenuazione esplica i suoi effetti soprattutto relativamente a sentenze relative ai rapporti di natura familiare, come i casi di poligamia, ripudio, filiazione.

Per quanto riguarda in particolare la situazione di bambini nati mediante il ricorso a pratiche di maternità surrogata, oltre all'utilizzo della nozione di ordine pubblico attenuato, occorre aver riguardo al principio dell'interesse superiore del minore. Il compromesso⁵⁰, utilizzato nel caso definitivo *Paradiso Campanelli* ha permesso alla Grande Camera di far coincidere l'interesse del minore con l'interesse dello Stato a evitare che si mantenessero situazioni sorte in contrasto con la *lex fori*, cioè il rapporto familiare tra il bambino che per una frazione della sua vita si è chiamato Teodoro Campanelli e i suoi genitori intenzionali. Abbiamo già analizzato il ragionamento impiegato dalla Corte per affermare che non esista una vita familiare suscettibile di essere tutelata. Una volta negato il rapporto di vita familiare è chiaro che non poteva venire in rilievo l'interesse del minore a vedere preservata l'unità familiare. L'«interesse del minore» coincide così con quello dello Stato italiano a che non si conservino situazioni create illegalmente.

Il compromesso o – forse meglio – lo stratagemma utilizzato dalla Corte le permette di non entrare nel merito della questione dell'interesse superiore del minore. Ma è da tempo ormai che la dottrina e la giurisprudenza hanno abbandonato la concezione della cd. neutralità dell'ordine pubblico, sostenendo invece che l'utilizzo di esso debba essere temperato attraverso il ricorso ai diritti umani⁵¹. Sono già state richiamate alcune sentenze in cui la Corte europea ha trascurato il ricorso a norme di diritto internazionale privato a vantaggio della tutela dei diritti umani. Ma anche dei tribunali italiani hanno ritenuto che non si possa invocare limite dell'ordine pubblico se i suoi effetti si pongano in contrasto con l'interesse superiore del minore⁵², riecheggiando le parole della Sezione della Corte di Strasburgo, che aveva affermato che l'ordine pubblico non consegnasse allo Stato una delega in bianco⁵³.

50 Così M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, cit.

51 Cfr. 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.

52 Cfr. Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, dove si legge: «il concetto di ordine pubblico deve essere declinato con riferimento all'interesse del minore». Cfr. in dottrina S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 81 ss., in particolare 100 ss.

53 Cfr. *supra* nota 23 e testo corrispondente.

Per sostenere la necessaria coordinazione dell'ordine pubblico con l'interesse superiore del minore le corti italiane hanno fatto ricorso a una nozione già criticata in questo scritto, quella di un ordine pubblico «internazionale», o «veramente internazionale», che tenga conto cioè dei valori condivisi da nazioni di civiltà affine in un dato contesto storico e politico, che nel caso in questione avrebbe coinciso con i valori degli Stati membri del Consiglio d'Europa oggi⁵⁴. Occorre tuttavia rilevare che non vi sono ancora valori condivisi in tema di maternità surrogata. In secondo luogo, invece di far ricorso a una inesistente nozione di ordine pubblico «internazionale», lo stesso risultato può molto più agevolmente essere raggiunto applicando il correttivo dei diritti umani alle regole di diritto internazionale privato, come la dottrina italiana più avveduta va da tempo suggerendo⁵⁵. Del resto, con l'introduzione nella Costituzione del novellato art. 117 e a seguito delle sentenze 348 e 349 rese dalla Corte costituzionale nel 2007 i diritti umani così come interpretati dalla Corte di Strasburgo fanno oramai parte dell'ordinamento interno, dovendo solo essere eventualmente bilanciati con altri interessi costituzionalmente protetti⁵⁶. Non si può concludere senza ricordare che molte sentenze italiane, di merito e di legittimità, utilizzano la nozione di ordine pubblico «internazionale» nell'accezione sopra criticata. Tuttavia, per evitare tale ricorso improprio, non c'è che un rimedio: che i giudici studino di più (e meglio) il diritto internazionale.

54 Cfr. Corte di cassazione (sez. lavoro), sentenza n. 10070 del 26 aprile 2013, secondo cui l'ordine pubblico internazionale deve intendersi come quel «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico (Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349) o *fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo* (Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040)» (corsivo aggiunto). Cfr. anche Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014.

55 Cfr. gli studi coordinati da Pasquale Pirrone e Giulia Rossolillo nel terzo fascicolo della rivista *Diritti umani e diritto internazionale* del 2014, e, in particolare, G. CARRELLA, *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 523 ss.

56 Cfr. R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata*, cit., 318, nota 24.