

## Dalla Grande Camera un freno al *judicial activism* in tema di “vita familiare”\*

di Costanza Masciotta\*\*

(5 febbraio 2017)

Con la sentenza del 24 gennaio 2017 la *Grande Chambre* torna sul caso *Paradiso e Campanelli* e mette un punto alla dibattuta questione delle forme di genitorialità e dei legami familiari tutelabili in caso di ricorso alla procedura di maternità surrogata.

La decisione ribalta le conclusioni della seconda sezione (Co. eur. dir. uomo, sez. II, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12) in ordine alla configurabilità di una “vita familiare *de facto*” tra i ricorrenti ed il minore, nato in Russia mediante la pratica vietata in Italia, ed esclude la violazione dell’art. 8 Cedu.

Per la seconda sezione la decisione delle autorità italiane di allontanare il bambino dalla coppia di ricorrenti aveva integrato una ingerenza non “necessaria” in una società democratica, lesiva della vita familiare dei coniugi, pur in mancanza di qualsiasi legame genetico con il minore e nonostante la breve durata della coabitazione. Le autorità italiane non avrebbero compiuto un corretto bilanciamento fra i diritti individuali e gli interessi generali perseguiti dallo Stato, avendo negato il giusto peso al preminente interesse del minore.

Dinanzi a quell’intervento convenzionale “pionieristico”, destinato ad implementare le nuove forme di famiglia, il Governo italiano ha proposto ricorso alla Grande Camera e la risposta del supremo consesso non ha tardato ad arrivare: in mancanza di un legame genetico tra adulti e minore, considerata la breve durata della relazione e l’incertezza giuridica dei rispettivi rapporti, nati da una condotta illecita dei coniugi, non si può parlare di “vita familiare”.

Il primo punto focale della sentenza è, quindi, la decisione di inquadrare l’ingerenza nella “*private life*” dei ricorrenti, piuttosto che nell’ambito di una unione familiare.

Come in altra sede auspicato (sia consentito il rinvio a C. MASCIOTTA, *L’allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia per violazione della vita familiare*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2015), la Grande Camera, posta di fronte all’incisiva creatività ermeneutica della sezione, frena la forza espansiva dell’art. 8 Cedu nella sua dimensione della tutela delle relazioni familiari.

Nel precedente commento era stato evidenziato il *judicial activism* della seconda sezione: una lettura così ampia dell’art. 8 Cedu aveva portato ad includere nel concetto di “vita familiare” relazioni interpersonali non solo *de facto*, prive di riconoscimento legale, ma anche di breve durata e costituite illegalmente secondo l’ordinamento italiano. Imponendo ai giudici nazionali di valutare l’allontanamento del minore come misura estrema, anche in caso di relazioni nate illecitamente da maternità surrogata, la Corte finiva, di fatto, per riconoscere effetti giuridici ad una procedura vietata dal legislatore italiano.

È con soddisfazione che si segnala come sia proprio questo profilo giuridico a costituire il *punctum crucis* del ripensamento della Grande Camera: “*Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law*”.

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

Analizzando nell'ordine le argomentazioni addotte, l'esclusione di una "*de facto family life*", suscettibile di tutela ex art. 8 Cedu, discende da tre fattori fondamentali e coesistenti: la mancanza di qualsiasi legame biologico tra il minore ed i ricorrenti, la breve durata della relazione e l'incertezza giuridica del rapporto derivante dalla condotta *contra ius* dei coniugi (cui le autorità italiane hanno rapidamente dato una risposta) (§157).

Il caso in esame, in effetti, differisce dai precedenti in materia: se in *Nazarenko v. Russia*, anche dopo la scoperta della mancanza di qualsiasi legame biologico tra l'adulto ed il figlio legittimo, si riconosce, comunque, un rapporto familiare, in forza della relazione affettiva che li aveva legati per cinque anni; in *Wagner v. Lussemburgo*, pur mancando il riconoscimento legale dell'adozione, viene data prevalenza all'esistenza di un legame familiare di fatto protrattosi per oltre dieci anni; infine, in *D. e altri v. Belgium*, nonostante la convivenza con il minore, nato in Ucraina da maternità surrogata, sia durata soltanto due mesi, sussisteva un legame biologico con uno dei ricorrenti e la separazione dal minore era stata solo temporanea.

Nel caso *Paradiso e Campanelli*, invece, la Grande Camera attribuisce alla durata del legame il ruolo di "*key factor*" nella valutazione della vita familiare, all'assenza della quale può supplire soltanto la presenza di un legame biologico.

L'allontanamento del minore ha, pertanto, rappresentato un'ingerenza nella "vita privata" dei coniugi, non nella loro "vita familiare": un'ingerenza prevista dalla legge che persegue lo scopo legittimo di tutela dell'ordine pubblico e dei diritti del minore e "necessaria" in una società democratica.

Ecco il secondo profilo fondamentale della pronuncia: la misura è "necessaria" in quanto frutto di un corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

*Very weighty public interests are at stake* (§ 204): non soltanto la garanzia dell'ordine pubblico ma anche, soprattutto, la protezione dei minori e della donna interessata dalla surrogazione di maternità. La decisione statale di stabilire la discendenza attraverso il legame biologico o, in alternativa, attraverso l'istituto dell'adozione, con il conseguente divieto di ricorrere a certe pratiche (i.e. i contratti di surrogazione di maternità) rappresenta una scelta a tutela dei "*best interests of the child*".

Al contempo le Corti italiane hanno concretamente escluso un grave o irreparabile pregiudizio in danno del minore a causa dell'allontanamento dai ricorrenti, data la giovanissima età ed il breve periodo di coabitazione ed hanno ritenuto preferibile la sua collocazione presso una coppia idonea all'adozione.

A ciò si aggiunga che la Convenzione non riconosce "*a right to become a parent*", pertanto, l'unico contro-interesse in gioco è quello dei coniugi allo sviluppo della propria personalità attraverso il mantenimento del rapporto con il minore.

La Grande Camera è d'accordo con le autorità italiane: la permanenza con i ricorrenti equivarrebbe a legalizzare una situazione da essi stessi creata in violazione di importanti norme dell'ordinamento italiano, quindi, la prevalenza accordata agli interessi pubblici è frutto di un corretto bilanciamento, rientrando nell'ampio margine di apprezzamento statale.

Il discorso della Corte è molto chiaro e si può racchiudere in due fondamentali assunti: se la relazione affettiva nasce da una condotta illecita, ha avuto una breve durata e manca qualsiasi legame genetico tra adulto e minore, non è configurabile un rapporto di natura familiare.

Di conseguenza, laddove entri in gioco il solo interesse della coppia a mantenere il legame affettivo e si possa escludere un pregiudizio grave in danno del minore, prevarrà la competenza statale a sanzionare, anche con l'allontanamento, le condotte illecite volte ad eludere le norme sul riconoscimento del rapporto di genitorialità.

Da Strasburgo arriva, quindi, un importante freno all'attivismo ermeneutico in tema di vita familiare.

La Grande Camera sembra prendere sul serio la *policy* italiana in tema di maternità surrogata ed adozione internazionale.

\*\* Dottoranda in diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Firenze, Dipartimento di Scienze giuridiche.

Forum di Quaderni Costituzionali