

Rivista N°: 1/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 05/03/2017

AUTORE: Barbara Randazzo *

DIRITTO AD AVERE UN GENITORE V. DIRITTO A DIVENIRE UN GENITORE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU: LE TRASFORMAZIONI DEGLI ISTITUTI DELL'ADOZIONE E DELLA FILIAZIONE "SORRETTE" DA UN'AMBIGUA INVOCAZIONE DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE**

Sommario: 1. Premessa. - 2. La prospettiva della Convenzione europea dei diritti e del suo giudice. - 3. Le doglianze dei minori e dei genitori o aspiranti tali tra rispetto della vita privata e rispetto della vita familiare. - 4. La protezione della vita privata e familiare tra obbligazioni positive e obbligazioni negative. - 5. Bilanciamento tra diritti in gioco e invocazione del preminente interesse del minore. Qualche confusione di troppo? - 5.1 L'affermata prevalenza, nell'interesse preminente del minore, del suo diritto all'identità biologica sul suo diritto all'identità sociale, a prescindere dalla considerazione della volontà espressa in senso contrario dal minore (diciassettenne) ricorrente: il diritto alla identità del minore come strumento di garanzia del diritto ad essere genitore (caso Mandet c. Francia). - 5.2 Talune non convincenti interpretazioni della giurisprudenza europea sulla maternità surrogata (e la cattiva abitudine di fare riferimento a sentenze non definitive): «the baby is here. All the matter is what is best for him now that he is here and not how he is arrived...». Ancora sui rischi di "sviamento" dell'interesse del minore. - 5.3 La metamorfosi dell'istituto dell'adozione: da strumento per la realizzazione del diritto del minore ad avere un genitore a strumento per la realizzazione del diritto ad essere genitore (caso X e altri c. Austria). - 6. Conclusione.

1. Premessa.

La delicatezza e la complessità delle problematiche sollevate dalle metamorfosi contemporanee della filiazione e dell'adozione (e più in generale della famiglia) toccano al cuore la tutela dei diritti fondamentali, mettendone in discussione la tenuta nelle varie concezioni antropologiche ad essa sottese (l'individuo di Hobbes, la persona di Maritain, l'homme situé

* Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Milano.

** Testo rivisto e aggiornato della relazione tenuta nella giornata di studi su "Il minore e il diritto alla genitorialità", svoltasi a Roma presso la Suprema Corte di Cassazione il 13 dicembre 2016.

di Burdeau)¹ di fronte agli sviluppi straordinari della tecnica e della scienza, ai cambiamenti dei costumi sociali, e all'insaziabile appetito del libero (e davvero neutro?) mercato.

La gravità delle questioni in campo disvela la profonda inadeguatezza del giurista e degli strumenti a sua disposizione nel dispiegare, per rendere semplice (sin-plex, senza pieghe) una materia in realtà assai complessa, condizionata com'è da profondi convincimenti etici, religiosi e culturali².

La difficoltà di istruire le questioni sul tappeto, distendendo il tessuto dei ragionamenti sul tema, emerge già dalle due diverse prospettive che si intravedono confrontando il titolo della relazione generale della giornata di studio (*Il minore e il diritto alla genitorialità*) col titolo della relazione introduttiva (*Diritto ad avere un genitore e/o ad essere un genitore*): due distinti punti di vista tra loro non immediatamente e pienamente sovrapponibili. Mentre il primo titolo pare sottolineare il legame e la relazione tra il minore e il genitore, il secondo sembra sottolineare piuttosto la distinzione e l'autonomia delle due posizioni: quella del minore ad avere *un* genitore (sotto certi aspetti si discute anche del diritto alla bigenitorialità) e quella del non (ancora) genitore a divenire tale per via di filiazione naturale (non giuridica mediante adozione).

Ora, se la protezione del minore privo di genitori appare di più lunga tradizione e trovava e trova nell'istituto dell'adozione lo strumento principe per la sua realizzazione, la pretesa del soggetto adulto di *divenire* genitore naturale può realizzarsi grazie allo sviluppo delle diverse tecniche di fecondazione assistita che rendono possibile la *generazione* non solo alle coppie eterosessuali sterili o infertili, ma anche alle coppie dello stesso sesso. In quest'ultimo caso, secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione, non sarebbe "opponibile un principio di ordine pubblico, consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe" loro "di accogliere e *generare* figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso"³. A detta conclusione la Corte perviene dopo aver formulato il seguente principio di diritto: "*il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero* (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, ..., *deve verificare* non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma *se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*" Precisando ancora: "Si trat-

¹ Sulle caratteristiche fondamentali dell'individuo alla base delle dichiarazioni universali dei diritti si v. A. SUIPIOT, *Homo juridicus*, Parigi 2005; trad. it. *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano 2006, 225 ss.

² Si leggano, al riguardo, le suggestive pagine di M. DELMAS-MARTY, *Le relatif e l'universel*, Parigi, 2004.

³ Cass. civ., sez. I, sentenza 19599/16 del 21 giugno 2016 dep. 30 settembre 2016, pronunciata in una causa in cui le ricorrenti, due donne sposate e poi divorziate consensualmente in Spagna, entrambi madri (una genetica e l'altra biologica) di un minore, chiedevano congiuntamente la trascrizione in Italia del suo atto di nascita.

ta, in particolare, della *tutela dell'interesse superiore del minore*, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale⁴. Il ragionamento della Suprema Corte, già fatto proprio dalla Corte d'appello di Milano in un caso di maternità surrogata⁵, non sembra invece pienamente in linea con la decisione (da tempo attesa) della Grande Camera della Corte EDU sul caso *Paradiso e Campanelli* (sentenza del 24 gennaio 2017), resa a seguito del rinvio ex art. 43 § 1 CEDU richiesto dal Governo italiano, sulla quale si tornerà anche, *infra*, nei par. 3 e 5.2. Per il momento ci si limita a ricordare la conclusione del ragionamento della Corte (dispiegato specialmente nei §§ 200-215) che conduce alla dichiarazione di non violazione del diritto al *rispetto della vita privata* dei ricorrenti (aspiranti genitori), in un caso di maternità surrogata (in cui era stata successivamente accertata l'assenza di legami biologici dei ricorrenti col minore) già oggetto di una sentenza della Camera dichiarativa di violazione del diritto al *rispetto della vita familiare*. Il giudice europeo: *“ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, 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. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce.”*(§ 215).

Secondo la Corte europea, dunque, non si dà sempre una prevalenza dei diritti individuali sull'interesse generale. Di più: essa ha riconosciuto che il legislatore italiano, con l'interdizione dell'*adozione fondata su un rapporto contrattuale di diritto privato* e con la restrizione del diritto dei genitori adottivi di fare entrare in Italia minori stranieri nei soli casi in cui le regole sull'adozione internazionale sono rispettate, si sforza di proteggere i minori contro pratiche illecite, talune delle quali qualificabili come tratta di esseri umani (§ 202). La Corte di Strasburgo riconosce altresì che il ricorso a pratiche di maternità surrogata solleva questioni etiche delicate e che non vi è consenso al riguardo a livello europeo; che lo Stato ita-

⁴ Cit. n. 7 del diritto, corsivi aggiunti.

⁵ Corte d'appello di Milano, sez. V, decreto del 28 ottobre 2016 dep. 4 gennaio 2017 il cui testo è pubblicato integralmente online sul sito www.articolo29.it. I reclamanti sono due cittadini italiani di sesso maschile che chiedono la trascrizione in Italia degli atti di nascita - formati in California - di due minori, un maschio e una femmina, partoriti da una sola donna, con parto gemellare a seguito della fecondazione di due distinti ovuli, donati da donna rimasta anonima, ciascuno col seme di uno dei due reclamanti, dopo la stipulazione tra ciascun reclamante con la gestante e partorienti di un *“agreement for gestational carriers”*.

liano, vietando dette pratiche, persegue l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori soprattutto allorchè in gioco vi siano contratti commerciali (§ 203).

Le pronunce poc'anzi richiamate, oltre a toccare aspetti delicatissimi della vita privata e familiare, pongono problematiche di non poco conto sul piano della certezza del diritto (e dei diritti) e dei rapporti tra i poteri e dello statuto costituzionale dell'ordine giudiziario (soggetto alla legge, secondo l'immutato testo dell'art. 101 della Costituzione).

Questioni altrettanto delicate solleva l'applicazione del principio di eguaglianza (e del conseguente divieto di discriminazione) a situazioni diverse per natura e di fatto, almeno con riferimento al profilo della capacità di *una coppia* di persone dello stesso sesso (senza intervento di un terzo in qualunque forma) di *generare* (non di accogliere) un figlio.

In virtù della esigenza di evitare *discriminazioni irragionevoli*, si finisce col realizzare *equiparazioni irragionevoli*, forzando la portata di un principio che bene è rappresentato dalla lapidaria espressione tedesca "*Gleiches gleich, Ungleiches ungleich*".

L'esempio richiamato mostra emblematicamente come in questo nuovo contesto il diritto con le sue armi spuntate, con i suoi rudimentali strumenti, sia chiamato a farsi carico – e come non potrebbe senza venire meno alla sua vocazione di scienza pratica? – della istruzione e soluzione di domande inedite sorte in virtù dei nuovi scenari aperti dalle straordinarie (e per certi aspetti inquietanti) conquiste della scienza e della tecnica. Scenari che non si può fingere di ignorare aprono prospettive devastanti per l'umanità, allorchè si acconsenta, anche se per finalità di per sé meritevoli di soddisfazione, alla mercificazione dell'essere umano.

Inutile forse sottolineare che le soluzioni ai nuovi problemi vengono prospettate in prima battuta e poi consolidate dalle *giurisdizioni* nazionali, specialmente dalla Corte di Cassazione e dalla Corte costituzionale, in esito ad un *dialogo* aperto in genere assai proficuo, sia all'interno sia tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali ed in particolare con la Corte europea dei diritti dell'uomo (il cui ruolo, lo si vedrà, è stato ed è decisivo in questa materia), dialogo, quest'ultimo, non esente peraltro da fraintendimenti dovuti alla non sempre piena consapevolezza della diversità dei linguaggi giuridici, dei contesti e delle tipologie di giudizio.

E i *legislatori*? Negli sporadici interventi degli ultimi quindici anni, la politica ha stentato a trovare soluzioni legislative innovative e soddisfacenti nella mediazione dei conflitti tra i molteplici valori in gioco, risultando per lo più incapace, di fronte alle nuove sfide in campo, di intravedere strade originali per interpretare e salvaguardare insieme quel pluralismo etico, religioso e culturale che dimostra il livello e la qualità della "laicità" di un ordinamento e della sua democrazia, e al contempo la coerenza di questo con un nucleo di principi comuni, da porre alla base di una concezione personalista e comunitaria che non si arrende al semplice predominio della tecnica e delle dinamiche di mercato.

La vigenza di legislazioni datate insieme alle perduranti lacune legislative, oltre a denunciare l'assenza di una visione della società e del suo futuro, è gravida di conseguenze sulla tenuta dell'*ordinamento* interno che rischia ormai di frammentarsi dando vita, dissolvendosi, ad una *informe sommatoria* di diritti individuali fondamentali (o pretesi tali), riconosciuti di volta in volta da questo o quel giudice in casi singoli, generalizzatisi in modo "virale" nella *rete* delle giurisdizioni.

È in questo contesto che va letta la giurisprudenza europea, la cui rilevanza nell'ordinamento interno si fonda sul noto "sistema delle sentenze gemelle", disegnato nel 2007 dalla Corte costituzionale e di recente messo a punto.

Con la sentenza n. 49 del 2015, infatti, il Giudice delle leggi ha chiarito che l'onere gravante sui giudici comuni, di interpretare il diritto interno in modo conforme alla CEDU, è limitato agli orientamenti "consolidati" della giurisprudenza europea.

Come si è avuto modo di osservare altrove⁶, una siffatta precisazione pare offrire un "dono avvelenato" al giudice comune, il quale, oltre a dover assolvere alla missione impossibile di conoscere la magmatica giurisprudenza europea – che, è bene ricordarlo, è resa solo in una o in entrambe le lingue ufficiali del Consiglio d'Europa, vale a dire l'inglese e il francese, e in riferimento a quarantasette differenti ordinamenti –, ora è tenuto anche a distinguere le pronunce *isolate* della Corte europea, da quelle che sono invece espressione di orientamenti *consolidati*, visto che solo questi ultimi, secondo la Corte costituzionale, sarebbero vincolanti.

A prescindere dalla bontà o meno delle intenzioni sottese alla nuova impostazione del Giudice delle leggi, non si può non denunciare il rischio che una distinzione ancorata ad un criterio indefinito e discutibile, induca il giudice, anche il più avveduto e attrezzato, a ricorrere alla "estrapolazione" dei principi della giurisprudenza europea – come invero suggerito dalla stessa Corte costituzionale – anziché ricercare i precedenti europei in termini sulla base degli elementi di fatto e di diritto pertinenti, applicando la tecnica cd. del *distinguishing* in modo confacente ad una giurisprudenza casistica⁷.

Con molta cautela, dunque, ci si accosta alla giurisprudenza della Corte dei diritti, consapevoli di non avere lo spazio necessario per passare in rassegna tutte le pronunce e gli orientamenti che ne descrivono la portata e l'impatto sulle discipline nazionali della materia. Utilissime al riguardo sono le schede tematiche predisposte e aggiornate dal servizio stampa della Corte, consultabili sul suo sito, cui conviene fare rinvio per una completa indicazione dei principali filoni giurisprudenziali⁸.

Ci si limiterà qui a fornire qualche chiave di lettura della giurisprudenza europea⁹ e qualche spunto di riflessione sull'argomento.

⁶ In B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino 2016 e online nella rivista AIC n. 2/2015 (29/05/2015).

⁷ Sulla problematica, volendo, si v. ancora B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti*, cit., *passim*.

⁸ Si vedano in particolare le schede tematiche aggiornate al gennaio 2017 su: Diritti dei minori; Protezione dei minori; Diritti parentali; Diritti in materia di procreazione; Maternità surrogata.

⁹ Per approfondimenti in prospettiva civilistica si v. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur.civ. comm.*, n.1/2016, 148 ss.

2. La prospettiva della Convenzione europea dei diritti e del suo giudice.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata su tutte (o quasi) le questioni più significative in materia di filiazione e adozione, svolgendo per lo più un ruolo di *volano* e di impulso piuttosto che quello di mero “certificatore” del livello di consenso raggiunto a livello degli Stati nazionali, che le competerebbe in virtù del principio di sussidiarietà e del margine di apprezzamento quali condizioni e limiti della sua giurisdizione¹⁰.

Il giudice europeo suole ricondurre nell’ambito delle garanzie convenzionali posizioni subietive di singoli o coppie non di rado prive di riconoscimento giuridico a livello nazionale, apertamente qualificate come “pretesa, desiderio, progetto di vita individuale o di coppia”, e ciò pur formalmente ribadendo l’inesistenza, tra i diritti convenzionali, sia del diritto ad adottare, sia del diritto a divenire genitore¹¹.

Questo ruolo di “apripista” della giurisprudenza europea trova la sua principale spiegazione nell’enunciazione dei canoni ermeneutici adottati sin dal caso *Golder* del 1975, a partire dal quale la Corte di Strasburgo ha sistematicamente dichiarato di concepire la Convenzione come uno *strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali*, da interpretare pertanto in modo evolutivo, attento cioè ai tempi e ai contesti, e non tanto alla lettera delle disposizioni negoziate, come avviene per un qualsiasi trattato internazionale, la cui interpretazione è strettamente vincolata alla volontà espressa (e storica) delle Parti contraenti¹². E un siffatto approccio ermeneutico è volto a privilegiare garanzie sostanziali, concrete ed effettive, e non meramente formali, astratte ed illusorie, come costantemente ribadito dal giudice europeo e non di rado contestato alle autorità italiane¹³.

A ciò va aggiunto che, nella specie, la disposizione convenzionale che viene principalmente in rilievo è l’articolo 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare) il quale – invero insieme all’art. 1 Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU concernente la protezione della proprietà – funge da “clausola aperta” di tutela dei diritti convenzionali, un po’ come l’art. 2 della Costituzione repubblicana.

Naturalmente ha un significativo rilievo in materia anche il divieto di discriminazione previsto dall’art. 14 CEDU, evocato, in combinato disposto con l’art. 8 CEDU, nei casi in cui è in gioco il “diritto” alla genitorialità delle persone o delle coppie omosessuali [non mancano in materia, inoltre, dichiarazioni di violazione degli articoli 6 e 13 CEDU, rispettivamente relativi

¹⁰ Si ricorderà che solo a seguito dell’entrata in vigore del Protocollo n. 15 (aperto alla firma il 24 giugno 2013 e non ancora ratificato dall’Italia) sia il principio di sussidiarietà che la dottrina del margine di apprezzamento saranno espressamente contemplati nel preambolo della Convenzione: a tutt’oggi il loro riconoscimento resta pertanto rimesso all’attività interpretativa del giudice europeo.

¹¹ Si v., ex multis, da ultimo *Paradiso e Campanelli c. Italia*, GC, sentenza 24 gennaio 2017, §§ 141 e 215.

¹² Per una più recente compiuta enunciazione dei canoni ermeneutici applicati dalla Corte EDU si v. *Demir e Baykara c. Turchia*, GC, sentenza 12 novembre 2008, §§ 65 ss.

¹³ Così ad es, nei casi *Moretti e Benedetti c. Italia*, sentenza 27 aprile 2010 e *Bondovalli c. Italia*, sentenza 17 novembre 2015. La Corte critica le autorità italiane per l’approccio formalistico, superficiale, non attento alle esigenze sostanziali dei rapporti tra il minore e il o i genitori. Secondo il giudice europeo il principio di legalità formale è dunque valore recessivo rispetto alla garanzia effettiva dei diritti in gioco. Sul punto si v. L. LENTI, *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea...*, cit., 151.

ai principi dell'equo processo (in genere sotto il profilo della ragionevole durata) e al diritto ad un ricorso interno effettivo].

3. Le doglianze dei minori e dei genitori o aspiranti tali tra rispetto della *vita privata* e rispetto della *vita familiare*.

Il primo paragrafo dell'articolo 8 riconduce nel proprio ambito, distinguendole, le posizioni subiettive che toccano la *vita privata* e quelle che invece afferiscono alla *vita familiare*, consentendo così di mettere ben in rilievo, mi pare, le due distinte prospettive alle quali si è accennato in apertura della relazione: la prima più schiettamente *individualistica* riguarda, quanto al minore, il diritto alla sua identità (genetica, biologica e giuridica), e quanto all'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) il principio di autodeterminazione; la seconda, invece, salvaguarda la dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) e *sociale*, sotto il profilo del riconoscimento all'esterno di detta relazione. La riconduzione in un ambito o nell'altro ha profonde implicazioni non soltanto per via della individuazione dei principi e degli elementi di fatto specifici che la Corte europea reputa decisivi ai fini della sua valutazione, ma produce conseguenze anche sul piano del bilanciamento tra le diverse posizioni in gioco, e tra interessi privati e interesse generale.

La questione concernente il profilo sotto il quale esaminare la doglianza lamentata è dunque preliminare sul piano logico rispetto alla decisione nel merito del ricorso, ed è in grado di condizionare l'esito del giudizio, come dimostra la sentenza della Grande Camera sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (del 24 gennaio 2017) già richiamata nel par. 1, che ha contraddetto anche su questo aspetto la pronuncia resa dalla Camera.

Sotto il profilo della "vita familiare", la Corte, una volta esclusa l'esistenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, ed esclusa altresì la sussistenza di rapporti di parentela giuridicamente riconosciuti dallo Stato convenuto, valuta l'eventuale esistenza di *legami di fatto* tra gli adulti e il minore, provati per lo più dal lasso di tempo trascorso insieme, decisivo per il consolidamento del legame affettivo¹⁴. Nel caso *Paradiso e Campanelli* la Grande Camera, a differenza della Camera, ha concluso che nella specie dette condizioni non fossero soddisfatte, trattandosi di un minore di pochi mesi (§ 157). La Camera aveva invece ritenuto che potesse riconoscersi una vita familiare di fatto, considerato che gli aspiranti genitori avevano condiviso i primi importanti momenti della vita del minore e si erano comportati come se fossero genitori (§§ 67-69 sentenza della Camera).

Quanto alla "vita privata", viene in campo il principio di autodeterminazione ed in particolare il rispetto della decisione di divenire genitori¹⁵. Sotto questo aspetto, la Grande Camera reputa invece applicabile l'art. 8 CEDU, attribuendo rilevanza al progetto di genitorialità dei ricorrenti, perseguito con tenacia negli anni attraverso una molteplicità di tentativi non andati a buon fine, come espressione della volontà di uno sviluppo personale attraverso

¹⁴ Si v. es. ancora caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, sentenza 27 aprile 2010, § 48.

¹⁵ Si v. es. *S.H. e altri c. Austria*, GC, sentenza 3 novembre 2011, § 82.

l'assunzione del ruolo di genitori di quel minore (§§ 161-164). La Corte decide dunque di esaminare il ricorso non sotto il profilo della preservazione dell'unità familiare, ma piuttosto sotto quello del rispetto della vita privata dei ricorrenti in riferimento al loro diritto allo sviluppo personale mediante la relazione col minore (§ 198)¹⁶.

4. La protezione della vita privata e familiare tra *obbligazioni positive* e *obbligazioni negative*.

Una volta definito l'ambito di applicazione della garanzia convenzionale, a seconda delle caratteristiche del caso di specie, il sindacato della Corte europea può essere condotto in due direzioni: la prima consistente nella valutazione, ai sensi del § 1 dell'art. 8 CEDU, del corretto assolvimento da parte dello Stato convenuto, in tutte le sue componenti, delle cd. *obbligazioni positive* volte a garantire il godimento *effettivo* dei diritti in gioco con l'introduzione di idonee misure legislative, amministrative o giudiziarie (si pensi ad esempio alla mancata adozione di misure amministrative o giudiziarie volte ad ottenere il ripristino del legame familiare nei casi di sottrazione internazionale di minore da parte di uno dei genitori¹⁷; alla violazione del diritto di visita del genitore non convivente¹⁸ o alla mancata introduzione di una disciplina legislativa delle unioni civili¹⁹).

La seconda direzione in cui il sindacato della Corte può procedere implica la valutazione, ai sensi del § 2 dell'art. 8 CEDU, dell'assolvimento da parte dello Stato convenuto delle cd. *obbligazioni negative*, che implicano il rispetto delle *condizioni di legittimità delle ingerenze* statali nel godimento del diritto, nei casi in cui la doglianza lamentata dal ricorrente deriva da una misura statale limitativa del diritto, allorchè essa sia priva di *base legale* (che implica prevedibilità dell'ingerenza e accessibilità della fonte che la disciplina); non abbia uno *scopo legittimo*; non sia *proporzionata* (necessaria in una società democratica). Ed è proprio quest'ultima condizione ad essere decisiva nella maggior parte dei giudizi. Con riguardo alle pronunce rese nei confronti del nostro Paese, basti ricordare le sentenze nelle quali è stata censurata la mancanza di gradualità degli interventi a sostegno della relazione familiare nei casi di affidamento di minore (sul piano legislativo della mancata disciplina della cd. *adozione mite*, volta ad assicurare il mantenimento del rapporto genitore-figlio mediante la previsione di misure di sostegno alla famiglia)²⁰. Si noti che in tal guisa la Corte finisce col ricondurre nell'ambito di applicazione delle garanzie convenzionali anche prestazioni sociali.

¹⁶ Sul punto si segnala anche l'opinione concordante del Presidente Raimondi allegata alla sentenza, in cui si sottolinea come non si possa proteggere, come "vita familiare", il legame tra un minore e persone prive di legami biologici con lui, allorchè i fatti, "*raisonnablement mis au clair*", suggeriscano che l'origine della custodia si fondi su un atto illegale contrario all'ordine pubblico.

¹⁷ Cfr., *ex multis*, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, GC, sentenza 6 luglio 2010.

¹⁸ Cfr. ad es. *Bondovalli c. Italia*, sentenza 17 novembre 2015, §§ 72 ss.

¹⁹ Si v. *Oliari e altri c. Italia*, sentenza 21 luglio 2015.

²⁰ Cfr. casi *Zhou c. Italia*, sentenza 21 gennaio 2014, spec. §§ 54-61; *Akinnibosun c. Italia*, sentenza 16 luglio 2015, §§ 80-85.

5. Bilanciamento tra diritti in gioco e invocazione del preminente interesse del minore. Qualche confusione di troppo?

Nella interpretazione delle garanzie convenzionali svolge un ruolo decisivo anche il principio del preminente o superiore interesse del minore.

La Corte EDU, infatti, ha da tempo chiarito che la Convenzione non si interpreta “*dans le vide*”, ma alla luce degli altri trattati e del diritto internazionale. Nella specie viene in particolare rilievo la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989), la quale, all’articolo 3, stabilisce che in tutte le decisioni concernenti i fanciulli le pubbliche autorità debbono considerare preminente l’interesse superiore del minore e, all’articolo 8, impegna gli Stati a rispettare il diritto all’identità, alla nazionalità, al nome e alle relazioni familiari del minore “così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali”.

Sorvolando qui sulle interessanti questioni semantiche segnalate dalla dottrina civilistica²¹, e più di recente approfondite anche nella prospettiva costituzionalistica²², conviene tuttavia segnalare una certa confusione in ordine al ruolo e alla posizione del principio, il quale opera, come molto opportunamente è stato sottolineato, alla stregua di una *clausola generale*, piuttosto che come una regola di giudizio o come un valore giuridico assoluto o da bilanciare²³.

Anche il principio del preminente interesse del minore sconta, dunque, i difetti delle clausole generali, risultando sfuggente e fortemente condizionato dai convincimenti personali del giudice e degli altri soggetti tenuti a farne applicazione²⁴.

Non di rado, pertanto, anche nella giurisprudenza europea la sua invocazione suona come una mera clausola di stile *bonne à tout faire*, come si cercherà di dimostrare nei prossimi paragrafi.

Per questa ragione e per la natura casistica della giurisprudenza europea, appare in qualche misura fuorviante il tentativo, pur meritorio, di una sua classificazione per “formulette”, tentativo che costringe comunque a concludere nel senso della loro inaffidabilità²⁵!

²¹ L. LENTI, «*Best interest of the child*» o «*best interests of children?*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss. e ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.

²² Si v. S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli, 2014, 505 ss.; e, più di recente E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, 64 ss.

²³ Ottica nella quale sembra invece ragionare E. LAMARQUE, *op.cit.*, spec, 77-86. L’A., se ben si è compreso il suo pensiero, pur negando la preminenza assoluta dell’interesse del minore, sembra condividere però l’impostazione di chi la sostiene, considerando la preminenza dell’interesse del minore non assoluta, ma comunque in sé bilanciabile, come se rappresentasse dunque uno dei beni giuridici in gioco.

²⁴ Per approfondimenti si v. F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013.

²⁵ Ancora E. LAMARQUE, *op.cit.*, 102-104.

5.1. L'affermata prevalenza, nell'interesse preminente del minore, del suo diritto all'identità biologica sul suo diritto all'identità sociale, a prescindere dalla considerazione della volontà espressa in senso contrario dal minore (diciassettenne) ricorrente: il diritto alla identità del minore come strumento di garanzia del diritto ad essere genitore (caso Mandet c. Francia).

Il caso *Mandet c. Francia*²⁶ presenta invero una pluralità di aspetti problematici, sui quali tuttavia non è possibile indugiare in questa sede²⁷: vale la pena qui di mettere in luce come risulti del tutto fittizia e strumentale l'invocazione, da parte della Corte, dell'interesse superiore del minore in vista della definizione del giudizio.

La vicenda oggetto del ricorso riguardava l'avvenuto riconoscimento da parte delle autorità francesi della paternità del padre biologico di un minore che era stato riconosciuto all'età di un anno dal marito della madre, con il quale aveva sempre convissuto, consolidando il legame di filiazione, minore che aveva espressamente manifestato il desiderio di conservare detto legame.

Nel ricorso promosso dal minore, il giudice europeo, muovendo dalla dichiarata esigenza di salvaguardare il suo preminente interesse (§ 53), conclude nel senso della non violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare. Secondo la Corte le giurisdizioni francesi non avevano ecceduto nel margine di apprezzamento loro riconosciuto, in quanto avevano debitamente soppesato il preminente interesse del minore, ritenendolo salvaguardato, non già attraverso la preservazione della filiazione consolidata e della sua stabilità affettiva, ma attraverso il ristabilimento della sua filiazione reale (sic!: § 57).

La Corte di Strasburgo è consapevole che, sul piano della proporzionalità, una siffatta misura – incidendo sulla filiazione, il nome e il diritto di visita del padre – è di natura tale da sconvolgere la vita del minore ricorrente (tra l'altro adolescente), e tuttavia osserva che le decisioni delle giurisdizioni francesi non impediscono che il minore continui a vivere nella stessa famiglia fino alla maggiore età, secondo il suo desiderio (§ 58).

La mancata considerazione del consolidamento del legame di filiazione e della manifestazione di volontà del minore adolescente non possono non suscitare gravi perplessità sulla bontà della valutazione dell'interesse del minore compiuta in prima battuta dalle autorità nazionali e avallata dal giudice europeo. Tale valutazione sembra in realtà volta a "saldare" il diritto all'identità biologica del minore con il diritto alla genitorialità del padre naturale, così realizzando una sorta di eterogenesi dei fini: il diritto all'identità (biologica) del minore sembra fungere da garanzia del diritto del padre ad essere genitore!²⁸

Il caso consente una ulteriore notazione rispetto ai più recenti studi sul principio del preminente/superiore interesse del minore: se nell'istruzione delle problematiche definitorie e

²⁶ Sentenza del 14 gennaio 2016.

²⁷ Si rinvia al riguardo alla approfondita nota di F. COLOMBI, *Le problematiche concernenti la garanzia del preminente interesse del minore in un caso di bilanciamento tra diritti diversi del minore stesso (e non già di bilanciamento tra i suoi diritti e quelli di altri soggetti)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2016 (8 novembre 2016).

²⁸ Sulle problematiche connesse alla frantumazione dell'identità del minore F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova riv. civ. comm.*, n. 1/2016, 159 ss.

non ad esso connesse si fosse messa in campo qualche distinzione della voce “minore/minori” in base all’età, le diverse concezioni del principio illustrate (paternalista v. autonomista; europea continentale v. anglo-americana)²⁹, anziché essere considerate antitetiche, forse avrebbero potuto essere ricomposte e considerate in qualche misura complementari.

5.2. Talune non convincenti interpretazioni della giurisprudenza europea sulla maternità surrogata (e la cattiva abitudine di fare riferimento a sentenze non definitive): «the baby is here. All the matter is what is best for him now that he is here and not how he is arrived...». Ancora sui rischi di “sviamento” dell’interesse del minore.

All’indomani della pubblicazione delle cd. sentenze gemelle in tema di maternità surrogata (*Mennesson e Labassee c. Francia*, sentenze 26 giugno 2014) si è sostenuto che da queste si potesse trarre il principio di diritto secondo cui “è fatto obbligo agli Stati di garantire la definizione di uno statuto legale stabile per la prole generata facendo ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa, non potendosi ad essa attribuire uno statuto giuridico del tutto incoerente con il dato sociale altrimenti tollerato”³⁰. In realtà in quelle pronunce la Corte europea, invocando il superiore interesse del minore (§ 81), respingeva le doglianze dei genitori sotto il profilo del rispetto della vita familiare, mentre accoglieva quelle concernenti la vita privata dei minori ricorrenti, sottolineando l’importanza della filiazione biologica in quanto elemento dell’identità individuale, con riguardo al mancato riconoscimento da parte delle autorità francesi della filiazione nei confronti del padre, il solo genitore biologico (§ 100).

Nei casi francesi, dunque, a differenza che nel caso *Paradiso e Campanelli*, sussisteva un legame biologico con almeno uno dei due aspiranti genitori.

Ci si è già soffermati in precedenza sulla non piena coerenza di taluni orientamenti giurisprudenziali interni con la recentissima pronuncia resa dalla Grande Camera proprio nel caso *Paradiso e Campanelli*, con la quale la Corte europea ha radicalmente contraddetto la sentenza resa dalla Camera nel 2015. Si aggiunga qui che la Corte d’appello di Milano ha utilizzato la sentenza non definitiva come parametro interposto, sollevando questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all’interesse del minore stesso, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e in riferimento all’art. 117, primo comma, della Costituzione in relazione all’art. 8 della CEDU³¹.

Una volta constatato l’*overruling* della Corte europea, il Giudice delle leggi potrebbe essere tentato di adottare un’ordinanza di restituzione atti (come fece nel caso del tutto ana-

²⁹ E. LAMARQUE, *op.cit.*, spec. 34 ss.

³⁰ Così Tribunale di Varese, sentenza 8 ottobre 2014. Il giudice varesino assolveva dal reato di cui all’art. 495 c.p., una coppia di coniugi che avevano attestato falsamente la loro qualità di genitori ad un pubblico ufficiale.

³¹ Ordinanza del 25 novembre 2015 dep. 25 luglio 2016. R.O. n. 273/2016.

logo in materia di fecondazione eterologa dopo la pubblicazione della sentenza della Grande Camera, che contraddiceva la pronuncia della Camera, nel caso *S.H e altri c. Austria*)³².

Nel merito non possono che richiamarsi le osservazioni in precedenza svolte sulla indeterminatezza della clausola del preminente interesse del minore, sui rischi che essa venga “piegata” a fini diversi, e sulle gravi conseguenze in termini di certezza del diritto e dei diritti che comporta l’affidamento al singolo giudice di margini di discrezionalità in ambiti così delicati e così fortemente condizionati da convincimenti etici, religiosi e culturali.

5.3. La metamorfosi dell’istituto dell’adozione: da strumento per la realizzazione del diritto del minore ad avere un genitore a strumento per la realizzazione del diritto ad essere genitore (caso X e altri c. Austria).

A chiusura della relazione non può mancare almeno un cenno ad un caso in materia di *step child adoption* in cui è invocato il divieto di discriminazione in combinato disposto col diritto al rispetto della vita privata e familiare (artt. 14 e 8 CEDU).

Nella sentenza *X e altri c. Austria* (del 19 febbraio 2013), la Grande Camera ripercorre la sua giurisprudenza in materia, distinguendo le forme con le quali persone omosessuali possono adottare [l’adozione monoparentale (del singolo); l’adozione coparentale (con la quale un componente della coppia può adottare il figlio dell’altro); l’adozione congiunta da parte della coppia], e ricordando di essersi già occupata in precedenza del primo tipo di adozione³³, e del secondo soltanto nel caso *Gas e Dubois c. Francia*.

Nella specie la Corte dichiara la violazione del divieto di discriminazione in ragione del divieto assoluto di adozione coparentale previsto dalla legislazione austriaca – senza possibilità di ricercare in concreto l’interesse del minore (§ 152) – in riferimento alla analoga situazione di una coppia di fatto eterosessuale alla quale invece l’ordinamento nazionale permette detto tipo di adozione.

Il caso consente di mettere in luce un’altra delle metamorfosi dell’istituto dell’adozione: considerato che il minore coinvolto aveva già due genitori, entrambi presenti nella sua vita, la eventuale adozione da parte della compagna della madre, qualora fosse stata possibile, avrebbe implicato o la sostituzione di uno dei due (!) ovvero la presenza, nella sua vita, di *tre* figure genitoriali. La valutazione in concreto dell’interesse del minore, evocata dalla Corte, sembra dunque assumere connotati nuovi rispetto a quelli tradizionalmente volti a garantire il *diritto del minore ad aver un genitore*, e anche in questo caso potrebbe essere “piegato” a garanzia della *pretesa/desiderio dell’adulto di divenire genitore*.

³² Cfr. ordinanza n. 150 del 2012; la questione venne poi decisa dalla Corte, sulla base dei soli parametri interni, con la nota sentenza n. 162 del 2014.

³³ Casi *Fretté e E.B. c. Francia*.

6. Conclusione.

Diritto ad avere un genitore v. diritto ad essere genitore: si torna al titolo della relazione introduttiva che ha il merito di marcare la distinzione delle due posizioni subiettive, rivelandone inevitabilmente, tuttavia, l'impossibile separazione e la conseguente necessità di cogliere i mutamenti di orizzonte, di direzione e di senso che la distinzione richiede.

Non si può non riformulare a questo punto, e tenere aperta sullo sfondo, la domanda che Leopoldo Elia pose a conclusione di un suo cristallino intervento sui problemi della laicità: "che estensione ha la pretesa all'autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona?"³⁴.

Resta l'auspicio che da qualche parte giaccia, in attesa che venga il suo tempo, un legislatore illuminato in grado di dare risposte all'altezza della complessità che ci circonda e ci investe: un legislatore capace di scrivere *leggi facoltizzanti*, quelle che Elia invocava a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare *principi* a garanzia dell'umano che è comune.

³⁴ *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del Convegno Annuale AIC - Napoli, 26-27 ottobre 2007, Padova 2008, 17.