SCRITTI DI DIRITTO PRIVATO EUROPEO
ED INTERNAZIONALE

Collana diretta da Ilaria Queirolo e Alberto Maria Benedetti

28

SCRITTI DI DIRITTO PRIVATO EUROPEO
ED INTERNAZIONALE

ESSAYS IN EUROPEAN AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Direttori – Directors

Ilaria QUEIROLO (Università di Genova)
Alberto Maria BENEDETTI (Università di Genova)

Comitato scientifico – Scientific Board

Maria Caterina BARUFFI (Università di Bergamo)
Sergio Maria CARBONE (Università di Genova)
Janeen MARGARET CARRUTHERS (University of Glasgow)
Carlos ESPLUGUES MOTA (Universidad de Valencia)
Samuel FULLI-LEMAIRE (Université de Strasbourg)
Mauro GRONDONA (Università di Genova)
Bettina HEIDERHOFF (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)
Thalia KRUGER (Universiteit Antwerpen)
Vincenzo ROPPO (Università di Genova)
Claudio SCOGNAMIGLIO (Università Roma Tor Vergata)
Pietro SIRENA (Università Bocconi)
Ilaria VIARENGO (Università di Milano)

Comitato editoriale – Editorial Board

Francesca BARTOLINI (Link Campus University)
Laura CARPANETO (Università di Genova)
Maria Elena DE MAESTRI (Università di Genova)
Stefano DOMINELLI (Università di Genova)
Francesca MAOLI (Università di Genova)
Francesco PESCE (Università di Genova)

FRANCESCO PESCE

(a cura di)

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ NEL PRISMA DEL DIRITTO

Contributi di

MARIA CATERINA BARUFFI, RENZO CALVIGIONI
CRISTINA CAMPIGLIO, GIOVANNA CHIAPPETTA
GILDA FERRANDO, ELISABETTA LAMARQUE
GIACOMO MINGARDO, MARCO PELISSERO
FRANCESCO PESCE, ILARIA PRETELLI

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Genova (progetto di Ateneo "*Curiosity driven*" 2018)

Proprietà letteraria riservata

© 2022 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-368-6

SCRITTI DI DIRITTO PRIVATO EUROPEO ED INTERNAZIONALE
Essays in European and International Private Law

Diritto privato, diritto europeo e diritto internazionale rivelano intrecci via via più significativi, chiamando docenti e studiosi dei diversi settori a confrontarsi e a collaborare sempre più intensamente. Da tale proficua osmosi scientifica origina la collana "*Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*", con la quale si persegue l'obiettivo di raccogliere opere scientifiche – a carattere monografico e collettaneo – su temi di attualità in un'ottica interdisciplinare ed in una prospettiva di valorizzazione della stretta connessione tra le discipline coinvolte. Tale obiettivo trova un riscontro nelle specifiche competenze dei Direttori e dei membri del Comitato scientifico.

In "*Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*" sono pubblicate opere di alto livello scientifico, anche in lingua straniera, per facilitarne la diffusione internazionale. I Direttori approvano le opere e le sottopongono a referaggio con il sistema del "doppio cieco" ("*double blind peer review process*"), nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori.

I revisori rivestono o devono aver rivestito la qualifica di professore ordinario nelle università italiane o una qualifica equivalente in istituzioni straniere. Ciascun revisore formula una delle seguenti valutazioni: a) pubblicabile senza modifiche; b) pubblicabile previo apporto di modifiche; c) da rivedere in maniera sostanziale; d) da rigettare. La valutazione tiene conto dei seguenti criteri: i) significatività del tema nell'ambito disciplinare prescelto e originalità dell'opera; ii) rilevanza scientifica nel panorama nazionale ed internazionale; iii) attenzione alla dottrina e all'apparato critico; iv) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; v) rigore metodologico; vi) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; vii) uniformità dei criteri redazionali. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale è assunta di comune accordo dai Direttori, salvo casi particolari ove venga nominato tempestivamente un terzo revisore. Le schede di referaggio sono conservate in appositi archivi.

INDICE

7 *Indice*

9 *Autori*

11 *Presentazione*

13 Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia
Maria Caterina Baruffi

35 La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ed il ruolo dell'Ufficiale di stato civile
Renzo Calvigioni

61 Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico
Cristina Campiglio

83 Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale *de facto*: una connessione da perfezionare
Giovanna Chiappetta

105 L'adozione in casi particolari e le nuove istanze di tutela
Gilda Ferrando

123 Gestazione per altri e *best interests of the child*. La prospettiva della Corte costituzionale italiana
Elisabetta Lamarque - Giacomo Mingardo

139 Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale
Marco Pelissero

155 Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della CEDU
Francesco Pesce

169 Il diritto di conoscere le proprie origini con particolare riferimento a figlie e figli di ascendenza multipla o complessa
Ilaria Pretelli

AUTORI

Maria Caterina BARUFFI
Ordinaria di Diritto internazionale nell'Università di Bergamo

Renzo CALVIGIONI
Associazione Nazionale Ufficiali di Stato Civile e d'Anagrafe (ANUSCA)

Cristina CAMPIGLIO
Ordinaria di Diritto internazionale nell'Università di Pavia

Giovanna CHIAPPETTA
Ordinaria di Diritto privato nell'Università della Calabria

Gilda FERRANDO
Ordinaria f.r. di Diritto privato nell'Università di Genova

Elisabetta LAMARQUE
Associata di Diritto costituzionale nell'Università di Milano-Bicocca

Giacomo MINGARDO
Dottorando di ricerca nell'Università di Milano-Bicocca

Marco PELISSERO
Ordinario di Diritto penale nell'Università di Torino

Francesco PESCE
Associato di Diritto internazionale nell'Università di Genova

Ilaria PRETELLI
Senior Research Fellow – Swiss Institute of Comparative Law

PRESENTAZIONE

Questo volume è il frutto di un progetto finanziato dall'Ateneo genovese e dedicato alle nuove sfide della genitorialità in prospettiva transfrontaliera, con particolare riguardo al ruolo svolto – ed ai problemi giuridici sollevati – dalle tecniche che la scienza mette oggi a disposizione per addivenirne alla realizzazione.

L'angolo visuale che connota i contributi qui raccolti è sì esclusivamente giuridico ma, al tempo stesso, volutamente ampio, poiché abbraccia ed approccia il tema in rapporto a differenti aree del diritto, attraverso l'intervento di Autrici ed Autori di riconosciuta qualificazione in materia.

A quest'ultimo proposito, ci tengo ad esprimere loro il mio personale e più sentito ringraziamento per la generosa disponibilità che mi è stata garantita, senza esitazione, sin dal principio. Ciò, pur nella consapevolezza del fatto che il mio compito organizzativo e di coordinamento è stato estremamente semplificato grazie alla rete di rapporti di amicizia che la Scuola genovese ha intessuto nel corso del tempo, e di cui mi sono avvalso anche in questa occasione.

Venendo allo specifico oggetto dei contributi qui raccolti, è davvero pleonastico precisare come il tema sia quantomai attuale, anche in ragione delle recenti prese di posizione da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Affrontando – o ritornando su – le delicate questioni di diritto connesse alla surrogazione di maternità, nel corso dell'ultimo biennio le due Corti hanno avuto modo di offrirci nuovi e stimolanti spunti di analisi di cui, nelle pagine che seguono, si cercherà di dar conto anche alla luce degli sviluppi che stanno interessando la materia tanto a livello internazionale, quanto in seno all'Unione europea.

Genova, maggio 2022

FRANCESCO PESCE

MARIA CATERINA BARUFFI

CITTADINANZA DELL'UNIONE E MATERNITÀ SURROGATA NELLA PROSPETTIVA DEL MERCATO INTERNO ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: gli *status* familiari e il diritto di famiglia dell'Unione europea. – 2. Diritti delle persone e libertà fondamentali nel mercato interno. – 3. Identità personale e continuità degli *status* nel caso della maternità surrogata. – 4. Considerazioni conclusive: alcune proposte.

1. Considerazioni introduttive: gli *status* familiari e il diritto di famiglia dell'Unione europea

La decisione della Grande sezione della Corte di giustizia del 14 dicembre 2021, *V.M.A.*[1], relativa ad una minore, indicata in uno Stato membro come figlia di due madri, riporta l'attenzione sui problemi giuridici che possono derivare dall'utilizzo delle più moderne tecniche riproduttive e sulla loro incidenza sui diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione europea ai suoi cittadini.

Nonostante la materia e, in particolare, la maternità surrogata[2], non rientrino *prima facie* nelle competenze dell'Unione[3], alla quale non è attribuita la possibilità di intervenire in via legislativa nel campo del diritto di

[1] Corte di giustizia (Grande Sezione), 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008.

[2] La maternità surrogata, quale forma di riproduzione medicalmente assistita, è uno dei modi che possono portare alla genitorialità. Si tratta di un accordo in cui una donna (la c.d. madre portatrice o surrogata) accetta di partorire un bambino e di consegnarlo, alla nascita, ad altre persone (i c.d. genitori committenti o intenzionali).

[3] Visto che ad oggi l'Unione europea non è intervenuta in via normativa, la relativa disciplina giuridica va ricercata a livello nazionale, essendo gli Stati membri che decidono se vietarla o consentirla e, in caso, a quali condizioni. Nell'ambito dell'Unione europea tale strumento di riproduzione è generalmente vietato, con le eccezioni, alla data del 31 dicembre 2021, di Cipro e della Grecia, anche per ragioni morali ed etiche, in particolare per il rischio di sfruttamento delle donne economicamente più deboli e per la possibilità di dar luogo a un traffico di organi. Al di fuori dell'Unione europea, tuttavia, alcuni paesi, quali,

famiglia sostanziale[4], l'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita incide anche sulla più tipica e tradizionale dimensione "europea", vale a dire quella del mercato interno, afferendo al rapporto tra i diritti fondamentali della persona e la libertà di circolazione alla base dello stesso mercato interno.

Al fine di comprendere la difficile situazione in cui possono trovarsi i cittadini dell'Unione, può essere utile l'esame del citato caso *V.M.A.*[5] Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dal giudice nazionale riguardavano infatti, come si avrà meglio modo di vedere, l'aspetto della libera circolazione delle persone e, in particolare, l'interpretazione degli artt. 20 e 21 TFUE, nonché degli artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che il bilanciamento tra l'identità nazionale e costituzionale di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 4, par. 2 TUE, e l'interesse superiore del minore.

Nella specie si trattava di una minore nata nel 2019 in Spagna, a seguito di fecondazione eterologa, ed indicata nell'atto di nascita spagnolo come figlia di due donne, una cittadina bulgara e l'altra del Regno Unito, senza specificazione di quale fosse la madre biologica. La coppia, residente in Spagna dal 2015, aveva contratto matrimonio a Gibilterra nel 2018. Recandosi in Bulgaria, la madre avente la nazionalità di tale Paese chiedeva alla competente autorità il rilascio di un certificato di nascita analogo a quello spagnolo, recante, quindi, entrambe le donne come genitori, al fine di ottenere un documento di identità bulgaro per la minore. Il Comune di Sofia, rilevando che il modello di atto di nascita bulgaro consente l'indicazione di un solo nome per ciascuna delle caselle 'madre' e 'padre', imponeva alla richiedente di indicare quale fosse la madre biologica della minore. Informazione che la madre cittadina bulgara si rifiutava di fornire, determinando il rigetto della domanda. Di fronte al rifiuto opposto, dovuto,

a titolo esemplificativo, Russia, Ucraina, alcuni Stati USA, Canada, ne consentono il ricorso, anche quando forma oggetto di un accordo commerciale, con o senza l'intervento di intermediari, tra i genitori committenti e la madre surrogata, che si impegna a portare a termine la gravidanza e a consegnare il minore a fronte del pagamento di un corrispettivo. Può pertanto succedere che dei cittadini dell'Unione europea ricorrano a questo metodo di riproduzione per diventare genitori, utilizzando una madre surrogata di un Paese terzo dove esso è ammesso. Sul fenomeno del conseguente *forum shopping* tra sistemi giuridici, v. *infra*, par. 2.

[4] V. *infra*, in questo par., spec. nota 14.

[5] I principi espressi nella decisione, seppur relativa ad una coppia formata da due persone di sesso femminile, che aveva, quindi, fatto ricorso alla fecondazione di tipo eterologo, ben possono trovare applicazione nei casi di coppie, anche eterosessuali, che ricorrono all'istituto della maternità surrogata.

oltre che alla mancata indicazione della madre biologica, anche al contrasto con l'ordine pubblico, per l'inammissibilità in quell'ordinamento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la madre cittadina bulgara proponeva ricorso. Ad avviso del Tribunale amministrativo della città di Sofia e diversamente da quanto sostenuto dal Governo, il rifiuto di rilascio dell'atto di nascita da parte della competente autorità bulgara non influiva sull'acquisto da parte della minore della cittadinanza, che avviene automaticamente in virtù dello *ius sanguinis*, in base all'art. 25 della Costituzione bulgara e all'art. 8 della normativa sulla cittadinanza di quel Paese, in forza del quale è sufficiente per il suo acquisto che uno dei due genitori possegga la cittadinanza dello Stato, senza fare alcun riferimento al luogo di nascita del minore. Nel caso di specie non poteva essere invocato lo *ius soli*, essendo la minore nata in Spagna, dove tuttavia non aveva acquisito la cittadinanza, in quanto nessuna delle due madri ne è cittadina. Inoltre, essendo la minore nata al di fuori del Regno Unito, non aveva neppure potuto acquisire la cittadinanza della madre britannica. Ne discendeva, sempre ad avviso del Tribunale, che, dovendosi determinare la genitorialità sulla base del certificato di nascita spagnolo, il problema si poneva nel momento del riconoscimento della stessa nel diritto bulgaro.

Di qui la formulazione dei quesiti sottoposti alla Corte che riguardavano la possibilità nel caso di specie che le autorità bulgare rifiutassero la registrazione della nascita della minore, senza violare i diritti conferiti alla stessa dagli artt. 20 e 21 TFUE, nonché dagli artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali. Infatti, tale rifiuto avrebbe potuto rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte della minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione.

Alla Corte veniva chiesto anche se, in base agli artt. 4, par. 2 TUE e 9 della Carta dei diritti fondamentali, gli Stati membri, ai fini della salvaguardia delle loro identità nazionale e costituzionale, dispongano di un'ampia discrezionalità con riferimento alle disposizioni per l'accertamento della filiazione.

Le difficoltà che il cittadino dell'Unione si trova ad affrontare per vedersi garantiti i diritti riconosciutogli dal diritto UE sono destinate inevitabilmente ad accrescersi quando si affronti il tema della maternità surrogata. Ancora più complesso di quello considerato nel caso *V.M.A.*, esso, nel sistema dell'Unione si inquadra e trova una risposta nell'ambito del diritto di famiglia transnazionale che rientra tra le competenze concorrenti dell'Unione e degli Stati membri per quanto riguarda gli aspetti di diritto

internazionale privato, a seguito della comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile, operata del Trattato di Amsterdam. L'art. 81 TFUE prevede che, in deroga alla regola generale del ricorso alla procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE, in materia di diritto di famiglia con elementi di estraneità l'Unione europea possa adottare atti secondo una procedura legislativa speciale, con la mera consultazione del Parlamento europeo (par. 3). La norma passerella[6], di cui al comma 2 dello stesso par. 3, attribuisce al Consiglio la possibilità, su proposta della Commissione e consultato il Parlamento europeo, di deliberare, seppur all'unanimità, il passaggio di determinati aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali alla procedura legislativa ordinaria. È sufficiente, tuttavia, l'opposizione di un qualsiasi parlamento nazionale[7] entro sei mesi dalla ricezione dell'informazione della proposta di decisione da parte del Consiglio per impedire l'assunzione della decisione stessa. Si tratta quindi di un sistema fortemente limitante, che configura un «diritto di veto considerato senza esempi» nel processo legislativo europeo, indice di una «tendenza al rispetto dell'identità giuridica dei sistemi nazionali» per l'adozione degli atti nel campo del diritto di famiglia, in cui anche i parlamenti nazionali hanno la possibilità di bloccare il passaggio delle deliberazioni a maggioranza[8].

L'unico modo per ovviare a tali limitazioni è quello di ricorrere allo strumento delle cooperazioni rafforzate, al fine di consentire l'adozione di atti per i quali è richiesta l'unanimità, superando l'opposizione degli Stati membri contrari, promuovendo in tal modo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, purché non si tratti di competenze esclusive dell'Unione stessa, come è avvenuto per i regolamenti in materia di legge applicabile

[6] In merito v. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008, p. 95 s.

[7] In base al Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ai parlamenti nazionali deve essere inoltre inviata in via preventiva, da parte della Commissione, ogni proposta normativa, in modo che nelle successive otto settimane essi possano emettere il parere motivato in merito al rispetto del principio di sussidiarietà.

[8] M.G. CUBEDDU, *La competenza dell'Unione europea nel diritto internazionale privato della famiglia, in Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, in S. PATTI – M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 35.

in tema di separazione personale e divorzio[9] e sui regimi patrimoniali delle coppie sposate e di quelle unite in *partnership* registrata[10].

Tra gli obiettivi dell'Unione rientra quello di offrire ai propri cittadini un'area di sicurezza, giustizia e libertà all'interno dei suoi confini, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, come previsto dall'art. 3, par. 2 TUE. La libera circolazione delle decisioni giudiziarie e, di conseguenza, il mutuo riconoscimento delle stesse rappresentano gli strumenti indispensabili per la cooperazione giudiziaria civile che, a sua volta, costituisce uno dei settori dell'area di giustizia. Essendo l'armonizzazione delle regole sui conflitti di legge essenziale per facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni, la cooperazione rafforzata nel campo del diritto di famiglia costituisce uno strumento necessario per promuovere il processo di integrazione, garantendo l'effettività della circolazione delle persone e dei loro *status*.

La libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea, oltre che come mezzo per la realizzazione del mercato unico, costituisce ancora oggi, a oltre vent'anni dalla comunitarizzazione ad opera del Trattato di Amsterdam, il caposaldo delle politiche europee in materia di famiglia. Essa è stata infatti ritenuta dalle istituzioni europee il primo strumento in ordine cronologico attraverso cui poter gettare i semi in materia di famiglia, in particolare con riferimento al ricongiungimento familiare[11]. A seguito poi dell'introduzione della cittadinanza dell'Unione[12], il diritto alla

[9] Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss., c.d. Roma III.

[10] Regolamento (UE) 2016/1103, del 24 giugno 2016, che attua una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e regolamento (UE) 2016/1104, del 24 giugno 2016, che attua una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (in *GUUE* L 183 del 8 luglio 2016, p. 1 ss.).

[11] Si veda in particolare la direttiva del Consiglio 2003/86/CE del 22 settembre 2003 con riferimento ai lavoratori extracomunitari, in *GUUE* L 229 del 3 ottobre 2003, p. 35 ss.

[12] Sulle implicazioni della libera circolazione e della cittadinanza dell'Unione sull'adozione della normativa in materia familiare, v. M.C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti dei minori nello spazio giudiziario europeo,* in M.C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, p. 77 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012. Già nella direttiva 2004/38, del 29 aprile 2004, relativa alla libera circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari (in *GUUE* L 251 del 26 giugno 2004, p. 12 ss.) si esplicita che la cittadinanza UE «dovrebbe costituire lo *status* fondamentale dei cittadini

libera circolazione è stato inteso, grazie, in particolare, alla interpretazione della Corte di giustizia, in modo più ampio, con l'obiettivo di porre i cittadini sempre più al centro del cammino di integrazione, attribuendo loro diritti che vanno al di là del mero campo economico.

In tale contesto non poteva non essere considerato il settore delle relazioni familiari[13], che permeano la vita dei singoli, costituendo il motore delle scelte individuali, anche negli ambiti più diversi, quale, a titolo esemplificativo, quello lavorativo. Consentire, infatti, la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione ha come conseguenza la possibilità che anche i rapporti interpersonali si svolgano al di là dei confini statali, rendendo necessario un intervento a livello europeo al fine di evitare, o, quanto meno, ridurre, i rischi di discontinuità nella vita giuridica dei soggetti. La mancanza di omogeneità delle norme relative alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento delle decisioni provenienti da paesi diversi può, infatti, costituire un limite, se non addirittura un pregiudizio, all'esercizio del diritto fondamentale alla libera circolazione. Ciò è tanto più vero quanto più le normative nazionali si differenziano. La scelta di un soggetto di spostarsi da un Paese all'altro può essere «fortemente» condizionata dalla possibilità del riconoscimento nello Stato di destinazione dei diritti e degli *status* di cui è titolare nello Stato di provenienza.

Nonostante l'ampliamento delle competenze dell'Unione a settori tradizionalmente esclusi dal suo campo di intervento, la dottrina si esprime ancora in termini dubitativi sull'esistenza di un vero e proprio diritto di famiglia dell'Unione europea per la mancanza di una norma all'interno dei Trattati, anche successivamente al Trattato di Lisbona, che conferisca il potere di adottare atti vincolanti in materia attraverso uno 'spossessamento'

degli Stati membri quando essi esercitano» i loro diritti fondamentali garantiti dai Trattati, quali, appunto, quelli in essa contenuti (considerando 3), come confermato a più riprese anche la Corte di giustizia (si veda, anche per i richiami giurisprudenziali, la sentenza del 14 dicembre 2021, *V.M.A.* cit., punto 41).

[13] I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. PARISI – M. FUMAGALLI MERAVIGLIA – A. SANTINI – D.G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 585 ss., rileva come il diritto di famiglia sia sempre più caratterizzato dall'esigenza di garantire l'autonomia privata, con una conseguente attenuazione dell'intervento statale, proprio al fine di non invadere il campo delle scelte personali. In tal modo la famiglia da «istituzione protetta in vista del perseguimento di interessi sovraindividuali e, dunque, caratterizzata dall'assunzione di ben precisi obblighi giuridici» diviene «formazione essenzialmente "privata" tesa alla realizzazione delle libertà e delle aspirazioni dei singoli componenti» (p. 587 s.). La dimostrazione è data, ad avviso dell'A., dall'evoluzione nei paesi membri verso un modello di divorzio «sempre più rapido e "privato"» (p. 588). In merito si veda anche G. CHIAPPETTA, *Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *La cittadinanza europea*, 2020, spec. p. 118 ss.

delle competenze degli Stati e un conseguente trasferimento delle stesse all'Unione[14]. Tuttavia, l'appartenenza all'Unione e la necessità di rispettare i suoi principi fondamentali fanno sentire, ancora più forte che in altri ambiti, la necessità di riconoscere gli *status* costituiti all'estero[15], soprattutto se tale riconoscimento diviene condizione per l'esercizio effettivo dei diritti connessi alla cittadinanza europea.

2. Diritti delle persone e libertà fondamentali nel mercato interno

A seguito dell'evoluzione che ha caratterizzato la tutela dei diritti delle persone negli ultimi anni, a livello di Unione europea i diritti fondamentali e le libertà, anch'esse fondamentali, si collocano su un piano di parità[16], con la conseguenza che i primi devono essere declinati in funzione dei secondi, senza che possa essere individuata una prevalenza aprioristica degli

[14] I. QUEIROLO, *Regolamento (CE) 27 novembre 2003, n. 2201 del consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, in F. PREITE (dir.), *Trattato notarile*, vol. 4. Diritto comunitario, t. I, Torino, 2011, a p. 305 ss., la quale rileva tuttavia che, grazie all'attività di «armonizzazione delle discipline nazionali», la Corte di giustizia «ha ricavato dal complesso dei principi ispiratori dello spazio giudiziario europeo e dalle norme materiali contenute nel Trattato CE limiti ben precisi all'applicazione della legislazione dei Paesi membri», in particolare nel campo del diritto di famiglia (pp. 306 e 308). V., anche, in generale, C. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 3 ss.; S.M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva "invasione" degli spazi riservati alla sovranità statale*, in S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 1 ss.; P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell'Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, Torino, 2008, a p. 211 ss.; W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione*, cit., p. 102 ss.; P. FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere «definitivo» del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, spec. p. 351 ss.; C. CAMARDI, *La ridefinizione dello* status *della persona*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 108 ss., reperibile al sito internet *http://romatrepress.uniroma3.it* (ult. acc.: 03.01.2022).

[15] V. *infra*, parr. 2 (spec. nota 28) e 3.

[16] E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali»*, cit., p. 61.

uni sugli altri. É vero piuttosto il contrario, vale a dire che la presenza sullo stesso livello di entrambe le categorie determina un contemperamento reciproco, diversamente da quanto accade quando i due ordini di norme interferiscono tra loro a livello nazionale. A quest'ultimo livello – dove il limite dell'ordine pubblico[17], che può assumere a volte la funzione di tutela dell'identità nazionale *ex* art. 4 TUE, quale manifestazione dei valori pregnanti di quell'ordinamento anche in tema di diritto di famiglia, diviene il fattore scriminante – può sorgere il problema della prevalenza dell'uno, il diritto, o dell'altra, la libertà del mercato interno, secondo una declinazione prettamente nazionale e non necessariamente rispondente alle tradizioni costituzionali comuni.

Con riguardo al mercato interno, accade così che si realizzi, anche nell'ambito del diritto di famiglia e delle persone – e non solo con riferimento agli aspetti patrimoniali[18] – il fenomeno della c.d. concorrenza tra ordinamenti, o della competizione regolatoria tra gli stessi, vale a dire dell'individuazione del modello ordinamentale più appropriato, sul quale costruire un diritto al servizio della persona. In presenza, tuttavia, di significative differenze nelle legislazioni nazionali in materia, non potendo l'Unione, priva, come già anticipato, di competenze in materia, emanare atti normativi – e quindi armonizzare le legislazioni nazionali – né imporre agli Stati il riconoscimento di legami familiari acquisiti in un altro Stato membro, si determina una sorta di *forum shopping* tra ordinamenti che diviene di tutta evidenza nel caso della ricerca del Paese dove sia possibile ricorrere alla maternità surrogata. Si apre così la strada ad un vero e proprio 'mercato dei servizi' (in questo caso sanitari), che rimette in gioco l'intervento dell'Unione, essendo la libera circolazione dei servizi uno dei pilastri fondanti del mercato interno in base agli artt. 56 e seguenti del TFUE. In tale ambito, l'Unione ha altresì la competenza ad intervenire limitando la libera circolazione degli stessi servizi, in nome della protezione di interessi generali. Seppur in assenza di una specifica normativa relativa al 'mercato della filiazione per maternità surrogata', si potrebbe immaginare anche un intervento della Corte di giustizia, sulla scia di una giurisprudenza, che, per quanto datata, ha avallato le limitazioni imposte a livello nazionale alla circolazione indiscriminata dei servizi, quando ad opporsi sono i valori identitari dell'ordinamento statale. La sentenza *Omega*[19] potrebbe dunque

[17] Cfr. G. CHIAPPETTA, *Cittadinanza europea*, cit., p. 127 ss.

[18] Si veda F. MEZZANOTTE, *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, in *Persona e Mercato*, 2019/1, p. 35.

[19] Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2294:614. Il caso trae origine da un provvedimento nazionale con cui veniva vietato in Germania il gioco del

rappresentare il precedente da seguire per un caso di maternità surrogata. La dignità umana è stata infatti considerata un "valore" da proteggere e tale da giustificare eventuali limitazioni a livello nazionale alla libera circolazione dei servizi per ragioni, genericamente intese, di ordine pubblico, senza il bisogno che la misura restrittiva «corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale»[20].

Il problema sorge, in particolare, quando nell'ordinamento interno i divieti sono assistiti dalla sanzione penale, ponendosi anche un problema di proporzionalità della stessa in relazione agli obiettivi che la legislazione persegue. É quanto accade, ad esempio, per il divieto di pubblicità della pratica della maternità surrogata, previsto dal par. 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 relativa alla procreazione medicalmente assistita[21]. La situazione pare non dissimile da quella del noto caso *Unborn Children*[22], dove la liceità del divieto di pubblicizzare cliniche che praticavano all'estero l'interruzione volontaria della gravidanza, vigente nell'ordinamento irlandese, era stata basata sul fatto che si esulava dal campo della libera circolazione dei servizi, per mancanza del requisito della retribuzione quale corrispettivo della prestazione fornita, trattandosi di associazioni studentesche, che non agivano a tal fine. Il quesito che si pone ora riguarda invece la pubblicizzazione di cliniche che praticano la maternità surrogata in Stati membri dell'Unione da parte delle cliniche stesse o in paesi terzi da parte di intermediari insediati nell'Unione.

Avendo l'UE in materia di surrogazione di maternità, quale appunto servizio sanitario, la competenza ad intervenire, sebbene non detenga analoga competenza in materia di filiazione in quanto tale, si pone l'ulteriore

c.d. omicidio simulato praticato nei laserdromi, per motivi di ordine pubblico, in quanto contrario al principio della dignità umana, consacrato dall'art. 1 della Costituzione tedesca. Essendo le società coinvolte anche di diritto britannico, alla Corte di giustizia era stato richiesto di verificare se la soluzione adottata, ancorché conforme al diritto tedesco, fosse contraria alla libera circolazione dei servizi e delle merci, *ex* artt. 28 e 49 dell'allora TCE (oggi artt. 34 e 56 TFUE). La Corte ha ritenuto il divieto giustificato, proprio in quanto rispondente all'esigenza di tutelare il principio della dignità umana, quale diritto fondamentale dell'individuo, prevalente anche sulle libertà economiche fondamentali.

[20] Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, cit., punto 37.

[21] Esso così recita: «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

[22] Sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland ltd c. Stephen Grogan e a.*, ECLI:EU:C:1991:378.

questione della tutela dei diritti dei minori, nati tramite il ricorso a tale tecnica procreativa, rientrando la loro tutela tra le sue prerogative *ex* art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ad oggi, in realtà, la Corte è stata chiamata ad intervenire solo con riferimento al diverso profilo, ascrivibile al diritto del lavoro, del congedo parentale a seguito di maternità surrogata, peraltro negandolo[23]. Sta di fatto che la tutela dei minori, e del loro superiore interesse, potrebbe essere ritenuta anch'essa uno degli elementi costitutivi dell'ordine pubblico che gli ordinamenti nazionali possono salvaguardare, limitando, ove occorra, la libertà di circolazione dei servizi, *ex* art. 52 TFUE, come richiamato dall'art. 62 TFUE.

In tale contesto di competizione regolatoria tra ordinamenti, che produce o subisce, a seconda dei punti di vista, effetti distorsivi in materia di libera circolazione delle persone, si colloca l'azione dell'UE volta a garantire i diritti dei soggetti minori di età coinvolti. Partendo dal presupposto che, come accennato, i diritti fondamentali della famiglia non sono armonizzati e che il processo di formazione di tali diritti è dinamico e non statico, ne discende come conseguenza che i principi propri di alcune tradizioni nazionali finiscono per influenzare anche gli altri ordinamenti, in una visione circolare[24].

I protagonisti di tale processo, con ruoli e compiti diversi, sono, da un lato, la Corte di giustizia che, tuttavia, per quanto possibile, adotta una politica di *self restraint*, evitando di intromettersi nelle questioni interne particolarmente delicate e suscettibili di innescare il ricorso al meccanismo dei controlimiti, cercando piuttosto una sintesi delle diverse istanze, e, dall'altro, il legislatore nazionale, che, come accade in Italia, non sempre interviene rispondendo in modo adeguato alle esigenze sociali. Rispetto ad

[23] Sentenze del 18 marzo 2014, causa C-167/12, *D.*, ECLI:EC:C:2014:169, secondo cui gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere un diritto al congedo di maternità, ai sensi della direttiva 92/85, a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente, nemmeno quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino (punto 1 del dispositivo); e causa C-363/12, *Z.*, ECLI:EC:C:2014:604, in forza della quale non costituisce discriminazione fondata sul sesso, ai sensi della direttiva 2006/54, o sull'handicap, in base alla direttiva 2000/78, il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità a una lavoratrice che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, in qualità di madre committente in quanto incapace di sostenere una gravidanza (punti 1 e 2 del dispositivo).

[24] Così R. CAFARI PANICO, *I diritti nell'Europa che vorremmo*, in *Eurojus*, 14 maggio 2017, reperibile al sito internet *http://rivista.eurojus.it/i-diritti-nelleuropa-che-vorremmo* (ult. acc.: 03.01.2022).

essi la Corte Costituzionale riveste un ruolo suppletivo, spesso non ricercato né voluto, richiamando il legislatore ad intervenire, in particolare nei casi più complessi. Così è avvenuto anche, proprio in materia di maternità surrogata, con la sentenza 33 del 9 marzo 2021, dove il legislatore è stato ritenuto l'unico soggetto legittimato ad individuare, nell'ambito della sua discrezionalità, le «soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»[25]. Sullo sfondo rimane la Corte di Strasburgo, le cui sentenze definitive non incidono direttamente nell'ordinamento giuridico dello Stato interessato, vincolandolo solo sul piano internazionale a conformarsi, oltre a non avere nemmeno la stessa forza esecutiva di quelle della Corte UE.

Il contemperamento dei diritti e delle libertà fondamentali coinvolti operato dalla Corte di giustizia e dalle Corti Costituzionali, nei rispettivi ambiti di competenza, non è tuttavia sempre agevole, non potendo diventare prevaricazione, o conflitto, ma dovendo, piuttosto, configurare un dialogo aperto e cooperativo che consenta, mediante un'interpretazione delle norme di volta in volta in esame quanto più conforme ai diritti fondamentali, di superare i momenti di contrasto fra i diversi livelli di tutela. In altre parole, l'Unione dovrebbe riconoscere al singolo Stato la possibilità di fornire ai problemi, che per esso rivestono una particolare sensibilità, la risposta più confacente alle sue esigenze, mentre lo Stato dovrebbe, in un fecondo rapporto, ricercare tale risposta quanto più possibile nel rispetto dei valori sanciti dall'Unione.

Proprio in questa prospettiva l'ultima iniziativa legislativa della Commissione[26], muovendosi nell'ambito del diritto internazionale privato e

[25] Considerazioni in diritto, punto 5.9. Per un commento cfr. i contributi di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte Costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e G. FERRANDO, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, entrambi in *Famiglia e diritto*, 2021, rispettivamente pp. 677-703 e pp. 704-712; nonché G. CHIAPPETTA, *La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione*, in *La cittadinanza europea*, 2021, pp. 244-250; G. RECINTO, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 1007-1011, spec. a p. 1008 s.

[26] Dal 2021 è allo studio della Commissione europea, seppur in fase iniziale, una proposta legislativa di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra Stati membri. Si veda *Inception Impact Assessment*, DG JUST A 1, Q2 2022 - Ares(2021)2519673, nell'ambito dell'iniziativa "Situazioni familiari transfrontaliere - riconoscimento della genitorialità", reperibile al sito internet *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12878-Situazioni-familiari-transfrontaliere-riconoscimento-della-genitorialita_it* (ult. acc.: 03.01.2022). Nel proprio *Programma di lavoro per il 2022. Insieme per un'Europa più forte*, la Commissione ha espresso la volontà «di adottare misure volte a

processuale, si propone di definire regole comuni che garantiscano la libera circolazione delle persone nel rispetto dei principi di sussidiarietà, vale a dire non andando al di là di quanto strettamente necessario per garantire tale libertà, e di proporzionalità.

Il momento di sintesi delle diverse posizioni può essere ricercato nella materia, connessa a quella della maternità surrogata, dello stato civile. In quest'ultimo ambito, infatti, l'Unione europea e, *in primis* la Corte di giustizia, sono chiamate a fronteggiare questioni nuove, derivanti da quella circolarità dei valori sopra menzionata e a trovare soluzioni conformi ai principi e alle libertà fondamentali dell'Unione, pur senza privare, allo stesso tempo, gli Stati della loro identità nazionale e delle loro prerogative. Già in passato la Corte di Lussemburgo è intervenuta riconoscendo che la materia dello stato civile rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri che sono sovrani nel decidere in merito alla possibilità di annotare, iscrivere o trascrivere nei registri dello stato civile gli *status* validamente costituiti all'estero in applicazione della normativa locale sia che si tratti di stranieri, di cui, tuttavia, almeno uno residente nel nostro ordinamento, sia di un italiano e uno straniero. Tale principio è stato ribadito dalla Corte anche nel caso *V.M.A.*[27], dove è stato ricordato che gli Stati, nell'esercizio di tale competenza, devono peraltro rispettare i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento europeo, quali quelli della libera circolazione delle persone e di non discriminazione[28].

migliorare il riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri» (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2021) 645 final, Strasburgo, 19 ottobre 2021, punto 2.6, reperibile al sito internet *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2021:645:FIN*, ult. acc.: 03.01.2022), utilizzando come base giuridica l'art. 81, par. 3 TFUE, come risulta dall'*Annex I: New initiatives* del Programma di lavoro per il 2022 (reperibile al sito internet *https://ec.europa.eu/info/system/files/factsheet_cwp_2022_annex_v4.pdf*; ult. acc.: 3.01.2022). A tal fine nel 2021 la Commissione ha istituito un gruppo di esperti per assisterla nella preparazione della proposta che verrà presumibilmente presentata nella seconda metà del 2022. Si veda sul punto D. DE GROOT, *Regulation On The Recognition Of Parenthood Between Member States / After 2022-6*, reperibile al sito internet *https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-recognition-of-parenthood-between-member-states* (ult. acc.: 03.01.2022).

[27] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 52.

[28] Il riferimento è alle sentenze della Corte di giustizia del 1° aprile 2008, causa C-276/06, *Tadao Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179, dove la Corte ha ritenuto la normativa tedesca – che non consentiva al partner superstite di un'unione civile, in caso decesso dell'altro partner, di percepire una prestazione equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite – in contrasto con i principi fondamentali del diritto UE e, in particolare, quello di non

3. Identità personale e continuità degli *status* nel caso della maternità surrogata

La questione assume una complessità particolare quando si affronta il tema della continuità transnazionale della identità personale, come nel citato caso *V.M.A.*

Connotazione propria dei diritti connessi alla cittadinanza europea (artt. 18 e 21 TFUE), la libertà di circolazione, con il conseguente riconoscimento degli elementi identificativi dell'individuo, viene comunemente posta alla base di un diritto alla portabilità di tali *status*. In realtà, come sopra anticipato, quello che ci insegna la giurisprudenza comunitaria è che se, da un lato, la materia della circolazione deli *status* mediante la trascrizione (riconoscimento) degli atti di Stato civile, quali il matrimonio e la filiazione, rientra nella competenza degli Stati membri, dall'altro, questi ultimi nell'esercizio di tale competenza devono comunque rispettare il diritto dell'Unione europea e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ciascun cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri. Di qui, ancora una volta, un difficile bilanciamento fra il margine di apprezzamento riservato agli Stati nelle materie di loro competenza e l'esercizio dei diritti connessi alle libertà fondamentali. Questi ultimi sono peraltro destinati a prevalere[29], salvo il ricorrere di circostanze eccezionali, ovvero del limite rappresentato dal rispetto dei valori identitari dello Stato in questione, l'unico ammissibile in un ordinamento integrato[30], nel cui ambito, ad avviso dei giudici del Lussemburgo, rientra la funzione di tutela della struttura fondamentale dello Stato membro, anche sul piano dei rapporti di famiglia.

discriminazione; e 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291, relativa, in particolare, alla libertà fondamentale di circolazione e di soggiorno, che non impedisce che le autorità competenti di uno Stato membro rifiutino, in applicazione di una normativa nazionale secondo cui il cognome e i nomi di una persona possono essere registrati negli atti di stato civile esclusivamente in una forma che rispetti le regole di grafia della lingua ufficiale nazionale, di modificare nei certificati di nascita e di matrimonio di uno dei suoi cittadini il cognome e il nome di detta persona secondo le regole di grafia di un altro Stato membro. Tali principi sono stati ribaditi dalla Corte di giustizia anche successivamente nella sentenza dell'8 giugno 2017, causa C-541/15, *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432.

[29] Con il conseguente necessario riconoscimento degli *status* delle persone acquisiti legittimamente in uno Stato membro diverso da quello della cittadinanza (Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2018, causa C-672/16, *Coman e a.*, ECLI:EU:C:2018:385, punto 36 ss.).

[30] R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 223 ss.

Diviene del tutto evidente che se, da un lato, il principio dei *best interests* del minore, assunto a canone superiore, impone il riconoscimento del suo *status*, dall'altro, lo stesso principio risulterebbe evidentemente compromesso se, nel momento dell'esercizio della libertà fondamentale di circolazione, esso venisse limitato e soprattutto potesse realizzarsi solo a condizione che nello Stato di destinazione il legame familiare che compete al minore venisse ristretto per ottemperare ai principi fondamentali di quest'ultimo ordinamento. Le scelte costituzionali di uno Stato, in quanto elementi della sua identità nazionale, possono dunque consentire una deroga all'esercizio di una libertà (quella di circolazione) altrettanto fondamentale dell'ordinamento europeo, pur nel rispetto comunque del principio di uguaglianza e con misure proporzionate agli obiettivi che perseguono. La soluzione non può essere che quella di un difficile bilanciamento fra gli opposti principi, tramite una lettura dei principi stessi orientata comunque al rispetto dei *best interests*.

Questa considerazione apre la strada alla sfida più recente che l'Unione europea si trova ad affrontare, non ancora federazione e quindi priva degli strumenti atti a superare, soprattutto in sede giurisdizionale, le antinomie fra gli ordinamenti degli Stati federati, ma neppure, da sempre, mera organizzazione di Stati. La sua natura *sui generis* impone una soluzione altrettanto originale in attesa che il momento politico di riforma dei Trattati segua quello del riconoscimento dei diritti rendendone pieno l'esercizio. La libera circolazione delle persone e dei loro *status* diviene così il terreno privilegiato di confronto fra le priorità nazionali e i valori comuni dell'Unione. In tale contesto, la maternità surrogata può divenire l'occasione per il superamento dell'antinomia.

La circolazione delle persone all'interno dell'Unione priva di frontiere costituisce il quadro di riferimento dei novelli «spatriati»[31], che nel loro movimento di Stato in Stato trascinano con sé un bagaglio di diritti personali arricchitosi ad ogni passaggio, con la necessità di trovare quel contemperamento tra i valori fondanti dello Stato e i principi e le libertà fondamentali dell'Unione, cui si è accennato.

Si faccia il caso di un minore nato con ricorso alla maternità surrogata, anche in un Paese extra UE, e indicato nell'atto di nascita come figlio dei genitori committenti, con riconoscimento di tale *status* in uno Stato membro; in tali circostanze si configurerebbe la possibilità per un altro Stato membro di negare il riconoscimento dello *status* così attribuito in virtù

[31] Per tale definizione, che indica la condizione dei nuovi migranti che, come cittadini dell'Unione, vivono l'Europa come una loro casa unitaria, vedi M. DESIATI, *Spatriati*, Torino, 2021.

della contrarietà al suo ordine pubblico, con conseguente limitazione della libera circolazione delle persone. Come però ricordato dalla Presidente della Commissione von der Leyen[32] e ripreso dal Parlamento europeo, «essere genitori in uno Stato membro significa esserlo in tutti gli Stati membri»[33].

Proprio il caso *V.M.A.* può fornire lo spunto per una più ampia riflessione in merito ad una possibile situazione che comprenda anche la maternità surrogata, per quanto, a rigore, come anticipato, la relativa sentenza non riguardi tale istituto.

Per la prima volta la Corte è stata chiamata ad affrontare un caso implicante la controversa questione della filiazione da parte di una coppia dello stesso sesso[34]. Come ben specificato dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni[35], si tratta di una questione sempre più frequente nella vita quotidiana ed anche per questo «particolarmente delicata», in ragione del fatto che gli Stati membri detengono competenze esclusive in materia di cittadinanza e diritto di famiglia e che, come anticipato, esistono allo stato significative differenze in merito allo stato giuridico e ai diritti conferiti alle coppie dello stesso sesso. Basti infatti pensare che, pur trattandosi di un procedimento accelerato *ex* art. 105 dello Statuto della Corte, per la necessità di garantire la concessione alla minore di un passaporto nel più breve lasso di tempo possibile, la decisione della Corte è intervenuta a distanza di oltre un anno dalla rimessione del giudice *a quo*, avvenuta il 2 ottobre 2020, e comunque a otto mesi dal deposito delle conclusioni da parte dell'Avvocato generale.

L'Avvocato generale Kokott aveva suggerito di distinguere a seconda che si trattasse o meno di un minore cittadino dell'Unione, in quanto solo

[32] Discorso sullo stato dell'Unione pronunciato dalla Presidente von der Leyen nella sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 settembre 2020, reperibile al sito internet *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_20_1655* (ult. acc.: 03.01.2022).

[33] Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2021 sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP)), P9_TA(2021)0089, considerando X, reperibile al sito internet *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0089_IT.pdf* (ult. acc.: 03.01.2022).

[34] La sentenza è stata salutata come «a positive first step towards the full recognition of rainbow families» (A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Familes under EU Law: A Critical View of ECJ's V.M.A. ruling*, reperibile al sito internet *europeanlawblog.eu*).

[35] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna Obsthina, Rayon "Pancharevo"*, ECLI:EU:C:2021:296, punto 4.

nella prima ipotesi sarebbe stato possibile considerare i diritti che l'ordinamento UE attribuisce alla minore, raccomandando di trovare un equilibrio tra l'identità nazionale degli Stati membri e il diritto alla libera circolazione delle parti coinvolte nel procedimento e ricordando che la competenza statale dello stato civile deve essere esercitata nel rispetto del diritto UE, in particolare del diritto alla libera circolazione[36]. Di conseguenza, la Bulgaria non avrebbe potuto rifiutare il riconoscimento della filiazione in ragione dell'esercizio della libera circolazione dei cittadini dell'Unione, sulla base della motivazione che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è istituto ivi conosciuto, se non invocando, quale controlimite, il rispetto dell'identità nazionale. Quest'ultimo, tuttavia, non rileverebbe nel caso di specie in quanto, trattandosi dell'applicazione del diritto derivato[37], il rilascio del certificato non avrebbe incidenza sulla nozione di filiazione o di matrimonio nel diritto di famiglia bulgaro né avrebbe comportato l'introduzione di nuovi istituti giuridici[38].

La Corte, seguendo l'impostazione offerta dall'Avvocato generale, distingue l'ipotesi in cui la minore abbia la cittadinanza di uno Stato membro da quella in cui, invece, ne sia priva, giungendo, tuttavia, in entrambe le situazioni alla medesima conclusione.

Nel caso in cui, come ritenuto dal giudice remittente[39], la minore possieda la cittadinanza bulgara e, di conseguenza, quella dell'Unione europea, la soluzione deve essere rintracciata nel diritto primario dell'Unione, l'art. 21 TFUE, che garantisce ai cittadini UE la libertà di circolare e di soggiornare in Stati membri diversi da quelli di origine, avvalendosi dei diritti connessi.

Passaggio importante nel ragionamento della Corte è l'estensione della possibilità di fruire dell'art. 21 TFUE e del diritto secondario adottato per la sua applicazione, tra cui in particolare la direttiva 2004/38, non solo a chi ha già esercitato la libertà di circolazione e di soggiorno in uno Stato

[36] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 77.

[37] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 113.

[38] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 114.

[39] Ad avviso della Corte, l'unico soggetto competente ad effettuare la valutazione relativa alla sussistenza della cittadinanza nazionale è il giudice nazionale (sentenza, punto 39), rientrando la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza nella competenza degli Stati membri (punto 38).

diverso da quello di origine, ma anche a chi non se ne è mai avvalso, essendo nato nello Stato ospitante i genitori[40], vale a dire coloro che hanno effettivamente esercitato la libertà di circolazione. Ne consegue, secondo la Corte, che in capo agli Stati sussiste l'obbligo di rilasciare ai loro cittadini, *ex* art. 4 della direttiva 2004/38, un documento di identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza e il loro cognome, secondo quanto risulta dell'atto di nascita emesso nello Stato in cui il minore è nato, senza dover previamente emettere un nuovo atto di nascita[41]. Diversamente, si potrebbe compromettere il diritto del cittadino, minore di età, «di esercitare senza impedimenti», con ciascuno dei due genitori − il cui *status* sia stato accertato dallo Stato membro ospitante e che hanno pertanto l'affidamento della minore − «il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»[42]. Uno Stato non potrebbe quindi invocare il proprio diritto nazionale per subordinare il rilascio del documento di identità alla previa emissione di un atto di nascita nazionale.

L'art. 21, par. 1 TFUE include tra i diritti riconosciuti ai cittadini UE quello di condurre una normale vita familiare nello Stato membro in cui soggiornano e in quello di cui hanno la cittadinanza, nel caso di ritorno, unitamente ai loro familiari, senza che, in tal modo, si verifichi una violazione dell'ordine pubblico o dell'identità nazionale dello Stato membro, la cui normativa non ammette le unioni tra persone dello stesso sesso e, di conseguenza, non riconosce i rapporti di filiazione tra queste e un minore. Se è vero infatti che l'art. 4, par. 2 TUE garantisce il rispetto dell'identità nazionale, lo è altrettanto che gli Stati non possono, a loro discrezione, determinare unilateralmente, a giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale prevista dal Trattato, la portata dell'eccezione dell'ordine pubblico, che può pertanto essere invocata «solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società»[43]. Ciò, tuttavia, non comporta l'obbligo per lo Stato membro di introdurre nel proprio ordinamento istituti giuridici idonei a recepire quegli *status* acquisiti in altro Stato membro e non conosciuti all'interno dello stesso Stato, se non al solo fine di garantire l'«esercizio dei diritti che (…) derivano dal diritto dell'Unione»[44]. Tali diritti, e in particolare la libera circolazione, potrebbero essere ostacolati da una misura nazionale solo se quest'ultima fosse conforme ai diritti fondamentali contenuti nella

[40] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 42.
[41] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 45.
[42] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 49.
[43] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 55.
[44] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 57.

Carta e garantiti dalla Corte di giustizia. Situazione che non si verifica nel caso di specie, dove rivestono un'importanza fondamentale l'art. 7 della Carta, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, e l'art. 24 della stessa, relativo ai diritti dei minori di veder considerato in modo primario il loro superiore interesse e di intrattenere regolari rapporti con entrambi i genitori. In particolare, l'art. 7, interpretato, secondo quanto disposto dall'art. 52, par. 3 della Carta stessa, in conformità all'omologa norma della Convezione europea dei diritti dell'uomo (art. 8), tutela il rapporto della minore con ognuna delle due persone con le quali ha instaurato «una vita familiare effettiva nello Stato ospitante e che sono menzionate come suoi genitori nell'atto di nascita emesso dalle autorità di tale Stato»[45].

Ad avviso della Corte la situazione non muterebbe, però, anche qualora la minore non avesse la cittadinanza di uno Stato membro. Nella sua qualità di familiare di una cittadina dell'Unione - nella specie, in base alle risultanze dell'atto di nascita rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro ospitante, di discendente diretta, *ex* art. 2, par. 2, lett. c della direttiva 2004/38, della madre di nazionalità bulgara – la minore deve godere dei diritti conferiti dall'art. 21, par. 1 TFUE in tutti gli Stati membri.

Riecheggia nelle parole della Corte il precedente, relativo sempre agli *status* familiari, della sentenza *Coman*, ripetutamente evocata, in particolare allo scopo di delimitare l'uso da parte degli Stati membri della clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2 TUE. Così come *Coman* sanciva la necessità per gli Stati membri di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi in altri Stati membri, ai fini del ricongiungimento familiare, essendo uno dei coniugi un cittadino extra UE, con *V.M.A.* si ha un'estensione della necessità di far luogo al riconoscimento del rapporto di filiazione, contenuto nell'atto di nascita redatto dalle competenti autorità di uno Stato membro. Due sono i punti centrali decisi dalla Corte nel caso in esame: da un alto, l'obbligo dello Stato membro di cittadinanza del minore di rilasciargli un documento di identità, senza che sia necessario che le sue autorità nazionali emanino previamente un altro atto di nascita. Dall'altro, l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il documento (di nascita) formato nello Stato membro ospitante che consente al minore di esercitare con ciascuna delle persone in esso indicate «il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»[46].

In entrambe le sentenze, tuttavia, la Corte circoscrive il (mutuo) riconoscimento degli *status* familiari legittimamente acquisiti in uno Stato

[45] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 63, che richiama le conclusioni dell'Avvocato generale, punto 153.

[46] Sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A.* cit., punto 69.

membro all'esercizio del diritto al ricongiungimento o di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione, anche quando, nel caso di minori, tale diritto non sia stato ancora effettivamente esercitato. In realtà, il portato della sentenza *V.M.A.* riguardo alla tutela dei diritti delle parti coinvolte sembrerebbe più ampio rispetto a *Coman*, aprendo ad un'applicazione del principio ivi sancito in tutte le situazioni in cui siano coinvolti minori, a prescindere dalle circostanze della nascita, per evitare che gli stessi possano subire, per usare le parole della Commissione, discriminazioni «fondate sull'orientamento sessuale, l'identità di genere, l'espressione di genere, le caratteristiche sessuali, l'origine razziale o etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità o l'età»[47].

4. Considerazioni conclusive: alcune proposte

Situazioni come quella decisa dalla Corte nel caso *V.M.A.*[48] potrebbero essere evitate se le normative nazionali, specialmente quelle sulla cittadinanza, che sono espressione della sovranità di ciascuno Stato, anche in base al diritto dell'Unione, trovassero applicazione in conformità con i diritti fondamentali e in modo da non causare discriminazioni, in particolare quando hanno un «direct impact on the enjoyment of EU citizenship»[49].

A ciò si aggiunge che i principi in discussione e, in primo luogo, la questione relativa alle conseguenze da trarre dalla cittadinanza dell'Unione vengono in gioco anche nel caso di ricorso alla maternità surrogata da parte indifferentemente di genitori dello stesso sesso, in particolare maschile, o, eterosessuali. Lo dimostrano le numerose petizioni al Parlamento europeo,

[47] *Programma di lavoro della Commissione per il 2022* cit., punto 2.6. *Un nuovo slancio per la democrazia europea*.

[48] Al 3 gennaio 2022 è pendente avanti la Corte di giustizia un'altra questione, analoga alla precedente, in cui è la Polonia il Paese membro che oppone il rifiuto alla trascrizione del certificato di nascita rilasciato dalle competenti autorità di un altro Paese membro, sempre la Spagna, con l'indicazione di due persone dello stesso sesso quali genitori (causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*), con la conseguente impossibilità di ottenere in quello Stato il documento di identità per il minore.

[49] S. PEERS, *Protecting the right to a nationality for children of same-sex couples in the EU – A Key issue before the CJEU in V.M.A. v Stolichna Obsthina (C-490/20)*, reperibile al sito internet *https://www.statelessness.eu/updates/blog/protecting-right-nationality-children-same-sex-couples-eu-key-issue-cjeu-vma-v* (ult. acc.: 03.01.2022). Cfr. anche D.A.J.G. DE GROOT, *Special Report. EU law and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V.M.A. v Stolichna Obsthina*, European University Institute, January 2021, reperibile al sito internet *https://cadmus.eui.eu//handle/1814/69731* (ult. acc.: 03.01.2022).

ove si sottolineano gli ostacoli alla libera circolazione delle persone e al conseguente godimento di benefici sociali e fiscali derivanti dal mancato riconoscimento in Stati membri dell'UE del rapporto di filiazione sorto in altri Stati membri[50], tra cui la negazione della cittadinanza di uno Stato membro e, quindi, di quella dell'Unione[51].

Non va poi taciuto che finora la Corte EDU[52], se non è giunta al punto di ridurre il margine di discrezionalità degli Stati nei casi riguardanti la maternità surrogata, tuttavia, in nome del superiore interesse del minore, sta spingendo verso un adeguamento dei singoli ordinamenti nazionali rispetto a soluzioni già adottate da altri sistemi, contribuendo alla circolarità dei valori e, forse anche, alla dinamica concorrenziale.

Se, quindi, quando si versa in ipotesi di maternità surrogata il rispetto dei diritti fondamentali nell'Unione presenta ancora forti criticità, *in primis* per la mancanza di un sentire comune degli Stati sull'istituto, una soluzione potrebbe essere rappresentata da un intervento del legislatore UE, non direttamente sulla questione, ma avvalendosi delle proprie competenze,

[50] Si veda A. TRYFONIDOU, R. WINTEMUTE, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, Study requested by the PETI committee, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 671.505 - March 2021, reperibile al sito internet *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU(2021)671505_EN.pdf* (ult. acc.: 03.01.2022), anche per l'elenco delle petizioni presentate al PE (p. 104 ss.). Inoltre, la soluzione di riconoscere gli atti di nascita (o i provvedimenti giurisdizionali) stranieri di minori nati da maternità surrogata solo nei riguardi del genitore biologico si potrebbe prestare ad abusi in caso di rottura del legame con il partner, frapponendo ostacoli nei rapporti di quest'ultimo con i minori.

[51] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, COM(2020) 698 final, Bruxelles, 12 novembre 2020, p. 17, nota 64, reperibile al sito internet *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0698* (ult. acc.: 03.01.2022). Per tali ragioni nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Relazione sulla cittadinanza 2020. Rafforzare il ruolo dei cittadini e proteggere i loro diritti*, l'istituzione si propone di rivedere gli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione, al fine di facilitare l'esercizio di tale libertà e migliorare la certezza del diritto di chi la esercita, garantendone un'applicazione più efficace ed uniforme in tutto il territorio dell'Unione (COM(2020) 730 final, Bruxelles, 15 dicembre 2020, p. 15 ss., reperibile al sito internet *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0730*, ult. acc.: 03.01.2022).

[52] Tra i numerosi scritti in materia, si veda, per tutti, I. QUEIROLO, F. PESCE, *La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo*, in *La cittadinanza europea*, 2021, pp. 223-229; F. PESCE, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della CEDU*, in questo *volume*.

quali, a titolo esemplificativo, quelle in materia di minori, sotto il già accennato profilo del diritto internazionale privato, realizzando le condizioni per la circolazione degli *status*.

Sempre al fine di garantire la libera circolazione e i relativi diritti connessi, si potrebbe elaborare uno strumento che possa evitare situazioni claudicanti per i minori, i cui diritti devono essere tutelati in modo ancora più incisivo di quelli conferiti agli adulti, per non cadere in una violazione dei loro *best interests.* Al momento della nascita potrebbe essere rilasciato un certificato europeo, una sorta di carta d'identità, che garantisca i diritti fondamentali dei minori sanciti dalla Carta dell'Unione europea e quindi serva ad accertare il loro *status* al solo fine di esercitare i diritti spettanti in forza del diritto derivato dell'UE sulla libera circolazione quando si tratta di cittadini dell'Unione, come stabilito dagli artt. 20 e 21 TFUE e dall'art. 45 della Carta e specificato in particolare, nella direttiva 2004/38/CE e nel regolamento n. 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione[53].

Tale strumento potrebbe infatti essere più facilmente accettato dagli Stati membri rispetto ad un atto legislativo di diritto internazionale privato, che potrebbe essere visto come l'ennesima usurpazione di competenze nazionali da parte dell'Unione in un settore molto sensibile, con conseguente difficoltà a raggiungere un accordo unanime, come richiesto dall'art. 81, par. 3 TFUE.

Il certificato europeo potrebbe essere rilasciato su richiesta delle persone interessate, vale a dire genitori e figli minori, dall'autorità nazionale competente, secondo un modello standard, senza pregiudicare il riconoscimento degli effetti giuridici relativi a tale stato di famiglia negli Stati membri in cui viene presentato. In tal modo non si esulerebbe dall'ambito di competenza dell'Unione e gli Stati membri in cui il certificato viene presentato sarebbero obbligati a garantire il conferimento dei diritti ai cittadini dell'Unione europea che godono del relativo *status* nello Stato membro in cui si trova l'autorità che lo rilascia. Ne consegue che il riconoscimento della filiazione come indicato nel certificato e con i limiti già indicati, è soggetto solo alle strette limitazioni previste dall'art. 21 TFUE e dal diritto secondario dell'UE sulla libera circolazione. A questo proposito e tenendo presente che il riconoscimento delle relazioni familiari è concesso ai sensi dell'art. 7 della Carta e che l'art. 24 della stessa comporta anche il mantenimento dell'unità familiare, l'interesse superiore del minore deve essere

[53] Regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in *GUUE* L 141 del 27 maggio 2011, p. 1 ss.

preso in considerazione nel valutare la sussistenza di limitazioni ai diritti di libera circolazione. Ciò significa che il minore deve beneficiare dei diritti di libera circolazione direttamente, quando è cittadino dell'Unione, o indirettamente (diritti derivati), in quanto familiare di un cittadino dell'Unione, vale a dire indipendentemente dalla sua nazionalità o dal fatto che sia apolide, come ben specificato dalla Corte nel caso *V.M.A.*

In conclusione, si potrebbe far leva sul principio dei *best interests of the child*, che si sta dimostrando un grimaldello, che, in modo surrettizio o coerente, a seconda delle opinioni, è comunque accolto a livello sia europeo sia nazionale ed è sempre più spesso declinato in maniera comune. Esso potrebbe quindi costituire lo strumento per un'armonizzazione di fatto, anche più ampia di quella che si sta cercando oggi di realizzare perché non legata al genere, dopo che l'UE, esercitando questa volta le sue competenze, sia intervenuta a definirne il contenuto in maniera uniforme. Con ciò verrebbero meno di fatto le più significative differenze nazionali. Da ricercare non è quindi la definizione di principi identici per tutti gli ordinamenti nazionali in una materia tanto sensibile, bensì la coesistenza di valori, anche tra loro differenti, ma nella sostanza omogenei[54], in concorso tra loro sulla base delle regole di diritto internazionale privato e processuale.

[54] In merito si vedano le considerazioni conclusive di R. CAFARI PANICO, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 544 ss.

RENZO CALVIGIONI

LA TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO ED IL RUOLO DELL'UFFICIALE DI STATO CIVILE

SOMMARIO: 1. Trascrizione: in generale, i requisiti sostanziali per atti di nascita e riconoscimento. – 2. Il caso e la decisione delle Sezioni Unite. – 3. La giurisprudenza più recente, dalla Corte costituzionale ai giudici di merito. – 4. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile e l'infondatezza della dichiarazione di illegittimità del rifiuto dello stesso.

La trascrizione degli atti di stato civile relativi al cittadino italiano può essere richiesta dalla nostra autorità diplomatica o consolare, ai sensi dell'art. 17 del d.P.R. 396/2000, ma potrà essere richiesta anche dagli intestatari degli atti o da chiunque vi abbia interesse "... *con istanza verbale o con atto redatto per iscritto e trasmesso anche a mezzo posta* .." [1]. Tutti gli atti di stato civile, se formati all'estero da autorità straniere, debbono essere legalizzati e tradotti[2], tranne che non sussistano Convenzioni[3] che esentino da tali adempimenti o Regolamenti UE.

1. Trascrizione: in generale, i requisiti sostanziali per atti di nascita e riconoscimento

L'ufficiale di stato civile che riceve un atto di nascita ai fini della trascrizione dall'estero dovrà valutare la propria competenza ai sensi dell'art. 17 del d.P.R. 396/2000. Dovrà verificare che la documentazione ricevuta sia in regola con i requisiti formali richiesti dal nostro ordinamento e, inoltre, verificare che si tratti di filiazione nel matrimonio o di filiazione fuori dal matrimonio riconosciuta dai genitori o almeno dal genitore italiano, secondo requisiti e condizioni per la filiazione previsti anche dal nostro ordinamento.

[1] Art. 12, comma 11 del d.P.R. n. 396/2000.

[2] Art. 21, comma 3, ed art. 22 del d.P.R. n. 396/2000.

[3] Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, rilevante per l'alto numero di Stati aderenti, ma merita menzione anche la Convenzione di Vienna del 1976, il recente Regolamento UE n. 1191/2016 anche se, in alcuni casi, potrebbe non essere sufficiente per la trasmissione e trascrizione di atti di stato civile.

Premesso che "*L'atto di nascita del minore, nato all'estero al di fuori del matrimonio, deve essere trascritto riportando la indicazione dei genitori del bambino senza alcuna precisazione (se non presente nell'atto) in merito alla circostanza se vi sia stato o no riconoscimento e circa le eventuali modalità di questo*"[4], in particolare:

− si dovrà fare attenzione all'età del genitore italiano che ha effettuato il riconoscimento: secondo il nostro ordinamento deve aver compiuto almeno 16 anni (art. 250 c.c., ultimo comma), tranne che non sia stato espressamente autorizzato dal Tribunale, secondo la modifica introdotta dalla legge 219/2012 in materia di filiazione. Tale modifica ha fatto venire meno quello che risultava essere un limite inderogabile di ordine pubblico e, di conseguenza, laddove dovesse risultare un riconoscimento ad opera di infrasedicenne, si dovrà verificare che non sia intervenuta autorizzazione in analogia a quanto previsto dal nostro ordinamento;

− si dovrà anche fare attenzione alla manifestazione di volontà relativa al riconoscimento stesso: nella maggior parte dei Paesi stranieri, all'evento fisiologico della nascita di un bimbo da parte di una donna corrisponde automaticamente l'attribuzione della maternità giuridica nei confronti di quella stessa donna, mentre questo non avviene nel nostro Stato dove anche la madre deve esprimere la propria volontà al riconoscimento del figlio, tanto che è previsto che la stessa possa non essere nominata, restando il neonato privo di indicazione relativa alla maternità;

− il riconoscimento di filiazione effettuato all'estero non dovrà riguardare un soggetto che risulti già figlio di altro genitore, quindi in contrasto con lo *status* di figlio (art. 253 c.c.);

− il riconoscimento effettuato da un genitore non potrà contenere indicazioni relative all'altro genitore in contrasto con l'art. 258 c.c.;

− qualora il riconoscimento ad opera dei genitori sia avvenuto in tempi diversi – prima l'uno e poi l'altro – è indispensabile che chi ha riconosciuto per primo abbia manifestato il proprio consenso al riconoscimento effettuato dall'altro successivamente: si tratta di una condizione di validità (art. 250 c.c., terzo comma) dell'atto di riconoscimento stesso, nell'ipotesi che la persona da riconoscere non abbia ancora compiuto 14 anni;

− qualora il riconoscimento riguardi una persona maggiore di 14 anni, occorre l'assenso del figlio stesso: in mancanza, l'atto, pur essendo perfettamente valido, è tuttavia privo di efficacia fino a che il figlio stesso non esprima la propria volontà.

[4] MINISTERO DELL'INTERNO, *Il Regolamento dello stato civile: guida all'applicazione. Massimario per l'ufficiale di stato civile*, edizione 2012, par. 6.2.3, cpv. 5 ss.

Questi principi di carattere generale relativi alle trascrizioni di atti dall'estero, debbono essere integrati con l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 12193 nella quale è stato rivisto il concetto di ordine pubblico, con riferimento alla filiazione da genitori dello stesso sesso.

2. Il caso e la decisione delle Sezioni Unite

Il caso riguarda due uomini, sposati tra loro all'estero e quindi per il nostro ordinamento uniti civilmente[5], che avevano chiesto in Italia la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero nel quale, a seguito di un provvedimento giurisdizionale pure emesso all'estero, venivano indicati entrambi come genitori: "… *scelgono quello dei due, che sarà il padre biologico, e si accordano con una donna cui verrà immesso l'ovulo fecondato, e che porterà a termine la gravidanza. Il parto è gemellare. Il giudice canadese, con un primo provvedimento, riconosce, quale genitore, il solo padre biologico e, in uno successivo, dichiara la genitorialità di entrambi i coniugi. L'ufficiale dello stato civile italiano, richiesto della trascrizione dell'atto di nascita dei due gemelli, così emendato dal giudice canadese, rifiuta, ritenendolo contrario all'ordine pubblico*"[6]. Contro il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, presentano ricorso in Corte di Appello che lo accoglie: il ministro dell'Interno, il sindaco ed il pubblico ministero propongono ricorso in Cassazione e la prima sezione civile la rimette al primo presidente per l'assegnazione alle sezioni unite, come in effetti avviene.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019, pubblicata in data 8 maggio 2019, è sicuramente destinata a tracciare un solco particolarmente

[5] Si ricorda, in proposito, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso avvenuto all'estero produce, in Italia, gli effetti dell'unione civile: art. 32-bis e 32-quinquies della legge 218/1995. Si richiama, Corte di Cassazione civ., Sez. 1, con sent. 14 maggio 2018, n. 11696 "Gli atti di matrimonio e di unioni riconosciute producono senz'altro effetti giuridici nel nostro ordinamento secondo il regime di convertibilità stabilito dalle nuove norme." La Corte di Cassazione dopo aver chiarito che gli atti di matrimonio omosessuali avvenuti all'estero producono effetti nel nostro ordinamento secondo il regime di convertibilità previsto dalla l. n. 76/2016 e dal D.Lgs. n. 7/2017, precisa che la compatibilità dei modelli adottati all'estero (matrimonio od unione civile) nel nostro ordinamento trova una regolazione puntuale con i meccanismi di conversione elaborati dal legislatore nel D.Lgs. n. 7: in sostanza, il matrimonio avvenuto all'estero si converte in unione civile a seguito della trascrizione. Si rinvia a CALVIGIONI, *Gli effetti dell'unione civile nel matrimonio* same-sex *celebrato all'estero*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 213.

[6] DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2019, p. 667.

netto, soprattutto nella definizione di ordine pubblico che viene ampliata in maniera importante. In sintesi, le Sezioni Unite "*... ritengono che contrasti con l'ordine pubblico internazionale "il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana", trovando esso "ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione", non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184 del 1983*"[7].

Prima di arrivare alla parte sostanziale della decisione, merita attenzione l'aspetto relativo alla legittimazione delle parti, tanto che viene dichiarato ammissibile il ricorso del Sindaco e del Ministero dell'Interno e inammissibile quello del P.M., ricordando che il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero consente di procedere direttamente alla trascrizione nei registri dello stato civile, e rimettendo all'ufficiale di stato civile la verifica dei requisiti prescritti dalla legge. "*Soltanto nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, ovvero nel caso in cui l'efficacia del provvedimento straniero debba essere fatta valere anche ad altri fini, si rende necessaria la procedura di riconoscimento, la cui applicabilità non può ritenersi esclusa dalla possibilità di proporre opposizione ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, configurandosi quest'ultima come un rimedio concorrente, ma avente una portata più limitata rispetto a quella del procedimento di cui all'art. 67 della legge n. 218 del 1995*" precisando inoltre che "*Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri di stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della legge 218 del 1995, in contraddittorio con il sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero*

[7] FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2019, p. 677.

dell'Interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza, in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione"[8].

È doveroso sottolineare che si tratta di un passaggio non di poco conto in quanto la posizione del sindaco-ufficiale di stato civile, nella controversia di cui all'art. 67 della legge 218/1995, risulterebbe diversa da quella dello stesso in caso di ricorso ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000 e, in particolare, non sembrerebbe esclusa la posizione di "parte" del processo che, al contrario, era stata esclusa nell'applicazione dell'art. 95, dalla Corte di Cassazione civ., 1° Sez.[9].

Tornando agli aspetti salienti della decisione delle Sezioni Unite n. 12193/2019, occorre ricordare come l'elemento fondamentale di contrasto con l'ordine pubblico, sia dato dal ricorso alla maternità surrogata, cioè a quella fattispecie nella quale non esiste alcun legame genetico né biologico tra la donna partoriente ed il genitore che viene definito "d'intenzione": la maternità surrogata trova anche una sanzione penale oltre a risultare in antitesi non solamente con i principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli contenuti nelle fonti internazionali e sovranazionali, *"… ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione*

[8] Corte di Cassazione civ., Sezioni Unite, 8 maggio 2019 n. 12193.

[9] In proposito, Corte di Cassazione civ., sentenza del 12 marzo 2018 n. 5894, nel prevedere l'intervento del pubblico ministero che deve tutelare l'interesse pubblico in materia di stato civile, in merito al procedimento giudiziario che si dovrebbe instaurare, precisa "Si tratta di un procedimento camerale, che segue le regole generali degli artt. 737-742-bis cod. proc. civ., di natura unilaterale, posto che solo il soggetto (o i soggetti, quale parte unitaria) che abbia visto respinta la richiesta di trascrizione propone il ricorso al giudice. Né il rifiuto dell'annotazione da parte dell'ufficiale di stato civile rende quest'ultimo parte del giudizio di accertamento da lui reso necessario (in caso contrario, si pensi solo alle conseguenze che ne deriverebbero quanto al diritto di difesa ed alle spese processuali." In sostanza, si tratta di un procedimento che ha una sola parte, quella ricorrente, mentre l'ufficiale dello stato civile non diviene parte del procedimento, per aver agito secondo il proprio ufficio (anche con un provvedimento di rifiuto): di conseguenza, non è tenuto a nominare un legale per svolgere le proprie difese, né dovrebbe essere condannato alla rifusione delle spese. La conferma di tale particolare situazione, si desume dall'art. 96 d.P.R. n. 396 del 2000, che delinea un provvedimento camerale, precisando che il tribunale «può, senza particolari formalità, assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile», e «deve sentire il procuratore della Repubblica e gli interessati»: due posizione ben diverse dove, appunto, anche l'eventuale audizione dell'ufficiale dello stato civile non lo trasforma in parte processuale.

dà forma a quel diritto vivente del quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico"[10].

Tale situazione differenzia in maniera sostanziale la posizione delle coppie dello stesso sesso: quelle formate da donne, nelle quali la gravidanza viene portata avanti per la coppia stessa e non per altri, dovrebbe o potrebbe risultare conforme alle disposizioni del nostro ordinamento, almeno secondo l'indicazione che era contenuta nella sentenza della Cassazione civ., 1° Sez., n. 19599 del 30 settembre 2016[11] che viene confermata anche dalle Sezioni Unite, mentre le coppie formate da uomini troverebbero ostacolo insormontabile nel fatto che con uno essi non potrebbe sussistere alcun legame genetico con la donna che avesse portato avanti la gravidanza, risultando sussistente in questo caso quell'ipotesi di maternità surrogata che viene considerato contraria all'ordine pubblico. "*Il tema decidendi, come precisato dalle S.U., riguarda dunque la conformità all'ordine pubblico della trascrizione a favore del genitore intenzionale dell'atto di nascita straniero di bambino nato con gestazione per altri. Va qui ulteriormente messo in chiaro che il problema non riguarda la trascrizione dell'atto di nascita nei confronti del genitore intenzionale che sia anche geneticamente legato al bambino, trascrizione che era stata regolarmente effettuata con precedente atto*"[12].

In sostanza, anche nel caso della coppia dello stesso sesso maschile, non è in discussione il figlio genetico di uno dei genitori, quello che nell'atto di nascita viene indicato come padre, che ha fornito il seme per la fecondazione dell'ovulo, a prescindere dal fatto che la madre consenta o meno di essere nominata (e sicuramente non verrà nominata, per accordo

[10] Corte di Cassazione civ., Sezioni Unite, 8 maggio 2019 n. 12193.

[11] Secondo la quale non contrasta con l'ordine pubblico la trascrizione di un atto di nascita formato in Spagna, perfettamente valido ed efficace in quello Stato, nel quale risulti la nascita di un figlio di due donne "... per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro paese della UE)", e ancora "L'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate".

[12] FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit.

con il padre): questa indicazione era stata già riconosciuta come conforme al nostro ordinamento ed il relativo atto di nascita era già stato trascritto, mentre oggetto del contendere era risultata l'indicazione del secondo padre che l'ordinamento straniero aveva riconosciuto come tale e che, proprio a seguito della decisione delle Sezioni Unite, non potrà essere riconosciuto, lasciando aperta solamente l'ipotesi dell'adozione di minore in casi particolari, ai sensi dell'art. 44 della legge 184/1983. In sostanza, nell'atto di nascita formato all'estero, l'indicazione solamente del padre (o di un padre), a prescindere dall'esistenza o meno dell'altro genitore e dal sesso di tale altro genitore, non risulta in contrasto non solo con le norme inderogabili di ordine pubblico, ma in generale con il nostro ordinamento, tanto che si può procedere alla trascrizione, come solitamente avviene ed è avvenuto, ed al riconoscimento del rapporto di filiazione così formato.

Proprio in merito al riconoscimento di filiazione da parte solamente del padre, si tratta di ipotesi prevista e disciplinata dal nostro ordinamento (art. 250, primo comma, c.c.): può avvenire, esclusivamente in caso di filiazione fuori dal matrimonio, in mancanza del riconoscimento da parte della madre, in sostanza quando la madre non consente di essere nominata, cioè rifiuta di riconoscere il figlio da lei stessa partorito[13] (e questa, sostanzialmente, sarebbe la situazione nella quale verterebbe il padre che ha fornito il seme nei confronti della donna che ha portato avanti la gravidanza ed ha rinunciato a qualsiasi pretesa o rapporto nei confronti del bimbo), oppure non può essere nominata per difetto di età[14] o per altri motivi[15]. In tali situazioni, se l'evento dovesse avvenire in Italia, laddove cioè si presenti solamente il padre per rendere la denuncia di nascita, esibendo all'ufficiale di stato civile l'attestazione di nascita (che ha solamente la finalità di documentare l'evento nascita) e dichiarando di essere il padre, è bene precisare che nessuna ulteriore documentazione è richiesta per la formazione dell'atto di nascita, che avviene esclusivamente in base alla dichiarazione

[13] Art. 30, 1° comma, d.P.R. 396/2000 "... rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata".

[14] Art. 250, ultimo comma, c.c.: occorre avere compiuto il sedicesimo anno di età per poter effettuare il riconoscimento del figlio, ma il Tribunale può rimuovere tale impedimento, tenendo conto dell'interesse del figlio: si tratta di una importante modifica apportata dalla legge 219/2012, soprattutto tenendo conto che il limite del sedicesimo anno di età era considerato un limite inderogabile di ordine pubblico.

[15] Si pensi all'ipotesi in cui la madre dovesse morire, dopo la nascita del bimbo, prima della formazione dell'atto di nascita: non potendo presentarsi a rendere la dichiarazione di nascita e contestuale riconoscimento del figlio, non potrebbe essere menzionata come madre nell'atto di nascita stesso (a meno che non avesse reso la dichiarazione di riconoscimento del nascituro).

di parte: in altre parole, non viene richiesta alcuna documentazione attestante il rapporto genetico tra il padre ed il figlio che viene riconosciuto, in quanto l'ufficiale di stato civile forma l'atto in base alla dichiarazione e non deve effettuare alcuna indagine sulla veridicità del riconoscimento. Questo vale anche nel caso del riconoscimento che viene reso dopo la formazione dell'atto di nascita nell'ipotesi, abbastanza frequente, in cui il figlio sia stato riconosciuto alla nascita solamente dalla madre e, successivamente, anche dopo anni, avvenga il riconoscimento da parte del padre: se colui che si dichiara padre, con il consenso della madre se il figlio è infraquattordicenne o con l'assenso del figlio stesso superata tale età, sia geneticamente tale, non è indagine di competenza dell'ufficiale di stato civile, il quale dopo aver verificato che non sussistano gli impedimenti del codice civile, deve ricevere la dichiarazione di riconoscimento la cui efficacia è immediata alla conclusione dell'atto, cioè gli effetti del riconoscimento si producono immediatamente con la sottoscrizione dell'atto di riconoscimento[16]. È doveroso sottolineare che non è compito dell'ufficiale di stato civile indagare sulla veridicità della filiazione, né valutare eventuali prove della filiazione, perché, in caso contrario, non sarebbe necessaria alcuna dichiarazione di riconoscimento ma basterebbe presentare una certificazione dell'esame del DNA: il riconoscimento è un atto volontario che, in mancanza di impedimenti, deve essere ricevuto dall'ufficiale dello stato civile, senza entrare nel merito se chi si dichiara padre sia geneticamente tale.

Proprio su tale aspetto, la sentenza delle Sezioni Unite, lascia aperti molti interrogativi: se finora nel caso di riconoscimento di filiazione all'interno di una coppia eterosessuale l'ufficiale di stato civile non verificava la sussistenza di legame genetico o biologico tra genitori e figlio, limitandosi a ricevere la dichiarazione di riconoscimento, mentre ora, dopo la sentenza, in caso di genitori dello stesso sesso, fosse tenuto ad indagare su tale legame genetico e biologico, per verificare che non sussista maternità surrogata, ipotesi in contrasto con l'ordine pubblico, risulterebbe evidente che la funzione ed i compiti dell'ufficiale di stato civile avrebbero subito un ampliamento notevole, ben oltre le competenze assegnate dal regolamento dello stato civile, tanto da alimentare dubbi e perplessità sia riguardo a poteri di indagine estranei alle sue funzioni e che non appaiono certamente

[16] Si ricorda che "Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio è un atto unilaterale, spontaneo ed irrevocabile del genitore… Caratteristica del riconoscimento è la usa spontaneità, stante l'assoluta discrezionalità del genitore nell'effettuarlo": così SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2016, p. 334.

legittimi, sia anche alla professionalità necessaria per valutare documentazioni medico sanitarie o procedure estranee al servizio di stato civile. Non è questo il ruolo dell'ufficiale di stato civile e non possono certamente ipotizzarsi competenze che non lo riguardano: è chiamato a verificare che gli atti formati all'estero non siano contrari all'ordine pubblico, in base alla documentazione che riceve e, considerando che la maternità surrogata è stata riconosciuta ipotesi contraria all'ordine pubblico, qualora rilevi dalla documentazione formata all'estero la sussistenza di tale fattispecie, dovrà rifiutare la trascrizione dell'atto.

È anche il caso di ricordare che le ipotesi di maternità surrogata sono sicuramente più frequenti tra le coppie eterosessuali che si recano all'estero per avere un figlio generato da una partoriente a contratto[17], figlio che, in questo caso, potrebbe avere un legame genetico con il padre (se fosse lui il donatore) ma non ne avrebbe con la madre d'intenzione, moglie o compagna del padre.

In sostanza, la contrarietà all'ordine pubblico del ricorso alla maternità surrogata, apre scenari limitanti anche per le coppie eterosessuali, non solamente per le coppie dello stesso sesso, in quanto risulterebbe impedita la possibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione formato in base alla procedura incriminata. Tuttavia non può non rilevarsi una disparità di trattamento tra coppie omosessuali femminili e coppie omosessuali maschili: "*Questa impostazione porta da un lato, come si è già notato, a rimarcare le differenze tra riconoscimento dell'atto di nascita di bambino nato dal progetto di una coppia di uomini attuato grazie a gravidanza per altri, da quello del riconoscimento dell'atto di nascita di bambino nato dal progetto di una coppia di donne attuato grazie a fecondazione eterologa all'estero*"[18]. Solamente le seconde potranno, con il ricorso ad una procedura analoga alla fecondazione eterologa, vedersi riconosciuto il rapporto di filiazione pieno, come avvenuto nel caso della sentenza Cassazione n. 19599 del 30/9/2016, mentre le prime, cioè le coppie maschili, incontre-

[17] Sono abbastanza frequenti le segnalazioni da parte della nostra autorità diplomatica o consolare in Ucraina di situazioni che lasciano ipotizzare il ricorso alla maternità surrogata da parte di coppie italiane: le segnalazioni vengono trasmesse all'ufficiale dello stato civile insieme all'atto di nascita del bimbo, precisando che dai visti sul passaporto e dal periodo di permanenza della donna che nell'atto di nascita viene indicata come madre, si hanno molti e fondati sospetti dell'utilizzo della procedura di maternità surrogata. Tale segnalazione, che non può impedire la trascrizione dell'atto di nascita da parte dell'ufficiale dello stato civile, viene inviata anche al Procuratore della Repubblica, al quale compete la verifica e l'eventuale azione penale.

[18] FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit.

ranno un limite fisiologico nel fatto che solamente uno dei due uomini potrà aver fecondato l'ovulo "*Ancor più grave appare la discriminazione tra figli di coppie femminili e maschili. È evidente, tra l'altro, che, in assenza della donna che ha partorito e non intende assolutamente rivestire il ruolo di madre, il minore si ritroverà necessariamente privo di un genitore. Il padre "affettivo" - suggerisce la presente sentenza - potrebbe chiedere l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d), L. n. 184/1983, più volte ricordato, ma ciò non eliminerebbe, se non parzialmente, la disparità di trattamento*"[19].

In effetti, anche il richiamo all'adozione di minore in casi particolari, prevista come possibilità per tutelare comunque il minore e garantire il mantenimento del legame giuridico formatosi all'estero, non sembra poter soddisfare quella coppia che si era rivolta all'estero per ottenere una figlio anche attraverso procedure di gestazione per altri, soprattutto tenendo presente che "*Tale adozione è ben altra cosa rispetto alla dichiarazione di genitorialità che invece corrisponde perfettamente all'adozione "piena" (riservata nel nostro ordinamento alle coppie eterosessuali coniugate): si scioglie ogni legame con la famiglia di origine; il minore entra a tutti gli effetti in quella dei genitori come se fosse nato entro il loro matrimonio; l'adottato costituisce un rapporto legale con tutti gli altri membri della famiglia; l'adozione è irrevocabile; tutti elementi estranei all'adozione in casi particolari, assimilabile invece a quella di maggiorenni*"[20]. Al contrario, l'adozione di cui all'art. 44 delle legge 184/1983 non instaura un rapporto di filiazione[21], tanto che qualora vi fossero dei genitori naturali, questi permangono come tali ed il cognome dell'adottato si aggiunge a quello

[19] DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri*, cit.

[20] DOGLIOTTI, *ibidem.*

[21] In proposito, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2016, p. 432: "Fino ad oggi, dunque, l'adozione in casi particolari si è conformata all'adozione di maggiorenne disciplinata dal codice civile ed anche con riguardo agli effetti è sempre stata assimilata ad essa. In proposito, si deve rilevare che, ove l'art. 74 c.c. – nella sua nuova formulazione ed in particolare con riferimento all'eccezione prevista con riguardo ai figli adottivi maggiori di età – non dovesse estensivamente applicarsi anche all'adozione in casi particolari, si avrebbe l'abrogazione implicita del combinato disposto dell'art. 55 l. adoz. e delle norme del codice civile da esso richiamate, abrogazione di cui non solo non vi è traccia nella l. 219/2012, ma che finirebbe anche per stravolgere gli effetti dell'adozione in casi particolari, che verrebbe sostanzialmente equiparata a quella ordinaria". Analogamente SASSI, SCAGLIONE, STEFANELLI, *Le persone e la famiglia. La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2018, p. 343: "... solo i bambini adottati ai sensi del Titolo II, l. adozione vedono costituirsi, per conseguenza dello status di figlio matrimoniale degli adottanti, anche i vincoli con le loro famiglie, ai sensi del novellato art. 74. L'adozione

dell'adottante "*Difficile pensare che l'adozione in casi particolari prevista dalla L. n. 184/1983 sia in grado di assicurare quella tutela "pronta ed effettiva" che la Corte EDU ha indicato come condizione necessaria che debbono soddisfare gli strumenti che gli Stati sono tenuti a predisporre per garantire il diritto del bambino nato da gestazione per altri al riconoscimento del legame con il genitore intenzionale*[22]".

Resta il fatto che l'interesse preminente del minore, che nelle sentenze precedenti aveva avuto talmente rilevanza da derogare qualsiasi elemento di contrarietà all'ordine pubblico, subisce un ridimensionamento importante a favore del divieto di maternità surrogata, che assurge a norma inderogabile di ordine pubblico, in quanto posto a tutela della dignità della donna, contro ogni possibile sfruttamento del corpo della donna. Dunque, tra i due interessi in gioco, quello del minore di mantenere il rapporto di filiazione instauratosi all'estero e quello di garantire tutela e rispetto della dignità della donna, le Sezioni Unite danno prevalenza a quest'ultimo aspetto, cercando di salvaguardare l'interesse del minore attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari.

3. La giurisprudenza più recente, dalla Corte costituzionale ai giudici di merito

La Corte costituzionale interviene più volte, in materia di genitorialità *same-sex* dopo le Sezioni Unite della Cassazione.

Il primo intervento della Corte costituzionale è la sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, che ha confermato la legittimità costituzionale delle norme della legge 40/2004 che impediscono l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie dello stesso sesso. La Corte ricorda che è compito del legislatore stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso di specifiche tecniche debba essere garantito sempre e comunque o se, invece, debba essere soggetto ad alcuni limiti, precisando che la legge 40/2004 ha adottato una linea restrittiva. Infatti, tali tecniche

in casi particolari è retta invece dalla regole dettate per l'adozione di maggiorenni, in ragione del rinvio operato dall'art. 55, l. n. 184/1983 all'art. 300 c.c., e dunque costituisce il vincolo solo nei riguardi dell'adottante, con effetti anche rispetto ai diritti successori, che sono quelli disciplinati dall'art. 304 c.c. ...". Tuttavia, è doveroso segnalare che il quadro giuridico dell'adozione *ex* art. 44 l. n. 184/1983 è cambiato a seguito della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 28 marzo 2022.

[22] FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit.

vengono viste strumento per eliminare la sterilità umana o l'infertilità dovute a cause patologiche e non come modo per realizzare sempre e comunque il desiderio di genitorialità alternativa al concepimento naturale. Inoltre, la normativa in questione, prevede *"…, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre*…". Infatti, "*l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale*". La Corte poi ricorda che il fatto che un divieto posto da una nostra normativa possa essere eluso recandosi all'estero, non può certamente rappresentare motivo per dubitare della sua legittimità costituzionale, né la normativa straniera più favorevole può indurre ad una modifica di quella interna, altrimenti vi sarebbe una costante necessità di adeguamento delle nostre norme a quelle di altri Paesi.

Successivamente la Corte costituzionale è chiamata ancora ad intervenire, con la sentenza n. 237 del 15 novembre 2019, nella quale, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Pisa, in merito alle disposizioni che non consentono la registrazione di un atto di nascita in cui due genitori dello stesso sesso si dichiarino tali nei confronti di un figlio di nazionalità straniera, tuttavia precisa ancora "*Ad opposte conclusioni neppure può poi condurre la successiva legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), che – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore. Dal rinvio che il comma 20 dell'art. 1 di detta legge opera alle disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l'adozione legittimante*"[23].

[23] Corte cost., sentenza 15 novembre 2019 n. 237.

Dopo circa un anno, la Corte costituzionale si pronuncia ancora con sentenza n. 230 del 4 novembre 2020, respingendo l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di Venezia, il quale aveva rigettato il ricorso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di registrare la nascita da genitori dello stesso sesso: il Tribunale, riconosciute giuridicamente fondate le motivazioni addotte nell'atto di rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile, aveva espresso dubbi sulla legittimità costituzionale dell'insieme delle norme che impediscono la genitorialità a coppie dello stesso sesso, rimettendo gli atti alla Corte costituzionale affinché potesse decidere al riguardo. La Corte costituzionale, con la sentenza 230/2020, conferma la legittimità delle norme in esame[24], precisando che il limite previsto dalla legge 40/2004, non consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie dello stesso sesso: "*Ma occorre pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie «di sesso diverso», atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*[25]*. Tanto è espressamente disposto dall'art. 5 della citata legge n. 40 del 2004: norma della quale non è possibile l'interpretazione adeguatrice pretesa dalle ricorrenti medesime*"[26].

La Corte costituzionale sembra ampliare il proprio orientamento con la sentenza n. 32 del 9 marzo 2021 nella quale, nell'affrontare il tema della maternità surrogata e della tutela del superiore interesse del minore, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sottoposte al proprio esame, ma ha esortato il legislatore ad un sollecito intervento nelle materie in discussione. "*...questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia*". Il caso riguarda due donne conviventi, che hanno fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita all'estero: il bambino nasce in Italia e viene formato l'atto di nascita con una sola madre

[24] In proposito, sia consentito rinviare a CALVIGIONI, *La Corte costituzionale conferma il divieto di genitorialità per le coppie dello stesso sesso*, in *I Servizi Demografici*, n. 12/2020, p. 30.

[25] In proposito, DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile*, in *Famiglia e diritto*, 2021, p. 697: "… dovrebbe ammettere la Consulta che qualcosa di errato c'è, una lacuna dell'ordinamento, un paradosso insopportabile: una fecondazione eterologa in uno Stato straniero, voluta da due donne, con formazione all'estero dell'atto di nascita, con l'indicazione delle due madri, avrà efficacia in Italia, ma lo stesso atto non potrà essere emesso nel nostro Paese."

[26] Corte cost., sentenza 4 novembre 2020 n. 230.

che, successivamente, rifiuta il consenso al riconoscimento dell'altra donna. Questa chiede al Tribunale per l'autorizzazione al riconoscimento che tenga luogo del consenso mancate ed il giudice solleva una questione di legittimità costituzionale di quelle norme che non consentirebbero la filiazione da genitori dello stesso sesso. Nella sentenza della Corte costituzionale c'è "*un'indubbia critica del suo precedente: là dove la sentenza n. 230 riteneva sostanzialmente raggiunto, allo stato della nostra legislazione, il migliore interesse del minore, con la possibilità di adozione in casi particolari, essa esamina le notevoli differenze, che già si sono evidenziate tra tale adozione e quella legittimante (meglio dire "piena", visto che il figlio "legittimo" non esiste più: solo quello nato nel matrimonio o fuori di esso)*"[27]. Tuttavia, dalla sentenza della Corte costituzionale non sembra emergere alcuna indicazione che possa consentire ai giudici di merito di disapplicare le norme che la stessa Corte non ha dichiarato illegittime "*Nella sentenza n. 32/2021 la Corte costituzionale dà atto dell'esistenza della divergenza di interpretazione tra i giudici di merito, pur non potendo prendere posizione sulla loro correttezza. In tal modo ed in relazione a casi analoghi, viene violata la fondamentale esigenza di eguaglianza che impone di mettere tutti i figli nella medesima condizione*"[28]. Si tratta di un aspetto del quale si dovrebbe tener conto: le diverse interpretazioni dei giudici di merito, come il diverso comportamento dell'ufficiale di stato civile (sul quale torneremo più avanti) alimentano delle disparità di trattamento pur in presenza di identiche situazioni, che vanno esattamente in senso contrario al riconoscimento di diritti fondamentali della persona umana, quali quello della filiazione.

Con la stessa data del 9 marzo 2021, la Corte costituzionale si pronuncia ancora con la sentenza n. 33: esamina i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Corte di Cassazione civ., Sez. 1, dell'insieme delle disposizioni che non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un rapporto di filiazione conseguente a maternità surrogata. Anche tale decisione si conclude con l'esortazione al legislatore ad intervenire "*Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte*

[27] DOGLIOTTI, *Due madri e due padri*, cit., p. 698.

[28] CHIAPPETTA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1825-le-sentenze-della-corte-costituzionale-n-32-e-n-33-del-2021-e-l-applicabilita-dell-art-279-c-c.

non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore." Tuttavia, dalla lettura della sentenza, compare una particolare attenzione al superiore interesse del minore, "*… che merita - e su tale affermazione ammiratori e detrattori delle sentenze n. 32/2020 e n. 33/2020 non potrebbero che essere d'accordo - maggior protezione, essa necessariamente si pronuncerà per la loro fondatezza, con conseguente dichiarazione additiva di incostituzionalità delle norme relative*"[29].

La mancata decisione della Corte costituzionale, in attesa di un intervento legislativo che non sembra possa avvenire in tempi brevi, lascia aperta ed irrisolta la situazione dei minori e delle coppie dello stesso sesso che chiedono il riconoscimento della filiazione, in molti casi attraverso la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, in altri casi presentandosi a rendere la dichiarazione di nascita e/o di riconoscimento di filiazione dell'evento avvenuto in Italia. "*Nell'attesa che il legislatore intervenga, i giudici - a partire proprio dai remittenti - si troveranno a dover decidere questioni relative allo status dei figli di coppie omogenitoriali. Come dovranno decidere? Dovranno applicare una regola iuris di cui la Corte ha già rilevato il contrasto con la Costituzione o non dovranno invece dare una interpretazione costituzionalmente orientata che garantisca in modo ottimale il diritto del bambino ad avere due genitori, coloro che ne hanno voluto la nascita e che sono responsabili della sua formazione?*"[30]. In proposito appare molto fondato, al fine di garantire la necessaria tutela del minore, il richiamo all'art. 279 c.c. "In ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio nato fuori del matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione….": si tratta di una normativa che può essere appli-

[29] DOGLIOTTI, *Due madri e due padri*, cit., p. 703. In proposito, anche FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Famiglia e diritto*, 2021, p. 710: «Si deve poi notare che la Corte non si limita a richiamare "la tutela del preminente interesse del minore" come principio di rilevanza costituzionale interna ed europea, ma mette al centro dell'attenzione i "diritti del bambino" garantiti dagli artt. 2, 30, 31 Cost.: "i suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità"; il suo diritto "a crescere in famiglia", cui fa riscontro l'obbligo degli Stati "di rendere effettivi tali diritti", di "garantire la stabilità dei legami e delle relazioni" del minore con "tutte le persone" con cui "abbia instaurato un rapporto stretto"».

[30] FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto*, cit., p. 711.

cata genericamente in qualsiasi situazione nella quale non sia possibile proporre azione per il riconoscimento giudiziale di filiazione e sicuramente potrebbe tutelare adeguatamente il minore. "*L'art. 279 c.c. contempla l'azione per l'accertamento in via incidentale del rapporto di filiazione finalizzata ad attribuire la responsabilità genitoriale senza la costituzione formale del relativo status. Non è richiesto il consenso del genitore giuridico per la promozione o la prosecuzione dell'azione. Pertanto, l'attribuzione della genitorialità "sostanziale" ex art. 279 c.c. non può essere impedita dalla volontà contraria del genitore giuridico (diversamente dall'art. 46, l. 184 del 1983 per l'adozione in casi particolari). Legittimato attivo è il figlio o, nel suo interesse se minore, il genitore che esercita la responsabilità genitoriale o un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero. La disciplina si applica "In ogni caso" di impossibilità di proporre l'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità e richiede l'autorizzazione giudiziale al fine di verificare l'interesse del figlio*"[31].

In realtà, dopo le suddette sentenze della Corte costituzionale, alcune situazioni sono già state portate all'attenzione dei giudici e, come era facile attendersi, le risposte sono state contrastanti. Il Tribunale di Reggio Emilia con decreto del 28 aprile 2021, su ricorso del Procuratore della Repubblica, ha annullato il riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio, da parte della seconda madre unita civilmente con la madre partoriente, che era stato ricevuto dall'ufficiale dello stato civile, ricordando che la "*sentenza n. 32 del 2021, pur riconoscendo che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno realizzato il progetto creativo, ha ritenuto di non poter porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela del minore, essendo compito del legislatore, nell'esercizio della sua facoltà discrezionale, trovare* «*..un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti nel rispetto della dignità della persona umana*..». Il Tribunale ha concluso precisando che "*In attesa di tale intervento, peraltro, le norme sopra richiamate, costituenti un oggettivo ostacolo normativo al riconoscimento*

[31] CHIAPPETTA, *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., che precisa, inoltre, "Il ricorso ai diritti ex art. 30 cost. sanciti nell'art. 279 c.c. senza l'attribuzione dello *status filiationis* può ritenersi adeguato a tutelare l'interesse concreto dei bambini e a garantire l'effettività e la celerità della sua messa in opera, in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con il genitore intenzionale. Essa potrebbe garantire il diritto alla continuità affettiva, anche in attesa di una disciplina organica della materia dell'attribuzione dello *status filiationis* formale e/o sostanziale".

della minore J da parte di YY devono considerarsi vigenti e questo Collegio non può sottrarsi alla loro applicazione"[32].

A soluzione opposta giunge la Corte di Appello di Cagliari con decreto del 29 aprile 2021, che conferma il precedente decreto del Tribunale di Cagliari: viene respinto il ricorso del Ministero dell'Interno e Prefettura di Cagliari, tramite l'Avvocatura dello Stato, con il quale era stato impugnato l'atto di nascita nel quale veniva riconosciuta la filiazione da parte di due madri. La decisione della Corte di Appello, molto dettagliata ed articolata, conferma la necessità evidenziata dalla Corte costituzionale "… *di una tutela immediata dell'interesse preminente del minore alla bigenitorialità, a vedersi cresciuto da entrambe le persone, a prescindere dal sesso, che ne hanno voluto la nascita e che si sono assunte nei suoi confronti le relative responsabilità*…"[33].

Con riferimento alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, particolarmente importante la recente decisione del Tribunale di Milano del 23 settembre 2021 relativa ad una filiazione da genitori dello stesso sesso formata all'estero, negli Stati Uniti: si tratta di due gemelli il cui atto di nascita di ognuno, reca le generalità della coppia formata da due uomini come genitori. La richiesta di trascrizione degli atti di nascita veniva respinta dall'ufficiale dello stato civile invocando la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 12193, in quanto la fattispecie in esame corrispondeva esattamente a quella affrontata dalle Sezioni Unite e, pertanto, veniva richiamata la contrarietà all'ordine pubblico riportata nella suddetta sentenza. In realtà, proprio in applicazione di quella sentenza, l'ufficiale dello stato civile avrebbe dovuto effettuare una trascrizione parziale, trascrivendo cioè l'atto di nascita, con le generalità complete del minore come riportate nell'atto, indicando il primo genitore ed omettendo le indicazioni del genitore d'intenzione, dandone comunicazione al medesimo: in tal modo, in ogni caso, il minore avrebbe avuto il proprio atto di nascita trascritto, la propria identità sarebbe stata rispettata, il genitore d'intenzione avrebbe avuto la possibilità di scegliere tra impugnare il rifiuto parziale e l'omissione dei propri dati come genitore, con ricorso in Tribunale, ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000, oppure avviare una richiesta di adozione ai sensi dell'art. 44 della legge 184/1983, secondo la soluzione suggerita

[32] Tribunale di Reggio Emilia, decreto del 28 aprile 2021.

[33] Corte di Appello di Cagliari, decreto 29 aprile 2021. La sentenza è stata cassata dalla Corte di Cassazione Sez. I, con ordinanza n. 7413 del 7 aprile 2022, con rinvio alla Corte di Appello di Cagliari in diversa composizione, accogliendo il ricorso dell'Avvocatura di Stato, a conferma che il nostro ordinamento non consente la formazione di atti di nascita e/o riconoscimento di filiazione da genitori dello stesso sesso.

dalle Sezioni Unite. In ogni caso, la trascrizione parziale avrebbe fornito una tutela al minore, anche se non quella sperata dai genitori, consentendo la registrazione del minore non solamente tramite la trascrizione dell'atto di nascita, ma anche attraverso la registrazione anagrafica, così da poter esercitare tutti i diritti conseguenti: la scelta dell'ufficiale dello stato civile di rifiutare la trascrizione dell'intero atto di nascita, impone necessariamente ai genitori di chiedere l'intervento del Tribunale per ottenere il riconoscimento della filiazione così come avvenuta all'estero.

Il Tribunale di Milano ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale della materia iniziando, ovviamente, dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019, ricorda che "*la CEDU ha affermato il diritto del bambino nato a mezzo di maternità surrogata al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, sicché l'ordinamento nazionale deve prevedere la possibilità di riconoscere una relazione genitore-figlio con il genitore (in quel caso era la madre) cd. intenzionale*"[34], ed afferma subito che tale principio deve trovare applicazione anche nel caso specifico dei due padri, in nome del superiore interesse del minore e del diritto a salvaguardare la relazioni con entrambi. Viene poi richiamata la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale che ha ricordato che la soluzione alla richiesta di tutela del minore non può essere l'adozione ex art. 44 legge 184/1983, in quanto non risulta una misura adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali applicabili al caso, sollecitando l'intervento del legislatore: il Tribunale di Milano ritiene di non poter attendere un intervento legislativo lasciando che la tutela dei minori resti, in tal modo, sospesa a tempo indeterminato, affermando che le sentenze della Corte costituzionale n. 32/2021 e 33/2021, abbiano in realtà confutato la sentenza n. 12193 delle Sezioni Unite, facendo emergere un vuoto normativo che, fino a quando non interverrà una specifica normativa, dovrà essere colmato dai giudici di merito, valutando la migliore soluzione a tutela dei minori "incolpevoli" nei confronti di coloro che hanno contribuito alla loro nascita. Il Tribunale, pertanto, ritiene che nel caso specifico, "*sulla scorta dei rilievi sollevati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004 possa consentire, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, la trascrizione dell'atto di nascita originario dei minori* [omissis] *e* [omissis] *nella loro integrità, con indicazione di entrambi i ricorrenti quali genitori, poiché nel caso di specie può essere escluso, sulla scorta della documentazione in atti che vi sia stata una concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela*

[34] Tribunale di Milano, 23 settembre 2021.

dei diritti dei nati e deve essere invece tutelato l'interesse dei minori che dalla nascita sono inserito nel nucleo familiare dei ricorrenti a fruire del diritto pieno (allo stato non altrimenti assicurabile se non con la trascrizione dell'atto di nascita) di essere "mantenuti, istruiti, educati ed assistiti moralmente"[35], e conseguentemente, dopo aver riconosciuto illegittimo il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, ordina al medesimo di trascrivere gli atti di nascita dei minori con l'indicazione di entrambi i genitori.

Si comprende facilmente come si tratti di una decisione fortemente innovativa che deroga il concetto di contrarietà all'ordine pubblico della specifica fattispecie definito nel 2019 dalle Sezioni Unite della Cassazione, interpretando in senso contrario a tale decisione quello che neanche la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo. È opportuno evidenziare che "*In assenza di ripensamento da parte delle sezioni unite sui principi affermati in materia di trascrizione dell'atto fondato sulla* surrogacy, *il giudice che ordina la trascrizione di un siffatto atto di nascita introduce una deroga a questi principi, fondata sull'analisi dei soli interessi individuali in evidenza, sia pure al meritevole fine di tutelare il* best interest of the child, *ma con uno strumento che risulta inappropriato perché sacrifica gli altri interessi di carattere generale in gioco*"[36] e forse si sarebbe potuto rimettere la questione nuovamente alla Corte costituzionale auspicando una pronuncia in grado di bilanciare gli interessi in gioco, tra il superiore interesse del minore, l'inerzia del legislatore, la necessità di mantenere in vita o dichiarare costituzionalmente illegittime alcune norme. È doveroso sottolineare che "*Nelle more dell'intervento del legislatore o della Corte costituzionale, va invece evitata, a nostro avviso, la chiamata alle armi dei giudici di merito, anche al fine di scongiurare soluzioni che, sulla base delle esigenze del caso concreto, risultino contrastanti e contraddittorie. La pronuncia della Corte costituzionale n. 33/2021 ha chiaramente ribadito la natura pubblicistica del divieto di maternità surrogata e non legittima – come peraltro è stato affermato – alcun «ripensamento della nozione di ordine pubblico fatta propria dalle Sezioni unite, per il diverso bilanciamento tra i valori in gioco» suggerito dalla prima sezione civile. Anzi, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto la piena legittimità della soluzione offerta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione,*

[35] Tribunale di Milano, 23 settembre 2021.

[36] RUSSO, *Maternità surrogata e trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero: il ruolo dei giudici di merito dopo l'intervento della Consulta. Nota a Trib. Milano 23.9.2021*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/2083-maternita-surrogata-e-trascrizione-dell-atto-di-nascita-formato-all-estero-il-ruolo-dei-giudici-di-merito-dopo-l-intervento-della-consulta-nota-a-trib-milano-23-9-2021?hitcount=0.

in ordine alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero e, a fortiori, dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il c.d. padre d'intenzione"[37], ricordando che anche l'interpretazione costituzionalmente orientata, può facilmente indurre i giudici di merito a soluzioni non univoche, senza alcuna garanzia che quell'interpretazione applicata sarebbe realmente la soluzione approvata dalla Corte costituzionale[38].

4. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile e l'infondatezza della dichiarazione di illegittimità del rifiuto dello stesso

Il primo aspetto che colpisce l'ufficiale dello stato civile è l'affermazione contenuta nella decisione del Tribunale di Milano (ma non solo, si rinviene anche in altre sentenze sulla stessa tematica) che dichiara "illegittimo" il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto di nascita da genitori dello stesso sesso o di registrarne la nascita od il riconoscimento in Italia: si tratta di un'affermazione particolarmente grave, che può avere conseguenze rilevanti per l'ufficiale dello stato civile e denota soprattutto la scarsa conoscenze delle funzioni e del ruolo dell'ufficiale dello stato civile e, ancora di più, dei limiti normativi che incontra nello svolgimento della propria attività, che non possono certamente essere derogati. L'ufficiale di stato civile svolge una funzione amministrativa priva di discrezionalità, vincolata dalle norme di legge, e perfino dalle circolari ministeriali, come ricordano espressamente anche le Sezioni Unite nella sentenza n. 12193 in un passo che richiameremo più avanti: deve solamente applicare

[37] MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1703-la-corte-costituzionale-interviene-sui-diritti-del-minore-nato-attraverso-una-pratica-di-maternita-surrogata-brevi-note-a-corte-cost-9-marzo-2021-n-33.

[38] "In effetti, l'interpretazione della giurisprudenza non possiede un'autorità legislativa e, soprattutto, secondo l'insegnamento degli stessi giudici di legittimità, non può correggere o sostituire la *voluntas legis*, dovendosi arrestare di fronte al limite di tolleranza ed elasticità segnato dal significante testuale della norma, nell'ambito del quale questa, di volta in volta, adegua il suo contenuto… A tale limite di tolleranza ed elasticità della norma soggiace anche l'interpretazione costituzionalmente orientata". Così MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene*, cit. Il ricorso ad interpretazioni costituzionalmente orientate è stato fortemente criticato dalla Corte di Cassazione, Sez I civ., nell'ordinanza n. 6383 del 25 febbraio 2022, per la quale sia consentito rinviare a R. CALVIGIONI, *In Italia non è consentita la registrazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione*, in *Famiglia e Diritto* n. 6/2022, p. 583.

le normative vigenti, registrare gli atti di stato civile secondo le formule appositamente emanate dal Ministero dell'Interno, seguire le istruzioni del Ministero diffuse con le circolari. Il compito dell'ufficiale dello stato civile non è quello di interpretare le norme vigenti, né di tenere conto delle diverse interpretazioni sostenute dagli avvocati di parte, né disapplicare specifiche disposizioni dando risalto al superiore interesse del minore, principio invocato anche dalle due recenti sentenze ma non al punto da dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme che non lo rispettino adeguatamente. Ma, soprattutto, come può essere illegittimo il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile che ha semplicemente applicato l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione? Oppure che ha applicato le norme non dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, oltretutto regolarmente applicate anche da qualche Tribunale, come quello di Reggio Emilia sopra citato? O, ancora, la cui tesi avversa al rifiuto viene argomentata con una sentenza di 50 pagine come nel caso della Corte di Appello di Cagliari, oltretutto successivamente cassata dalla Corte di Cassazione, pensando forse che l'ufficiale di stato civile possa fare altrettanto? O, forse, si pretende che l'ufficiale di stato civile possa tenere un comportamento, diverso da quello previsto dalle norme che lo riguardano, su una fattispecie nella quale dal 30 settembre 2016 ad oggi la giurisprudenza, a qualsiasi livello, ha sostenuto tesi diverse e contrastanti? Ovviamente, nulla vieta che il giudice possa liberamente decidere, invocando qualsiasi interpretazione costituzionalmente orientata, ma un conto che lo faccia l'autorità giudiziaria, come rientra nelle proprie competenze, altra cosa che si voglia pretendere lo faccia l'ufficiale di stato civile, il quale si vede tacciato di rifiuto "illegittimo" solamente per aver svolto il ruolo e le funzioni di sua spettanza, senza superare i limiti normativi che disciplinano il suo operato. Inoltre, si ricorda che non è necessario che venga dichiarato "illegittimo" il provvedimento dell'ufficiale dello stato civile per poterlo rimuovere, ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000, essendo sufficiente che venga ordinata dal giudice la trascrizione o la formazione dell'atto e, ai fini della rettificazione dell'atto, la sussistenza della "…*corrispondenza fra la realtà del fatto e la sua riproduzione nell'atto suddetto, cioè tra il fatto, quale è nella realtà (o quale dovrebbe essere nell'esatta applicazione della legge) e quale risulta dall'atto dello stato civile*"[39]. In altre parole, si deve valutare "*...la tipologia di sindacato spettante all'ufficiale dello stato civile, certamente non equiparabile a quello dell'autorità giudiziaria in un'azione di stato...*"[40] senza poter pretendere che l'ufficiale dello stato civile debba effettuare

[39] Corte di Cassazione civ., Sez. I, 15 maggio 2019 n. 13000.
[40] Corte di Cassazione civ., Sez. I, 15 maggio 2019 n. 13000.

quelle valutazioni non uniformi e spesso contrastanti dei tribunali, a pena di declaratoria di "illegittimità" del proprio provvedimento. In conclusione, è auspicabile che il Tribunale valuti i limiti operativi dell'ufficiale dello stato civile, ordini la trascrizione e la rettificazione degli atti ove lo ritenga, ma tenga conto che non può pretendere dallo stesso ufficiale di stato civile un comportamento in contrasto con le normative vigenti: quello sarebbe certamente "illegittimo", perché significherebbe che l'ufficiale dello stato civile si è sostituito al giudice, che ha svolto un ruolo diverso da quello che gli compete quale semplice autorità amministrativa.

Per quanto sopra esposto, è' evidente che l'ufficiale dello stato civile si trova a svolgere un ruolo di primissimo piano nel dare concreta attuazione alla sentenza delle Sezioni Unite, nel momento in cui riceva un atto di nascita proveniente dall'estero nel quale risulti la filiazione da genitori dello stesso sesso, oppure riceva una sentenza od un provvedimento straniero che riconosce il secondo genitore dello stesso sesso del primo, integrando l'atto di nascita. È doveroso ricordare che anche le Sezioni Unite sottolineano i limiti operativi dell'ufficiale di stato civile chiamato ad uniformarsi obbligatoriamente alle istruzioni impartite dal Ministero dell'Interno: "*Com'è noto, la competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, già spettante al Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 13 del r.d. n. 1238 del 1939, è stata in seguito trasferita al Ministero dell'interno, al quale l'art. 9 del d.P.R. n. 396 del 2000 attribuisce il potere di impartire istruzioni agli ufficiali dello stato civile, nonché la vigilanza sui relativi uffici, da esercitarsi attraverso il prefetto: pur non essendo certo che questi poteri costituiscano espressione di un rapporto di gerarchia in senso proprio, tale da consentire al Ministero di annullare gli atti compiuti dagli ufficiali di stato civile (cfr. le contrastanti pronunce del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 1/12/2016, n. 5047; 4/11/2015, n. 5043; 26/10/2015, nn. 4897 e 4899*[41]*) è pacifico che le predette istruzioni rive-*

[41] Non vengono ricordate a conferma dell'attività vincolata dell'ufficiale di stato civile: Cons. Stato, Sez. III, sent. 13-26 ottobre 2016, n. 4478; Cons. Stato, Sez. III, sent., 1° dicembre 2016, n. 5048; ma soprattutto, dalla stessa Corte Cass., Sez. I, 14 maggio 2018, n. 11696, che ha precisato "…si tratta dell'esercizio di una funzione certificativa a carattere dichiarativo del tutto priva di discrezionalità amministrativa, in quanto regolata esclusivamente da norme legislative o regolamentari che ne pongono in luce la vincolatività. Il potere di rifiuto della trascrizione dell'atto, se contrario all'ordine pubblico, si colloca all'interno dell'esercizio di una funzione amministrativa vincolata dal momento che il parametro alla luce del quale verificare la coerenza o la non conformità a tale canone deriva da un complesso tessuto costituzionale, convenzionale e legislativo e più specificamente, per gli uffi-

stono carattere vincolante per questi ultimi, ai quali è espressamente imposto l'obbligo di uniformarvisi, e ciò al fine di assicurare il regolare svolgimento del servizio e l'unità d'indirizzo nell'interpretazione di disposizioni dalla cui applicazione discendono effetti determinanti per la tutela dei diritti sia personali che patrimoniali"[42].

In ogni caso, negli atti e documentazione proveniente dall'estero, l'ufficiale dello stato civile dovrà verificare che non sussista contrarietà all'ordine pubblico, come richiesto dall'art. 18 del d.P.R. 396/2000 e poiché risulterà un rapporto di filiazione da genitori dello stesso sesso, dovrà verificare che tale contrasto con l'ordine pubblico non derivi da maternità surrogata, secondo la definizione di ordine pubblico data dalla Cassazione Sezioni Unite con la sentenza n. 12193/2019, cioè "*costituita dal fatto che una donna presta il proprio corpo (ed eventualmente gli ovuli necessari al concepimento) al solo fine di aiutare un'altra persona o una coppia sterile a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione ed al parto per conto della stessa, ed impegnandosi a consegnarle il nascituro*"[43].

Nella pratica, possono presentarsi diverse ipotesi e sono sicuramente notevoli le difficoltà che incontrerà l'ufficiale dello stato civile nel comprendere e valutare se trattasi di maternità surrogata e quale sia il genitore che anche secondo il nostro ordinamento possa essere considerato tale e salvaguardato, rispetto a quello che dovrà essere omesso nella trascrizione dell'atto di nascita, o se invece entrambi i genitori debbano essere conservati nella trascrizione e restino tali anche per il nostro ordinamento.

Pur con tutti i dubbi e le perplessità, nel momento in cui riceverà un atto di nascita proveniente dall'estero nel quale risulti la filiazione da genitori dello stesso sesso, l'ufficiale dello stato civile dovrà valutare se trattasi di fecondazioni eterologa o di surrogazione di maternità: nel primo caso, potrà procedere alla trascrizione dell'atto di nascita e registrazione del rapporto di filiazione derivante da genitori dello stesso sesso. Qualora, invece, risulti una procedura di maternità surrogata, o gestazione per altri, cioè una donna che ha messo a disposizione il proprio utero ed ha portato

ciali di stato civile, dalle prescrizioni, per essi cogenti, contenute nelle circolari del Ministero degli Interni al riguardo. L'ulteriore indice della natura vincolata della funzione svolta e della correlata situazione di diritto soggettivo del richiedente la trascrizione si può cogliere nella giurisdizione del giudice ordinario e nell'articolazione del rapporto tra organo giudicante e ufficiale dello stato civile così come previsto dalla norma."

[42] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 2019 n. 12193.

[43] Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 8 maggio 2019 n. 12193.

avanti la gravidanza per singoli o coppie eterosessuali od omosessuali, trattandosi di fattispecie contraria all'ordine pubblico secondo la sentenza delle Sezioni Unite, l'atto di nascita non potrà essere trascritto e l'ufficiale dello stato civile dovrà opporre rifiuto. In tale evenienza, qualora dalla documentazione che fosse stata presentata dovesse risultare che sussiste un legame genetico o biologico tra il neonato ed il genitore dichiarato tale nell'atto di nascita, anche per il nostro ordinamento potrà essere riconosciuta la validità del rapporto di filiazione di tale genitore, mentre non potrà essere riconosciuta nei confronti del genitore cosiddetto d'intenzione, il quale dovrà essere omesso nella trascrizione dell'atto di nascita, dandone formale comunicazione per l'eventuale impugnazione, a meno che, anche in tal caso, non risulti un legame genetico o biologico con il minore. La stessa procedura dovrà essere applicata anche qualora insieme o successivamente all'atto di nascita fosse presentato un provvedimento formato all'estero nel quale risulti un rapporto di filiazione che presenti le suddette caratteristiche, sia cioè conseguenza ad una surrogazione di maternità: in ogni caso, si tratterebbe di fattispecie contraria all'ordine pubblico, non riconoscibile né trascrivibile.

Occorre in ogni caso tenere conto del fatto che l'ufficiale dello stato civile è obbligato ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno (art. 9 d.P.R. 396/2000) il quale, pur non emanando alcuna circolare in proposito, tuttavia ha risposto a quesiti che sono stati presentati dagli uffici comunali, in maniera molto netta e chiara, sostenendo che in caso di trascrizione di atto di nascita dall'estero da genitori dello stesso sesso, l'ufficiale dello stato civile, esclusa ipotesi di maternità surrogata, potrà riportare solamente il genitore con il quale sussista legame genetico o biologico, omettendo i dati dell'altro genitore, cosiddetto d'intenzione, il quale potrà impugnare il rifiuto in tal senso dell'ufficiale dello stato civile con ricorso ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. 396/2000, oppure agire per l'adozione di minori in casi particolari ai sensi dell'art. 44 del d.P.R. 396/2000. Tale posizione, espressa nelle risposte ai quesiti subito dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019, è sempre rimasta tale, in quanto la posizione ministeriale, in assenza di normativa, non può risentire degli orientamenti diversi e spesso contrastanti della giurisprudenza: a conferma e difesa di tale indirizzo, il Ministero si è spesso costituito in giudizio tramite l'Avvocatura dello Stato, nelle controversie relative alla filiazione da genitori dello stesso sesso.

Risulta evidente quanto sia difficile la posizione degli ufficiali di stato civile, vincolati da un orientamento ministeriale che rispecchia la posizione

delle Sezioni Unite, ed esposti alle richieste degli interessati, alle contestazioni degli avvocati di parte, alle decisioni contrastanti dell'autorità giudiziaria, senza dimenticare le scelte politiche dei sindaci o almeno di quei sindaci che hanno deciso di fare un uso strumentale e politico del servizio dello stato civile, il cui ordinamento non era certamente pensato per resistere a tali pressioni. Da tempo assistiamo a sindaci che, in veste di ufficiali di stato civile ricevono dichiarazioni di nascita e/o riconoscimento di filiazione da genitorialità omosessuale, pure consapevoli di non avere alcuna disposizione normativa che lo consenta[44], alimentando disparità di trattamento tra cittadini, mentre il servizio di stato civile deve riconoscere diritti e status, laddove esistenti, a qualsiasi cittadino, a prescindere da quale sia l'ufficiale dello stato civile chiamato in causa.

La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite doveva aver posto un limite ben definito al riconoscimento e trascrizione degli atti di nascita formati all'estero da genitori dello stesso sesso, escludendo tale possibilità in presenza di surrogazione di maternità, svolgendo il proprio ruolo nel garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto: tuttavia, "*... il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost, è soggetto solo alla legge. Dunque, il Tribunale o la Corte d'Appello, investiti di analoga questione, potrebbero esprimere contrario avviso (possibilmente con argomentazioni ampie ed approfondite e non, come peraltro qualche volta accade, con affermazioni apodittiche ...), in una fruttuosa dialettica che rafforza e non indebolisce il diritto vivente*"[45]. Abbiamo visto come, in effetti, questo è proprio quello che è avvenuto con un continuo susseguirsi di giurisprudenza contrastante, fino al richiamo ad un intervento del legislatore al quale ben pochi credono[46].

In ogni caso, l'orientamento dei giudici di merito potrà essere decisivo anche nei futuri comportamenti degli ufficiali di stato civile: basterebbe pensare al comune che si è visto rigettare dal Tribunale di Milano il rifiuto

[44] Basterebbe ricordare che nella famosa sentenza n. 19599/2016 nella quale la Corte di Cassazione Sez. I civ. riconosceva la filiazione avvenuta all'estero da parte di due madri, la stessa Corte aveva precisato che la formazione dell'atto di nascita con due madri non sarebbe stata consentita in Italia, "Nel presente giudizio, infatti, non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere".

[45] DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri*, cit.

[46] Basterebbe pensare alla disciplina del cognome spettante al figlio: la Corte costituzionale aveva esortato il legislatore ad intervenire già con la sentenza n. 61/2006, era intervenuta poi con sentenza n. 286/2016, ma ad oggi silenzio assoluto da parte del legislatore.

contro la trascrizione dell'atto di nascita con due padri, il cui ufficiale di stato civile, qualora si presentasse una analoga richiesta, potrebbe forse opporre un altro rifiuto, che dovrebbe essere impugnato di fronte allo stesso Tribunale che aveva dichiarato illegittimo il precedente? L'esito del ricorso sarebbe scontato e l'ufficiale dello stato civile si troverebbe forse a subire anche la condanna alle spese.

Senza dimenticare che il limite di ordine pubblico derivante dalla surrogazione di maternità potrebbe coinvolgere moltissime coppie eterosessuali – e sono la maggior parte con numeri molto importanti – che utilizzano tale tecnica da tempo, tanto che basta una semplice ricerca su internet per trovare pacchetti comprensivi di tutto che vengono offerti da operatori di molti Paesi stranieri, Ucraina in testa, per rendersi conto di quanto il fenomeno sia diffuso e quante coppie eterosessuali possano avere, nel corso degli anni, utilizzato tale tecnica, rientrando in Italia con il figlio partorito da gestante per conto dei genitori e con l'atto di nascita nel quale il figlio veniva dichiarato della coppia, senza alcuna menzione della gestante. Ma anche in presenza di tali situazioni l'ufficiale dello stato civile non dovrebbe rimanere insensibile e, dopo la sentenza della Sezioni Unite, non più limitarsi alla trascrizione e segnalazione al Procuratore della Repubblica come avveniva solitamente prima dell'intervento della Cassazione ma, ricevuto l'atto dalla nostra autorità consolare, accompagnato della dichiarazione della stessa che ritiene trattarsi di ipotesi di maternità surrogata, rifiutare la trascrizione invocando la contrarietà all'ordine pubblico, o almeno rifiutarla parzialmente nei confronti della donna indicata come madre, rispettando l'indicazione del padre in quanto legato da rapporto genetico con il neonato.

In conclusione, una tematica sicuramente non conclusa, sulla quale dovremo aspettarci ancora altri interventi, nella quale gli ufficiali di stato civile saranno chiamati a svolgere un ruolo di primissimo piano, che richiede una professionalità sempre più elevata, nel difficile equilibrio tra il riconoscimento dei diritti dei cittadini e rispetto delle normative vigenti.

CRISTINA CAMPIGLIO

SURROGAZIONE DI MATERNITÀ TRANSNAZIONALE E LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il contenzioso familiare "di ritorno". – 3. Il caso barese (2009). – 4. Il caso milanese (2016) e l'intervento della Corte costituzionale (2017). – 5. Il caso trentino (2017) e il principio di diritto enunciato dalla Cassazione (2019). – 6. Il caso veneziano (2018) e il monito della Corte costituzionale (2021). – 7. La recente decisione del Tribunale di Milano (2021). – 8. Conclusioni: ordine pubblico e interesse superiore del minore.

1. Considerazioni introduttive

La moltiplicazione delle controversie transnazionali ha determinato, nel tempo, l'ingresso nel nostro ordinamento di istituti sconosciuti. Questo fenomeno di ibridazione ordinamentale - noto come *cross-fertilization* - è risultato particolarmente evidente nel campo del diritto di famiglia che, condizionato da fattori socio-culturali e religiosi, è il settore giuridico più caratterizzante dello Stato.

La contaminazione è stata favorita dallo sviluppo di una nuova forma di turismo, che potremmo definire bioetico-giuridico, dal nostro Paese verso Stati improntati all'individualismo, alla privatizzazione dei rapporti e in definitiva al soddisfacimento degli interessi del singolo. In altre parole, un numero sempre maggiore di italiani si è mosso verso Paesi europei o extraeuropei allo scopo di ottenere ciò che in patria è vietato: e, al rientro, ha avanzato richiesta di riconoscimento dei provvedimenti ottenuti, ponendo l'ordinamento di fronte al "fatto compiuto".

Come la stessa Corte costituzionale ha rimarcato, "(i)n assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere

che regolano la stessa materia"[1]. Spetta all'interprete pertanto operare, caso per caso, un bilanciamento tra gli interessi in gioco e decidere se e in quale misura riconoscere effetti ai provvedimenti esteri, escogitando eventualmente soluzioni adattative (anche in termini di *downgrade recognition*[2]) a tutela dei valori ordinamentali identitari.

2. Il contenzioso familiare "di ritorno"

Dapprima concentrato sul matrimonio tra persone dello stesso sesso[3], il contenzioso "di ritorno" si è presto spostato verso la genitorialità svincolata dal dato biologico. Come rimarcato dalla Corte di Cassazione[4] si deve infatti prendere atto che "la procreazione nella società della globalizzazione presenta un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare, che, addirittura, mediante l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche dopo la morte di uno dei due partners, finisce con il superare il confine terreno dell'unità coniugale, ma che, comunque, non può prescindere dall'importante ruolo della 'responsabilità' genitoriale, che passa da esercizio di un diritto alla procreazione allo svolgimento di una 'funzione' genitoriale".

[1] Corte cost., 23 ottobre 2019 n. 221 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 548, con nota di BARONE), punto 14. La Corte ha ritenuto infondata la censura secondo cui la normativa che preclude alle coppie omosessuali l'accesso alla procreazione assistita darebbe luogo a una ingiustificata disparità di trattamento in base alle capacità economiche, facendo sì che l'aspirazione alla genitorialità possa essere realizzata da quelle sole, tra le coppie omosessuali, che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi alle necessarie pratiche mediche in uno dei Paesi esteri che le consentono.

[2] Lo stesso legislatore ha d'altronde "declassato" a unione civile il matrimonio estero tra persone del medesimo sesso. L'art. 32 *bis* l. n. 218/1995 dispone infatti: "Il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana".

[3] Il primo caso è quello deciso da Trib. Latina, 10 giugno 2005 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, p. 86, con nota di BILOTTA), successivamente da App. Roma, 13 luglio 2006 (in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 166) e infine da Cass., 15 marzo 2012, n. 4184 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, p. 588, con nota di FERRARI, FIORATO). Per una sintesi degli interventi della Suprema Corte, della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia e della Corte EDU sugli effetti in Italia del matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II Statuto personale e diritti reali, 5ª ed., Utet, 2019, p. 81 ss.

[4] Cass., 15 maggio 2019, n. 13000 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, p. 1282, con nota di FACCIOLI; e in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 27, con nota di GIUNCHEDI). Il caso riguardava il figlio nato a seguito di fecondazione *post mortem* effettuata all'estero mediante l'utilizzo del seme criocongelato del padre.

Proprio come era già avvenuto per il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in Stati stranieri da nostri connazionali, anche in relazione al riconoscimento degli *status* genitoriali ottenuti all'estero in virtù di norme più liberali di quelle italiane (in materia di procreazione medicalmente assistita ma anche di adozione) l'alto numero di cause pare finalizzato anzitutto a ottenere interventi giudiziari adattativi o a creare i presupposti per adire un'alta corte (Cassazione, Corte costituzionale, Corte di Giustizia, Corte EDU). Ma mira altresì a portare all'attenzione dell'opinione pubblica e del mondo politico emergenti diritti legati a tematiche altamente divisive.

La magistratura si è così trovata costretta a colmare i vuoti legislativi nell'ambito di un contenzioso di interesse pubblico (strategico) che vede "il contatto tra cittadini e istituzioni … mediato dall'intervento del potere giurisdizionale il quale … raccoglie le istanze della comunità e sollecita l'intervento del potere legislativo"[5].

Dopo quello barese del 2009[6], numerosi sono ormai i provvedimenti relativi allo *status* della madre committente di figli nati all'estero da maternità surrogata, pratica penalmente sanzionata dalla l. 19 febbraio 2004 n. 40 recante ""Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" (art. 12, comma 6°)[7]. Si sono poi moltiplicati, a partire dal provvedimento torinese del 2014[8], i casi di trascrizione di atti di nascita a seguito di fecon-

[5] MAGISTÀ, Public interest litigation*: origini e prospettive*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1.

[6] App. Bari, 13 febbario 2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699. Per un commento v. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, *ibidem*, 2009, p. 589. Sulla problematica si è pronunciata anche Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, p. 236, con nota di BENANTI. Per una rassegna giurisprudenziale v., tra altri, TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070, spec. p. 1080 ss.

[7] La l. 40/2004 è stata oggetto di ripetuti interventi da parte della Corte costituzionale che ha censurato – anche alla luce dei parametri sovranazionali – le scelte più restrittive: v. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481.

[8] App. Torino, 29 ottobre 2014 (in *Giur. it.*, 2015, p. 1344, con nota di CRISTIANI; e in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 822, con nota di FARINA), confermata da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 (in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 372, con nota di PALMERI, e in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 813).

dazione eterologa con l'indicazione di due madri e - sull'onda di una decisione milanese del 2015[9] - i provvedimenti di riconoscimento di adozioni estere omoparentali. L'ultima frontiera è stata varcata a Trento dove nel 2017[10] è stata riconosciuta efficacia al provvedimento straniero di rettifica dell'atto di nascita (da maternità surrogata) con l'indicazione di due padri: a un provvedimento cioè doppiamente contrastante con la l. n. 40/2004 che, come noto, vieta - oltre alla surroga di maternità - il ricorso alla medicina riproduttiva da parte di coppie del medesimo sesso (art. 5).

[9] App. Milano, 16 ottobre 2015, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, p. 725, con nota di BENANTI. Il caso riguardava il figlio nato da fecondazione eterologa, riconosciuto dalla madre italiana sposata in Spagna con un'altra italiana, la quale aveva poi adottato il bambino. Relativamente a coppie omoaffettive femminili v. altresì Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro italiano*, 2018, 2717 (che ha rigettato il ricorso contro App. Napoli, 30 marzo 2016, con cui erano state riconosciute ex art. 67 l. n. 218/1995 le sentenze francesi di adozione incrociata di due donne, ordinandone la trascrizione nei registri degli atti di nascita). Tra altre si vedano, relativamente a coppie *same-sex* maschili, App. Milano, 5 ottobre 2016, reperibile su *www.rivistafamilia.it*; Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 559, con nota di PERRINO; Cass., 16 giugno 2017, n. 14987, in *Foro italiano*, 2017, 2280; e App. Genova, 1° settembre 2017, in *Famiglia e diritto*, 2018, p. 149, con nota di E. PESCE. Ricordo che la Convenzione europea in materia di adozione dei minori del 27 novembre 2008, in vigore dal 2011, si occupa di adozione da parte di coppie eterosessuali (sposate o meno) e di single, ma prevede la possibilità per gli Stati di estendere la disciplina alle coppie dello stesso sesso (sposate, unite civilmente o di fatto). La Convenzione, ratificata ad oggi da dieci Stati, è stata firmata da altri otto ma non dall'Italia. Cfr. tra altri ROSSOLILLO, *Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 335.

[10] App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 994, con nota di CALDERAI; e in *Famiglia e diritto*, 2017, 669, con nota di BARUFFI. Si segnalano i successivi decreti di Trib. Livorno, 14 novembre 2017, reperibile nella banca dati *DeJure* (che ordina la rettifica degli atti di nascita con indicazione dei due padri conformemente agli atti di nascita californiani) e Trib. Roma, 11 maggio 2018, reperibile su *www.articolo29.it*. Particolare è il caso affrontato da App. Milano, 28 ottobre 2016 (reperibile su *www.articolo29.it*) che riguarda la nascita su commissione, da parto gemellare, di due bambini, figli di uomini diversi. Nell'atto di nascita i bambini, non riconosciuti dalla madre, sono indicati come gemelli pur avendo padre diverso e portano il doppio cognome (del padre e del partner). L'ufficiale di stato civile rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita per contrarietà all'ordine pubblico, decisione confermata dal Tribunale di Milano. La Corte d'appello invece, rifacendosi anche alla citata (*supra* nota 8) Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, ritiene irrilevanti le modalità illecite di concepimento e ordina la trascrizione con indicazione del riconoscimento paterno da parte di ognuno dei genitori, con la conservazione del doppio cognome imposto al momento della nascita conformemente alla legge californiana: resta anche l'indicazione "gemelli" in quanto partoriti contemporaneamente (pur senza vincoli paterni). Cfr. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 839 e, in tema di ordine pubblico, p. 855.

L'esito di queste vicende è dipeso dalla ricostruzione più o meno ampia del limite dell'ordine pubblico (artt. 64 e 65 l. 31 maggio 1995 n. 218 recante "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato")[11], la cui portata è andata nel tempo mutando e arricchendosi di valori sovranazionali. Oltre ai principi portanti dell'ordinamento italiano, infatti, il limite include oggi i principi internazionali, a partire dai diritti fondamentali proclamati dalla CEDU[12] e *in primis* del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (art. 14 CEDU e art. 1 Protocollo addizionale n. 12 del 2000). Un ruolo centrale ha assunto poi l'interesse superiore del minore, sancito nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989[13] (art. 3) e poi incluso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24). Il rapporto del *best interest of the child* – nella sua triplice valenza: sostanziale, procedurale e interpretativa-sistematica[14] – con altri valori fondamentali, interni ma anche internazionali, è tuttora controverso[15]. Ci si chiede in particolare se, in nome della protezione del minore, sia possibile allargare le maglie della rete di protezione dell'ordinamento costituita dal limite dell'ordine pubblico sino a riconoscere rapporti in principio inaccettabili.

Nelle pagine che seguono si cercherà di ricostruire tale rapporto con riferimento specifico alla surrogazione di maternità.

[11] Il limite è previsto anche dal d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 ("Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile"), il cui art. 18 recita: "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico".

[12] Cfr. GUZZI, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, in *La Comunità internazionale*, 2016, p. 377.

[13] Alla Convenzione, entrata in vigore a livello internazionale il 2 settembre 1990, è stata data esecuzione in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. Nel nostro Paese la Convenzione è in vigore dal 5 ottobre 1991.

[14] "The best interests of the child: a right, a principle and a rule of procedure": questo l'*incipit* del General Comment no. 4 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Article 3 para 1), CRC/C/GC/14, 29.05.2013: cfr. parr. 1 ss.

[15] 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, p. 81; BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello* status filii *in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e dir. internazionale*, 2016, p. 309; TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070; CAMPIGLIO, *Della tirannia del* best interest of the child*. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 1415.

3. Il caso barese (2009)

Il primo caso portato all'attenzione dei giudici italiani – già lo si è anticipato - risale al 2009[16] e riguarda una coppia italo-inglese che aveva stipulato in Inghilterra due contratti di surroga di maternità. Gli atti di nascita con indicazione della madre surrogata, regolarmente trascritti in Italia, erano stati successivamente rettificati a seguito di *parental order* inglese che attribuiva la maternità alla committente italiana: di tale *parental order* veniva chiesto il riconoscimento ai fini della rettifica degli atti di nascita anche in Italia. La Corte d'appello di Bari riconosce il provvedimento inglese non ravvisando al riguardo alcun contrasto con il limite dell'ordine pubblico. Premesso che "il solo fatto che la legislazione italiana vieta oggi (ma non quando i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il fatto che essa è ispirata al principio (tra l'altro, tendenziale e, in taluni casi, derogabile …), della prevalenza della maternità 'biologica' su quella 'sociale', non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale", i giudici baresi rilevano l' "evidente … gravissimo pregiudizio" che deriverebbe ai figli dal mancato riconoscimento dei provvedimenti inglesi, "a fronte del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi vivono, come figli" della madre d'intenzione. Oltre all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 vengono richiamati, da un lato, l'art. 8 CEDU che - nella lettura fattane dai giudici di Strasburgo – tutela il diritto alla continuità degli *status* validamente acquisiti all'estero; dall'altro, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla libera circolazione delle persone e del relativo *status*[17]. La decisione non viene impugnata.

4. Il caso milanese (2016) e l'intervento della Corte costituzionale (2017)

Nel 2016 è la Corte d'appello di Milano[18] a pronunciarsi sulla trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato in India da padre italiano e madre surrogata indiana, con ovulo di donatrice anonima. Il bambino era

[16] Vedi *supra* nota 6.

[17] In particolare si richiama Corte Giust, 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello* (in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 2009, nota di CASTORINA) che riguarda la trasmissione del cognome dei genitori ai figli.

[18] App. Milano, 25 luglio 2016, in *Foro italiano*, 2016, 3258.

stato riconosciuto dalla moglie del padre. Il Tribunale di Milano aveva autorizzato l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 264, comma 2°, cod. civ., nominando un curatore speciale. La madre committente impugnava la decisione, da un lato rilevando la non contrarietà del riconoscimento all'ordine pubblico internazionale (stante la diffusione in molti Paesi della pratica della maternità surrogata), dall'altro prospettando l'illegittimità dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, nella parte in cui pone il divieto assoluto di maternità surrogata, in relazione agli artt. 2, 3, 13, 29, 31 e 32 della Costituzione. Dopo aver chiarito che "la questione in esame non concerne la liceità della pratica della surrogazione, ma i diritti del bambino da tale pratica nato", i giudici milanesi si interrogano sul rapporto tra i valori fondanti dell'assetto ordinamentale italiano - quali il *favor filiationis* e il *favor veritatis* - e il "concreto interesse del minore, nel rispetto del diritto alla sua vita privata, a mantenere o meno il riconosciuto *status* di filiazione materna". Sul presupposto che "la contrarietà del mantenimento dello *status filiationis* all'ordine pubblico non potrebbe comunque essere ricavata dal divieto di maternità surrogata … non potendo la norma imperativa italiana, da sola, esprimere il principio di ordine pubblico di riferimento, dovendo aversi riguardo … all'ordine pubblico internazionale (così assumendo inevitabile rilievo l'esistenza di paesi, anche della compagine europea, che consentono il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità)", i giudici valutano la questione anche sotto altra angolazione, declinando il concetto di ordine pubblico con riferimento all'interesse superiore del minore, per concludere nel senso della irrilevanza nel caso in esame della presunta incostituzionalità dell'art. 264 comma 2°, cod. civ. Prospettabile viene ritenuta invece "una diversa questione di legittimità costituzionale che pone al centro l'interesse del nato da ricorso a surrogazione di maternità effettuata all'estero, secondo le leggi del paese dove quella pratica è consentita, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita. Il dubbio di costituzionalità deriva dalla formulazione dell'art. 263 cod. civ. - non prevedendo tale norma che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso - in stretta connessione con l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, da considerare 'diritto vivente', che esclude possa ravvisarsi un conflitto tra *favor minoris* e *favor veritatis*".

La Corte costituzionale, nel 2017[19], si pronuncia dunque sulla costituzionalità dell'art. 263 cod. civ. sottolineando che l'accertamento della verità biologica e genetica non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi al bilanciamento con altri interessi. "Vi sono dei casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata." Tuttavia, anche quando il legislatore ha preso posizione, "l'interesse del minore non è per questo cancellato" e l'interprete non può esimersi dal bilanciamento, tenendo conto di una serie di "variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso". La Corte arriva così alla conclusione che la questione è infondata in quanto spetta all'interprete trovare la soluzione nei singoli casi concreti.

5. Il caso trentino (2017) e il principio di diritto enunciato dalla Cassazione (2019)

Qualche mese prima della pronuncia della Consulta, la Corte d'appello di Trento si pronunciava per la prima volta sulla surrogazione di maternità nell'ambito di una coppia dello stesso sesso[20]. L'ufficiale dello stato civile si era infatti rifiutato di trascrivere il provvedimento con cui un giudice canadese aveva disposto l'integrazione dell'atto di nascita canadese di due bambini - nati da un italiano e da una canadese – con il nome del marito del padre quale genitore e secondo padre. I giudici trentini ordinavano la trascrizione non ravvisando alcuna contrarietà all'ordine pubblico. Il Procuratore Generale della Repubblica, il Sindaco di Trento e il Ministero dell'Interno portavano successivamente la questione all'esame della Cassazione che si pronunciava a sezioni unite[21] con sentenza n. 12193 del 2019.

[19] Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 547, con note di GORGONI e SALANITRO; e in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1830, con nota di FALLETTI.

[20] V. *supra* nota 10.

[21] Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, p. 741, con nota di SALANITRO; e in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 653, con nota di DOGLIOTTI, FERRANDO; e in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 369.

Si tratta di una sentenza molto lunga e complessa in cui la Corte, traendo spunto dalle considerazioni svolte nella controversa sentenza n. 19599 del 2016 relativa alla trascrizione di un atto di nascita estero con indicazione di doppia maternità[22], prende posizione in ordine alla c.d. costituzionalizzazione dell'ordine pubblico, teoria secondo la quale il parametro di riferimento sarebbe costituito - non dalle norme con cui il legislatore ordinario esercita la propria discrezionalità in una materia (norme tra cui la sentenza n. 19599/2016 aveva annoverato la l. n. 40/2004) ma - dai soli principi costituzionalmente vincolanti per il legislatore[23]. La Suprema Corte prospetta una versione attenuata della suddetta teoria, includendo nell'ordine pubblico i principi, pur non espressamente sanciti dalla Costituzione, che rispondono a esigenze universali di tutela dei diritti fondamentali. Riconoscendo la complementarità delle fonti internazionali rispetto alla Carta costituzionale, la Corte "internazionalizza" in certa misura l'ordine pubblico ricomprendendovi i valori condivisi dalla comunità internazionale, senza tuttavia sminuire il peso della legislazione ordinaria (in quanto "strumento di attuazione di valori consacrati nella Costituzione": è il caso in particolare della l. 4 maggio 1983, n. 184 sul "Diritto del minore ad una famiglia") e della giurisprudenza.

In altri termini, la valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico deve essere effettuata "alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane

[22] V. *supra* nota 8. Con sentenza 15 novembre 2019 n. 237, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità (sollevata da Trib. Pisa, 15 marzo 2018) relativa a una serie di disposizioni – tra cui gli artt. 5 e 8 l. n. 40/2004 – che precludono la formazione in Italia di un atto di nascita con indicazione della doppia maternità. Nella fattispecie, l'ufficiale dello stato civile si era rifiutato di ricevere la dichiarazione di nascita in Italia di un minore nato, a seguito di fecondazione eterologa in Danimarca, nell'ambito del progetto genitoriale di due donne (una italiana e l'altra statunitense) sposate negli Stati Uniti. Per un commento v. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie* same-sex*: norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 563.

[23] SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 25; FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra "costituzionalizzazione attenuata" e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1137. Si vedano altresì le osservazioni di MARONGIU BUONAIUTI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell'ordine pubblico*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, II, Napoli, 2019, p. 1075.

dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico" [24]. E poiché la l. n. 40/2004, sebbene priva di contenuto costituzionalmente vincolato, è "costituzionalmente necessaria" in quanto posta a tutela della dignità umana, i divieti ivi sanciti - quale in particolare quello della maternità surrogata - rientrano nel limite dell'ordine pubblico.

Ne consegue che il riconoscimento del provvedimento straniero, che imputa la doppia paternità del figlio nato da madre surrogata, "trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità prevista dall'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione … valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione"[25].

Ma può l'interesse superiore del minore, già preso astrattamente in considerazione dal legislatore, essere rimesso in gioco dall'interprete nello specifico caso concreto? E in tal caso, gioca come componente del limite dell'ordine pubblico, da bilanciare con altri valori di pari rango, o si configura piuttosto come contro-limite all'ordine pubblico, in ragione della sua universalità (e, potremmo aggiungere, della sua natura consuetudinaria a livello internazionale[26])?

Secondo la Cassazione l'interesse del minore "è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto … viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione,

[24] In questo senso la Corte si era già espressa, sempre a sezioni unite, pronunciandosi sulla compatibilità con l'ordine pubblico della previsione dei danni punitivi nei sistemi di *common law*: Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, p. 1399, con nota di GRONDONA; e in *Giurisprudenza italiana*, 2017, p. 1787, con nota di DI MAJO.

[25] A conclusioni opposte, ossia a favore della prevalenza dell'interesse del minore alla continuità della relazione genitoriale, arriva Trib. Roma, in due sentenze di pari data 11 febbraio 2020, reperibili su *www.articolo29.it*.

[26] Il fatto che la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo sia stata ratificata da ben 196 Stati testimonia la pressoché universale accettazione dei principi ivi previsti. Merita di essere ricordato che tra i pochi Paesi che non hanno ratificato la Convenzione figurano gli Stati Uniti.

segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica". L'interesse superiore del minore è una componente dell'ordine pubblico ma si sottrae al bilanciamento ad opera dell'interprete nel singolo caso in quanto il bilanciamento è già stato operato una volta per tutte dal legislatore nella l. n. 184/1983. Il che significa che, in nome dell'interesse superiore del minore, è possibile conferire rilievo al rapporto genitoriale d'intenzione solo "mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1°, lett. *d*), l. n. 184/1983".

La compatibilità di questa soluzione con gli obblighi derivanti dall'art. 8 CEDU è avallata del resto dalla Corte di Strasburgo[27] secondo cui lo Stato può legittimamente disincentivare i propri cittadini dall'espatriare per ricorrere a tecniche riproduttive vietate in patria, a patto che ciò non si rifletta negativamente sui nati. Lasciarli privi di uno *status filii* significherebbe creare loro difficoltà quanto all'attribuzione della cittadinanza, al mantenimento della residenza con il genitore d'intenzione e ai diritti successori: non solo, ma lederebbe il diritto di conoscere le proprie origini. In linea generale, l'impossibilità assoluta di stabilire il legame di filiazione con la committente è insomma incompatibile con il superiore interesse del minore. Lo Stato deve pertanto prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con la committente indicata come madre nell'atto di nascita straniero, soprattutto quando tra la committente e il nato sussiste un

[27] Corte EDU, parere 10 aprile 2019, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2019, p. 757, con nota di GRASSO. Per un commento, v. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 418. Il primo quesito posto dalla Cour de Cassation di Parigi riguardava la possibilità per lo Stato, nell'ambito del proprio margine di apprezzamento, di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita estero da cui risulta la maternità della committente (anche fornitrice dell'ovulo), consentendone invece la trascrizione per quanto riguarda il committente geneticamente legato al nato. Il secondo quesito concerneva, in caso di rifiuto della trascrizione dell'atto, la possibilità per la madre d'intenzione di adottare il figlio del marito, stabilendo così un rapporto di filiazione. Si tratta del primo parere che la Corte europea ha emanato sulla base delle regole che consentono agli Stati di chiedere un parere consultivo alla Corte (Protocollo addizionale CEDU n. 16 del 2 ottobre 2013). Il parere si riferisce al noto caso Mennesson già oggetto della sentenza della Corte EDU 26 giugno 2014 (*infra* nota 47). Ad esito della pronuncia della Corte EDU, la Cour de cassation parigina ha consentito la trascrizione dell'atto di nascita estero anche nella parte in cui imputa la genitorialità alla madre d'intenzione, reputando quella di adozione una procedura troppo lunga e dunque non in linea con le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo in relazione all'art. 8 CEDU.

vincolo genetico. Non è tuttavia necessaria la trascrizione dettagliata del certificato di nascita estero: al riguardo lo Stato conserva infatti margine di apprezzamento[28]. È comunque nell'interesse del minore che la situazione di incertezza circa il proprio *status* venga risolta "il più rapidamente possibile": ciò non significa che il riconoscimento dello *status* debba avvenire sin dalla nascita, essendo sufficiente che avvenga quando la relazione madre-figlio si sia tradotta in una realtà concreta (la cui verifica spetta al giudice nazionale). Una soluzione suggerita dalla Corte è il ricorso all'istituto dell'adozione, nel corso della cui procedura dovrà essere valutato il concreto interesse del minore.

6. Il caso veneziano (2018) e il monito della Corte costituzionale (2021)

Nel 2018 la Corte d'appello di Venezia[29] affronta un caso analogo a quello trentino: il caso di un bambino nato in Canada a seguito di impianto in una madre surrogata di un embrione formato con gameti di donatrice anonima e di italiano sposato in Canada con un concittadino. L'atto di nascita canadese, indicante come genitore il solo padre biologico, veniva successivamente rettificato con provvedimento della Corte Suprema della British Columbia che dichiarava la genitorialità di entrambi i coniugi. Di qui la richiesta di rettifica dell'atto anche in Italia. A fronte del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile i coniugi si rivolgono alla Corte d'appello di Venezia chiedendo il riconoscimento del provvedimento canadese ai sensi dell'art. 67 l. n. 218/1995. La Corte accoglie il ricorso ritenendo che il divieto della surroga di maternità non integri un principio di ordine pubblico, trattandosi di una scelta non costituzionalmente imposta. Al contrario, "l'ordine pubblico segnala l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello *status* e dei mezzi di tutela di cui possa validamente giovarsi in base alla legislazione nazionale applicabile, e in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari e al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale, garantendo la crescita, l'equilibrio affettivo e la realizzazione della persona. Contrario all'ordine pubblico risulterebbe quindi, all'opposto, che, fuori dal territorio dello stato di nascita, nel territorio

[28] Ciò è stato ribadito, proprio in una causa relativa ancora una volta la Francia, da Corte EDU, 12 dicembre 2019 (decisione), ric. n. 1462/18 e n. 17348/18, *C. ed E. c. Francia*, reperibile tramite la banca dati della Corte *https://hudoc.echr.coe.int*.

[29] App. Venezia, 16 luglio 2018, in *Quotidiano giuridico*, 2018.

dello Stato Italiano, di cui pure possiede la cittadinanza, il minore venga privato dei suoi riferimenti genitoriali e venga esposto ad una condizione giuridica del tutto diversa con evidente pregiudizio dei rapporti e riferimenti familiari, con incidenza esterna anche sulla rappresentanza e responsabilità sul minore".

Né può essere considerata contraria all'ordine pubblico la circostanza che il minore abbia due genitori dello stesso sesso "posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso con gli effetti di cui all'art. 4 della legge 164 del 1982".

L'Avvocatura dello Stato presenta ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore. La prima sezione civile della Cassazione prende atto dell'intervenuto deposito della sentenza delle sezioni unite 8 maggio 2019, n. 12193, che – come si è appena visto – invoca il limite dell'ordine pubblico, ma dubita della compatibilità di tale principio di diritto con una pluralità di parametri costituzionali. Solleva quindi con ordinanza del 29 aprile 2020[30] questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, dell'art. 64, comma 1°, lett. g) l. n 218/1995, e dell'art. 18 d.p.r. n. 396/2000 [31] "nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico".

La Corte costituzionale si pronuncia nel 2021 con la sentenza n. 33[32] chiarendo anzitutto che ad essere in discussione non è il preteso "diritto

[30] Ordinanza iscritta al n. 99 del registro ordinanze 2020, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 35, prima serie speciale, 2020.

[31] Vedi *supra* nota 11.

[32] Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 33, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 609. I passi riportati si leggono ai punti 5.5, 5.7 e 5.9. Il caso controverso riguardava una maternità commissionata da due uomini italiani uniti in matrimonio in Canada. La Corte d'appello di Venezia, con decisione del 16 luglio 2018, ordinava la rettifica dell'atto di nascita in Italia con l'indicazione genitorialità di entrambi i coniugi. L'Avvocatura dello Stato presenta ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore. La prima sezione civile della Cassazione prende atto dell'intervenuto deposito della sentenza delle sezioni unite 8 maggio 2019, n. 12193, che – come si è visto *supra* al par. 5 – invoca

alla genitorialità" (di cui si è fatto interprete il legislatore nel 2004[33]) né la riprovazione di chi è ricorso a una pratica sanzionata dall'ordinamento, ma è la tutela del bambino[34] e specificamente il suo interesse al riconoscimento giuridico del legame di filiazione con entrambe le figure che hanno condiviso il progetto genitoriale e hanno poi continuativamente accudito il minore stesso. Questo interesse non può essere considerato "automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco" ma deve essere bilanciato con altri diritti fondamentali: se così non fosse, si verificherebbe la sua illimitata espansione e quello del minore "diverrebbe *tiranno* nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità delle persone". Detto altrimenti, l'interesse superiore del minore finirebbe,

il limite dell'ordine pubblico, ma dubita della compatibilità di tale principio di diritto con una pluralità di parametri costituzionali. Solleva quindi con ordinanza del 29 aprile 2020 (iscritta al n. 99 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 35, prima serie speciale, 2020) questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, dell'art. 64, comma 1°, lett. g) l. n 218/1995, e dell'art. 18 d.p.r. n. 396/2000 "nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico".

[33] L'art. 1 ("Finalità") della legge n. 40/2004 al riguardo è molto chiaro: "1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità". La Corte costituzionale, con sentenza n. 96 del 2015, ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1° e 2°, e 4, comma 1°, della legge, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1°, lett. b), l. 22.5. 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche".

[34] Cfr. FERRANDO, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 937, a p. 938.

di fatto, "per assecondare un progetto genitoriale disapprovato dall'ordinamento"[35] al punto da essere penalmente sanzionato[36]. Ma, d'altra parte, ogni soluzione che precludesse al bambino qualsiasi possibilità di riconoscere giuridicamente il suo rapporto con coloro che ne hanno voluto la nascita e lo hanno poi accudito, "sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

La Corte tiene a precisare che "(i)l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori … - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi

[35] BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 919, a p. 923.

[36] "… a fare da contraltare a quello del minore la Corte non chiama immediatamente l'interesse della donna a non essere sfruttata e pregiudicata nella propria dignità nel sottoporsi alla gestazione per conto altrui e nella rinuncia alla prole una volta che sarà nata. Vi contrappone, piuttosto, lo 'scopo legittimo' … dell'ordinamento di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri … In sostanza, il contro-interesse in gioco è lo scopo dello Stato di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità … e il mezzo per realizzare tale intento è impedire la trascrizione del provvedimento giudiziario straniero che attribuisce al padre (o alla madre) intenzionale la qualità di genitore legale del bambino nato attraverso la gestazione per altri. Tuttavia, questa finalità di politica del diritto trova il suo strumento di attuazione nella previsione della surrogazione di maternità come fattispecie di reato". Così, criticamente, si esprime VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità* same-sex*: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 949, a p. 954. Vale la pena di ricordare che negli anni sono state presentate diverse proposte di legge volte a estendere la giurisdizione italiana ai casi di maternità commissionata da italiani all'estero. Sulle proposte più recenti si veda PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), Camera dei deputati*, in *Sistema penale*, 2021: secondo l'autore l'approvazione di una proposta di legge volta ad ampliare l'ambito di applicazione del reato di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 ai fatti commessi all'estero "rappresenterebbe una scelta di politica criminale distonica rispetto alla direzione tracciata dalla Corte costituzionale sul terreno degli effetti civili, che non possono mai pregiudicare gli interessi del minore rispetto a condotte poste in essere dai genitori" (par. 3.3).

su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore" e arginare la logica del fatto compiuto in nome di un astratto interesse del minore alla formalizzazione di un vincolo *de facto*[37].

Di qui l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 e delle altre norme che subordinano il riconoscimento di atti stranieri alla compatibilità con l'ordine pubblico.

Una pronuncia di incostituzionalità avrebbe del resto creato un pericoloso vuoto normativo. E un intervento additivo, con conseguente esercizio di discrezionalità, avrebbe interferito nelle prerogative del Parlamento e rischiato di creare disarmonie nel sistema complessivo. La Corte opta pertanto per una sentenza di "monito rinforzato"[38] (da cui traspare comunque la dubbia costituzionalità della disciplina) e rimette la questione "in prima battuta" al legislatore tracciando peraltro già una pista e di fatto limitandone la discrezionalità[39]. Certo è che l'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1°, l. n. 184/1983 non rappresenta una forma adeguata di tutela, e che l'intervento del legislatore non può essere procrastinato. L'inerzia del Parlamento costringerebbe i giudici a continui interventi "ortopedici"[40] e la stessa Corte costituzionale potrebbe essere nuovamente chiamata ad esprimersi: e questa volta potrebbe farlo in termini di incostituzionalità.

7. La recente decisione del Tribunale di Milano (2021)

Il giorno successivo alla decisione della Corte costituzionale, l'Ufficiale di stato civile del Comune di Milano, invocando il principio di diritto

[37] Cfr. BILOTTI, *La tutela* cit., pp. 919-920.

[38] Così D'AMICO, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 930, a p. 935.

[39] Entrano qui in gioco il principio di leale cooperazione, cui la Corte fa sempre riferimento, e il principio di discrezionalità legislativa. Il profilo più delicato è forse quest'ultimo, perché tanto più la Corte anticipa le linee di quella che a suo avviso è la normativa legittima (insomma, come appena detto, traccia la pista) tanto più comprime l'area di discrezionalità che spetta al legislatore.

[40] Di ortopedia giudiziaria parla D'AMICO, *La Corte* cit., p. 936. Si veda anche SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, p. 944.

enunciato dalla Cassazione nella sentenza n. 12193/2019, rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati negli Stati Uniti da madre surrogata, su commissione di una coppia *same sex* maschile. La coppia presenta ricorso al Tribunale di Milano che ritiene "evidente che, vertendosi in tema di diritti da attribuire a soggetti minori di età, la loro tutela non possa essere sospesa a tempo indeterminato, nell'attesa che il legislatore vari una normativa atta a consentire il riconoscimento giuridico del legame di fatto esistente tra i minori e coloro che ne hanno voluto la loro nascita, che si occupano di loro sotto il profilo morale e materiale e che costituiscono uno stabile riferimento affettivo nell'ambito del medesimo nucleo familiare". Secondo i giudici milanesi la Corte costituzionale ha "di fatto confutato la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 12193/2019 laddove ha ritenuto l'interesse del minore nato da maternità surrogata adeguatamente tutelato mediante l'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale", dando atto di "un vuoto normativo che per la generalità dei casi deve certamente essere riempito mediante un adeguato intervento del Legislatore, ma che per quanto riguarda il caso concreto impone al Giudice adito di reperire la più idonea soluzione atta a garantire i diritti dei minori coinvolti, soggetti certamente 'incolpevoli' rispetto alle scelte operate da coloro che hanno contribuito alla sua nascita, anche quando dette condotte integrino un illecito amministrativo o addirittura penale". Di qui la necessità di fornire "una risposta che assicuri al minore nato da maternità surrogata una posizione di tutela dei proprio diritti costituzionali non deteriore rispetto ai diritti della donna gestante e dell'adottato che, nell'attuale contesto normativo, non può che essere assicurato se non con la trascrizione dell'atto di nascita". Dunque il Tribunale ordina all'ufficiale di stato civile di trascrivere l'atto di nascita statunitense con l'indicazione dei due padri[41].

[41] Trib. Milano, 23 settembre 2021, inedita. Meritano di essere segnalate alcune sentenze della Corte di Cassazione, successive alla sentenza n. 33/2021 della Consulta, che si pronunciano invece in senso contrario alla trascrizione dell'atto di nascita estero con l'indicazione della doppia maternità: Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383 (in cui si sottolinea che il vuoto normativo, "se anche ritenuto esistente, implica pur sempre (in questa materia eticamente sensibile) scelte legislative di riscontro in base all'equilibrio di diversi valori costituzionali – tutti coinvolti e tutti in gioco –; a fronte delle quali scelte non sarebbe ammissibile, perché potenzialmente finanche arbitraria, una qualsivoglia attività di supplenza in termini solo giurisprudenziali") e Cass., ord. 7 marzo 2022, n. 7413. Sulla omogenitorialità v. anche Cass. 22 aprile 2020, n. 8029; 3 aprile 2020 n. 7668; 23 agosto 2021, nn. 23319, 23320 e 23321.

8. Conclusioni: ordine pubblico e interesse superiore del minore

Riguardo alla genitorialità acquisita attraverso la surrogazione di maternità, il quadro giurisprudenziale qui sintetizzato appare variegato, in ragione soprattutto della non univoca ricostruzione del limite dell'ordine pubblico in cui vengono ricondotte le norme costituzionali/di contenuto costituzionalmente vincolato/costituzionalmente necessarie, le norme/la prassi internazionali, il diritto vivente risultante dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

Il *best interest of the child* è ragionevolmente ricompreso nell'ordine pubblico e quindi soggetto a bilanciamento, secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza, con interessi costituzionali (e internazionali) concorrenti. Non può pertanto di per sé legittimare comportamenti disapprovati dall'ordinamento. Il fatto che nella prassi venga solitamente fatto prevalere, con conseguente riconoscimento dello *status filii* acquisito all'estero, non fa dell'interesse del minore un vero e proprio contro-limite all'ordine pubblico[42], e dunque un diritto *tiranno* rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona. Si giungerebbe altrimenti a rinnegare il pluralismo dei valori fondanti del nostro ordinamento in un'ottica di gerarchizzazione dei diritti[43].

[42] Da segnalare la diversa prospettiva della già ricordata (*supra* nota 4) Cass., 15 maggio 2019, n. 13000 che, affrontando il problema dell'inseminazione *post mortem* effettuata all'estero, si chiede "se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da 'controlimite' alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa" (7.3.3). La conclusione è che "la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse dal nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU … oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della l. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di P.M.A. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso" (punto 7.7.1). Di qui l'applicazione dell'art. 8 l. n. 40/2004 recante lo status giuridico del nato, anche all'ipotesi di fecondazione *post mortem*: e l'attribuzione nell'atto di nascita della minore dello status di figlia del marito della madre, deceduto prima della formazione dell'embrione.

[43] "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri… La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro'. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti

Ma la complessità sistematica della materia e la delicatezza degli interessi in gioco richiedono l'intervento del legislatore per porre rimedio al più presto al vuoto di tutela del *best interest of the child.*

Dal punto di vista internazionalprivatistico, le recenti considerazioni della Corte costituzionale non solo confermano l'inclusione dell'interesse del minore nell'ordine pubblico internazionale, ma aprono una prospettiva inusuale, in quanto l'ordine pubblico, tradizionalmente concepito con funzione meramente negativa, viene ad assumere anche una funzione positiva. Nello specifico, infatti, l'interesse del minore è invocato non già per impedire l'ingresso nell'ordinamento di norme/atti di altri Stati, bensì per favorire l'ingresso di inedite relazioni genitoriali.

L'ordine pubblico positivo, di cui il *best interest of the child* è una delle massime espressioni, rappresenta probabilmente la miglior mediazione tra il coordinamento degli ordinamenti, a cui è deputato il diritto internazionale privato, e le aspirazioni identitarie degli Stati[44]. L'esito finale è la mitigazione dei valori fondanti del foro - tra cui figura la tutela della famiglia tradizionale - in nome dell'interesse concreto del minore. Ma il fatto che l'interesse del minore debba essere oggetto di valutazione prioritaria non significa che lo Stato sia obbligato a riconoscere sempre e comunque uno *status* validamente acquisito all'estero né conseguentemente determina la standardizzazione di un certo modello familiare[45]. Semplicemente il *best interest of the child principle* impone alle autorità statali uno *standard-harmonising approach*[46] e la ricerca di un ragionevole equilibrio tra gli interessi pubblici nazionali (tutela dei diritti e delle libertà individuali, della salute e della morale, dell'ordine e della sicurezza) e il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli interessati, con particolare attenzione alle conseguenze del mancato riconoscimento sui diritti del minore, quale

delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sentenza 9 maggio 2013 n. 85, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, p. 867 nota di MAZZOTTA). La teorica del "diritti tiranni" è stata sviluppata dalla Consulta solo in anni recenti, ancorché se ne possano trovare tracce sin nella prima sentenza della Corte, la n. 1 del 14 giugno 1956, in cui si evoca la necessità di reciproca limitazione delle "varie sfere giuridiche … perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile".

[44] SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Hague Academy of International Law, Recueil des cours*, t. 395, 2019, p. 9, a p. 66.

[45] Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019 n. 221, *supra* nota 1.

[46] Si veda, tra altri, BARATTA, *Recognition of a foreign* status filii. *Pursuing the Best Interests Principle*, in BERGAMINI, RAGNI (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2019, p. 171, a p. 178.

il diritto all'identità personale ma anche l'acquisto della cittadinanza[47]. Le norme internazionali a protezione del minore, insomma, non creano un diritto uniforme né – nella prospettiva adultocentrica – possono essere invocate a fondamento del diritto di adottare o diventare genitori.

Al riguardo si possono riportare qui le Osservazioni dell'Avvocato generale Kokott in relazione a una causa pendente davanti alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto il riconoscimento in uno Stato membro (Bulgaria) del certificato di nascita redatto in altro Stato membro (Spagna) recante il nome di due madri[48]. Come nel caso Coman del 2018 concernente il riconoscimento in Romania delle nozze *same-sex* celebrate in Belgio da un cittadino rumeno con uno statunitense[49], anche in questo caso la questione

[47] Corte EDU, 3 maggio 2011, ric. n. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, parr. 72-76; 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, par. 80, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, p. 1123 nota di CAMPIGLIO.

[48] Causa C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo"*: le Conclusioni sono state presentate il 15 aprile 2021. La madre biologica, cittadina del Regno Unito, si è sposata a Gibilterra con una cittadina bulgara. L'atto di nascita della figlia, rilasciato dalle autorità spagnole, indica la donna bulgara come «madre A» e sua moglie come «madre» della minore. Pende a Lussemburgo anche un'altra causa analoga (causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*) riguardante il riconoscimento in Polonia del certificato di nascita redatto in Spagna recante il nome di due madri (la madre biologica, cittadina polacca, e la cittadina irlandese da lei sposata in Spagna).

[49] Corte Giust., 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman e a.*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, p. 1753, nota di CHIARETTO. La Corte ha ritenuto che – ancorché non consentito in Romania – il vincolo matrimoniale tra persone del medesimo sesso dovesse essere riconosciuto alfine di garantire al coniuge del cittadino UE il diritto di residenza. A tale conclusione la Corte giunge sulla base della considerazione che "la nozione di ordine pubblico, in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società". D'altronde "l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale e rientra … nella competenza degli Stati membri. Esso non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione". In altre parole, considerati gli effetti limitati del riconoscimento di questo matrimonio, non è ravvisabile un attentato all'identità nazionale e conseguentemente una minaccia all'ordine pubblico dello Stato membro interessato.

si pone nell'ambito di una controversia in tema di libera circolazione e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini UE. Il quesito posto ai giudici di Lussemburgo è "se l'art. 4, par. 2°, TUE, in combinato disposto con l'art. 7 e con l'art. 24, par. 2°, della Carta, debba essere interpretato nel senso che è imprescindibile ponderare, da una parte, l'identità nazionale e l'identità costituzionale di uno Stato membro e, dall'altra, l'interesse superiore del bambino, tenuto conto del fatto che attualmente non esiste consenso né dal punto di vista dei valori né dal punto di vista giuridico sulla possibilità di far registrare come genitori, in un atto di nascita, persone dello stesso sesso, senza precisare ulteriormente se uno di essi, e in caso affermativo quale, sia il genitore biologico del bambino". Nel caso fosse necessaria tale ponderazione, i giudici di Sofia chiedono "come si possa realizzare concretamente detto bilanciamento di interessi".

Secondo l'Avvocato generale, la definizione giuridica di famiglia e di familiare tocca la struttura fondamentale della società nazionale e dunque "può rientrare nell'identità nazionale di uno Stato membro", identità che rappresenta non solo un obiettivo che legittima restrizioni al diritto di libera circolazione tra gli Stati membri, ma anche lo strumento di cui gli Stati dispongono per limitare l'impatto del diritto dell'Unione in settori nazionali essenziali. Assodato che "non è possibile redigere un atto di nascita ai soli fini della libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione … in quanto l'atto di nascita, per sua natura, riflette la filiazione ai sensi del diritto di famiglia"[50], e che la Corte di Giustizia non verifica "la conformità del diritto nazionale che disciplina la filiazione, in particolare, alla nozione di 'interesse superiore del bambino' ai sensi dell'art. 24, par. 2°, della Carta", spetta al giudice nazionale effettuare "un controllo di proporzionalità della decisione di non riconoscere la filiazione di un minore in forza

[50] Questo passaggio si legge al punto 104: il successivo passaggio riportato nel testo è invece al punto 131. Il diritto di famiglia non rientra tra le materie di competenza dell'Unione e dunque, in principio, non è soggetto al controllo da parte della Corte di Giustizia. Nelle situazioni transnazionali però qualsiasi disposizione nazionale in materia familiare può costituire una restrizione al diritto di circolazione e soggiorno per il solo fatto della sua divergenza rispetto alla normativa di un altro Stato membro. "Se, nell'esaminare la giustificazione di siffatta restrizione, la Corte procedesse ogni volta a un controllo esaustivo della normativa nazionale alla luce della Carta e in particolare delle sue disposizioni relative ai rapporti familiari – come gli artt. 7 e 24 –, ciò avrebbe come conseguenza che l'insieme del diritto di famiglia nazionale, ivi compresa l'espressione fondamentale delle differenze che l'Unione rispetta ai sensi dell'art. 4, par. 2°, TUE, dovrebbe conformarsi ad una concezione uniforme di politica familiare che la Corte enuncerebbe nella sua interpretazione di dette disposizioni" (punto 99).

del suo diritto (costituzionale) nazionale e, se del caso, degli obblighi internazionali" (il riferimento è evidentemente all'art. 8 CEDU e all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo). Tanto più che "un'operazione di bilanciamento tra tale interesse e altri eventuali valori di rango costituzionale, come la tutela della famiglia cosiddetta 'tradizionale', è inerente allo Stato di diritto". L'invocazione dell'identità nazionale ai sensi dell'art. 4, par. 2°, TUE può giustificare il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione tra un minore e una coppia sposata formata da due donne, quale stabilito nell'atto di nascita rilasciato dallo Stato membro di residenza del minore, ai fini della redazione di un atto di nascita del suo Stato membro d'origine o di quello di una delle due donne, che determina la filiazione di tale minore ai sensi del diritto di famiglia di quest'ultimo Stato membro[51].

Se abbiamo preso le mosse (*supra* par. 1) dalla considerazione che "la procreazione nella società della *globalizzazione* presenta un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare", dobbiamo ora concludere che non si deve, in nome della realtà globale, sacrificare quella locale. Occorre piuttosto cercare soluzioni che combinino valori globali uniformi (come appunto il *best interest of the child*) e valori locali, espressione delle diverse identità nazionali. Di questa *glocalizzazione*[52] tutti gli operatori giuridici devono consapevolmente farsi carico, almeno finché il legislatore finalmente non intervenga.

[51] Ma d'altra parte lo Stato membro è tenuto, in forza della dir. 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, a rilasciare al figlio un documento di identità che menzioni le due donne quali genitori, anche se il diritto dello Stato membro d'origine del figlio non prevede né l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, né la maternità della moglie della madre biologica di un minore. L'art. 21, par. 1°, TFUE deve essere interpretato nel senso che tale Stato membro non può nemmeno rifiutare, per gli stessi motivi, il riconoscimento dei vincoli di parentela tra il minore e le due donne designate quali genitori nell'atto di nascita rilasciato dallo Stato membro di residenza ai fini dell'esercizio dei diritti creati, in capo a tale minore, dal diritto derivato dell'Unione relativo alla libera circolazione dei cittadini.

[52] Il concetto è stato elaborato dal sociologo Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005. L'espressione è utilizzata in ambito internazionalprivatistico da SALERNO, *The Identity* cit., p. 68.

GIOVANNA CHIAPPETTA

TUTELA DEL MINORE E CONTINUAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE *DE FACTO*: UNA CONNESSIONE DA PERFEZIONARE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La "nuova categoria" di figli non riconoscibili al vaglio delle Corti europee. – 3. Lo statuto unico di figlio ex art. 30, co. 1, Cost. e l'interpretazione dell'art. 279 c.c. – 4. Natura meramente processuale delle sentenze nn. 32 e 33 del 2021 e le soluzioni dei giudici di merito per colmare il vuoto normativo.

1. Premessa

I bambini nati in Italia mediante il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa (d'ora in avanti PMA) da parte di coppie di donne (una delle quali madre biologica) o i concepiti a seguito della surrogazione di maternità con un genitore d'intenzione anche biologico, per i quali non sia possibile il ricorso all'adozione in casi particolari del genitore d'intenzione, costituiscono la "nuova categoria" di bambini non riconoscibili[1]. Pur se sia accertato giudizialmente il loro interesse alla continuità affettiva con il genitore di intenzione (non anche biologico) che abbia in concreto svolto la funzione genitoriale[2], questi bambini non possono far valere giudizialmente la relativa responsabilità (ex art. 30, co.1, Cost.).

[1] La "nuova categoria di nati non riconoscibili" così definita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 9 marzo 2021 ed oggetto di esame anche nella pronuncia della Corte costituzionale n. 33 del 10 marzo 2021.

[2] Definita "vita familiare di fatto" dalla Corte di Strasburgo a far data dalla sentenza del 27 aprile 2010, nel caso *Moretti e Benedetti c. Italia*. La Corte accoglie il ricorso presentato da due cittadini italiani per la tutela del legame instaurato con una bambina a seguito di un affidamento temporaneo. La Corte, considerando il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina, ha statuito, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, che esso potesse rientrare nella nozione di vita familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU. Nel caso di specie i giudici rilevano in concreto la stabilità dei legami, tenendo conto del tempo vissuto dai ricorrenti con il bambino, la qualità delle relazioni affettive instaurate ed il ruolo da loro assunto nei confronti del minore.

I giudici di legittimità[3] hanno ritenuto non potersi applicare gli artt. 8 e 9 l. 40/2004 sullo *status filiationis* dei nati da PMA, trattandosi di pratiche vietate (ex art. 5 e/o 12, comma 6, l. 40/2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). Pertanto, i diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e i diritti successori spettano ai bambini esclusivamente nei confronti del genitore biologico e non anche nei confronti di quello intenzionale e di cura.

In siffatto scenario si collocano le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 nelle quali la Consulta ha esaminato questioni che riguardano il diritto alla continuazione della relazione genitoriale di fatto dei figli "irriconoscibili" nati mediante il ricorso alle procedure di PMA vietate[4]. Più in particolare, nel caso deciso con la prima pronuncia la madre intenzionale di due gemelle nate in Italia mediante il ricorso a tecniche di PMA eterologa - alla quale si era sottoposta con il suo consenso la compagna - aveva chiesto il riconoscimento della propria genitorialità. Le due donne avevano condiviso il progetto genitoriale e dopo la nascita delle bambine per quasi cinque anni avevano convissuto prendendosi cura entrambe delle stesse. Tuttavia, le bambine risultavano giuridicamente figlie della sola madre biologica non potendo acquisire lo stato di figli "riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche" ex artt. 8 e 9 della l. 40 del 2004. In Italia la PMA eterologa è vietata alle coppie dello stesso sesso (art. 5 l. 40 del 2004). Interrotta la convivenza, la genitrice legale aveva negato alla madre intenzionale l'assenso all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d) l. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia) e impedito la prosecuzione dei rapporti con le bambine. Giova ricordare che la genitrice intenzionale non poteva operare il riconoscimento delle bambine e non poteva far ricorso alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero alla essendo le bambine nate in Italia.

[3] Così, sull'inapplicabilità degli artt. 8 e 9 l. 40 del 2004 ai nati in Italia da PMA praticata da una coppia di donne: Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272; 23 ottobre 2019, n. 221, 4 novembre 2020, n. 230; 9 marzo 2021, n. 32; e Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; 22 aprile 2020, n. 8029. Sull'inapplicabilità degli artt. 8 e 9 l. 40 del 2004 ai nati da surrogazione di maternità, Corte cost. 10 marzo 2021, n. 33; Cass. SS.UU. 8 maggio 2019, n. 12193.

[4] Sulla ricostruzione dei casi e dei problemi sollevati si rinvia a G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia Insieme*, 2021; A. M. PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

Rilevando l'esistenza di un vuoto di tutela dell'interesse delle minori la Consulta ha affermato la necessità di un intervento legislativo per garantire la permanenza dei legami affettivi stabili con chi abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un tempo sufficientemente ampio. L'impossibilità del riconoscimento giuridico di tale rapporto di filiazione determinava la lesione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti per la costruzione dell'identità personale delle minori.

Nella sentenza n. 33 la Consulta ha esaminato questioni che riguardano lo *status* dei bambini nati da surrogazione di maternità praticata all'estero e vietata penalmente dall'ordinamento italiano dall'art. 12, co. 6, l. 40 del 2004. In questa pronuncia era in discussione la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano la genitorialità del bambino non soltanto a chi abbia fornito i gameti ma anche al genitore d'intenzione.

Tale possibilità è stata esclusa dal "diritto vivente" risultante dalla sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 12193 del 2019[5] che ha negato il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale era stato dichiarato il rapporto di filiazione tra il minore cittadino italiano nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore "d'intenzione" cittadino italiano. Esclusione di tale riconoscimento rivenuta nel divieto penale di surrogazione di maternità stabilito dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004 e qualificabile secondo le Sezioni unite come principio di ordine pubblico.

La Consulta ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionali tutte focalizzate sugli interessi valutati in concreto dei bambini, nei rapporti con i genitori non biologici che hanno condiviso il progetto procreativo e la cura dei minori dalla nascita. Per la Consulta l'interesse del bambino non può essere considerato "tiranno" e automaticamente prevalente. Gli "interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, sanzionato da apposita disposizione penale dal legislatore".

Come nella sentenza n. 32 del 2021 la Consulta ritiene indifferibile l'individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi riconosciuti costituzionalmente

[5] Tra i tantissimi commenti, si v. per tutti M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2020, *passim*; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. SS.UU. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019-2, p. 15 ss.

e convenzionalmente ai minori. Infatti, ribadisce l'inadeguatezza del ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia) con le stesse motivazioni del suo precedente. In particolare, tale adozione "non attribuisce la genitorialità all'adottante". Richiede, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore biologico (art. 46, l. 184 del 1983) e parrebbe non conferire al minore uno *status* "pieno" in quanto si considera incerta la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante pur non interrompendo i rapporti con la famiglia d'origine.

Le disposizioni richiamate dai giudici rimettenti non rappresenterebbero, nei casi di specie, una soluzione idonea a garantire l'interesse accertato giudizialmente dei minori al riconoscimento di un rapporto giuridico con il genitore d'intenzione.

Pertanto, la Consulta auspica l'intervento del legislatore che nell'esercizio della sua discrezionalità dovrà individuare le soluzioni per porre rimedio all'insufficiente tutela degli interessi del minore.

Questi bambini dallo status incerto si trovano per la Consulta "in una condizione diversa e deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso)"[6]. La disciplina del rapporto di filiazione del codice civile, ritenuta saldamente ancorata al rapporto biologico tra il nato ed i genitori, ammette in ogni caso l'accertamento giudiziale di paternità o maternità o, l'attribuzione dei diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione senza l'attribuzione formale dello *status filiationis*[7]. Anche il nato da relazioni incestuose può acquisire lo *status* previa autorizzazione giudiziale (artt. 251 e 278 c.c.)[8]. In astratto, quindi, la disciplina

[6] Corte cost. n. 32/2021, cit.

[7] Sul mantenimento del microsistema della fecondazione eterologa dopo la riforma della filiazione del codice civile del 2012/2013, M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015, p. 18 ss. Sul rapporto di specialità ed alternatività sull'attribuzione dello *status filiationis* tra disciplina codicistisca e l. 40 del 2004, Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, nella sentenza avente ad oggetto la nascita in Italia di un bambino mediante inseminazione *post mortem* praticata in Spagna dalla madre con il seme del marito premorto. La Cass. ha affrontato il problema interpretativo dei rapporti tra la normativa del codice civile e quella contenuta nella l. 40 del 2004 sullo status di figlio. Il giudice di legittimità nell'ipotesi esaminata preferisce l'interpretazione "secondo la quale la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale, e non possono applicarsi i meccanismi di prova presuntiva del codice civile riferibili alla generazione biologica naturale" (punto 7.8.7 delle ragioni della decisione).

[8] Per i figli nati da relazione incestuosa, è stata introdotta l'autorizzazione giudiziale per il riconoscimento e per la promozione dell'azione giudiziale di maternità e paternità a tutela del concreto interesse del bambino (artt. 251 e 278 c.c.) e l'art. 273, comma 2, c.c.

codicistica rende sempre possibile l'acquisizione sostanziale dello *status filiationis*. L'attribuzione dei soli diritti, senza l'attribuzione formale di esso (status) nei confronti del genitore biologico può rendersi necessaria "in concreto" per garantire il migliore interesse del minore. Nelle ipotesi di irriconoscibilità, i bambini sono tutelati nei confronti del genitore biologico mediante gli artt. 279, 580 e 594 c.c.

Diversamente, come ha affermato la Corte costituzionale nelle suindicate sentenze, la condizione giuridica della nuova categoria di bambini irriconoscibili è sospesa nei confronti del genitore d'intenzione e di cura (non applicandosi gli artt. 8 e 9, l. 40 del 2004) dipendendo esclusivamente dall'operatività dell'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44 lett. d, l. 184 del 1983). Tali relazioni di genitorialità di fatto, svincolate dal rapporto biologico, non godrebbero di altra tutela congrua e potrebbero essere private di riconoscimento giuridico con lesione dei diritti fondamentali alla vita privata e familiare dei nati.

Le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 prendono posizione sulla condizione giuridica attuale di siffatti bambini. La Consulta mette in luce che l'ipotesi di adozione applicabile non rappresenta la "soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore" (punto 5.4 del considerando in diritto della sentenza n. 33). Oltre alle motivazioni addotte dalla Consulta, l'inadeguatezza a parere di chi scrive è rappresentata dall'essere l'adozione (in tutte le sue forme) uno strumento azionabile esclusivamente dal genitore d'intenzione. La situazione dei bambini è, quindi, incerta, dipendendo da fattori del tutto estranei alla sua sfera di azione. Egli non avrebbe modo di mantenere rapporti con il genitore d'intenzione nelle ipotesi di decesso di questo ultimo prima dell'adozione e non godrebbe di protezione contro il rifiuto o rinuncia del genitore d'intenzione di procedere alla sua adozione (v. punto 40 del primo parere consultivo della Corte di Strasburgo).

richiede, altresì, il consenso del figlio di 14 anni per la proposizione o la prosecuzione dell'azione per la dichiarazione giudiziale. Nell'ipotesi di negato consenso o mancata autorizzazione giudiziale si può applicare la responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., sempre previa autorizzazione giudiziale nell'interesse del minore e del suo consenso se quattordicenne e capace di discernimento. Vi è chi reputi che la previa autorizzazione giudiziale limiti e renda incerta, pur nella certezza del dato biologico, per il figlio la possibilità di vedere riconosciuti i diritti a lui attribuiti dall'art. 30 Cost.: cfr. L. BARDARO, *La filiazione non riconoscibile tra istanze di tutela e valori giuridici*, Napoli, 2015, p. 158 ss. In precedenza, l'azione per la dichiarazione giudiziale di maternità o di paternità naturale era ammessa previa autorizzazione giudiziale ex art. 274 c.c. infine dichiarato totalmente incostituzionale dalla Consulta con la sentenza del 10 febbraio 2006, n. 50. In ragione dell'abrogazione di tale disposizione, il vigente art. 279 c.c., al secondo comma, richiede l'autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 251 c.c. per l'ammissione dell'azione.

Giova ricordare che per giurisprudenza costante della Consulta l'oggetto del giudizio di legittimità in via incidentale è circoscritto alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione[9]. Di conseguenza, non essendo indicato lo strumento dell'art. 279 c.c. (né gli artt. 580 e 594 c.c. che lo richiamano), non è stato preso in considerazione. La Consulta, quindi, non ha potuto esprimersi sull'utilizzabilità dell'art. 279 c.c. né su altri e diversi strumenti. Pertanto, appare superabile in via interpretativa la questione della tutela dei diritti fondamentali dei minori, potendosi non prospettare il vuoto normativo che la Suprema Corte ha posto alla base della rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa al mancato riconoscimento dei diritti del minore nei confronti del genitore di intenzione[10].

In questa riflessione, muovendo dall'ottimale interesse concreto dei bambini indicato dalla Consulta alla continuità del rapporto di genitorialità di fatto, si tratterà della possibile applicazione della disciplina codicistica dedicata ai figli non "riconoscibili".

Nelle suindicate sentenze n. 32 e n. 33 del 2021 non hanno trovato soluzione negli strumenti indicati nelle ordinanze di rimessione gli interessi accertati giudizialmente alla continuità affettiva del rapporto dei bambini con il genitore d'intenzione. Lo strumento dell'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 2, lett. d), l. 184 del 1983 ritenuto esperibile a garanzia dell'interesse in concreto del bambino al riconoscimento di giuridicità di un legame con il genitore d'intenzione è una forma di tutela significativa ma non ancora del tutto adeguata.

In questa riflessione e per quanto messo in luce appare necessario, per prevenire o limitare i danni ai bambini dalla negata tutela delle relazioni genitoriali effettive, cambiare la prospettiva tradizionale di analisi e muovere dai fatti che vedono coinvolti minori particolarmente vulnerabili anche per la loro tenera età[11]. La concreta situazione dei minori ha fatto emergere l'esigenza di un riconoscimento giuridico del loro rapporto con il genitore intenzionale. In attesa dell'auspicato intervento del legislatore ci si propone di esaminare la disciplina dettata dall'art. 279 c.c. (e le altre disposizioni che lo richiamano) non vagliata dalla Consulta per verificare se essa è adeguata a garantire i parametri costituzionali e convenzionali.

[9] V. tra le tante, Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221 e le altre in essa richiamate.

[10] Ordinanza della Cassazione, 21 gennaio 2022, n. 1842, in www.diritto.it

[11] Prospettiva di analisi indicata nel saggio di A. GORASSINI, *Cambio vita …. con morte*, in corso di pubblicazione in *La nuova giurisprudenza commentata*, n. 4, 2021, parte II, p. 902 e ss., che ho avuto il grande privilegio di leggere per la gentile concessione dell'Autore.

I bambini dallo *status filiationis sospeso* nei confronti del genitore affettivo potrebbero trovare tutela nell'art. 279 c.c. (e negli artt. 580 e 594 c.c. che ne completano la disciplina con disposizioni successorie) del quale si propone una lettura conforme alla Costituzione e alle Convenzioni internazionali che ne permette l'applicazione al di là della filiazione biologica[12]. La disposizione potrebbe garantire anche ai bambini nati a seguito di pratiche di PMA vietate il diritto alla vita familiare affettiva ed effettiva con il genitore di intenzione e di cura.

A fine di valutare l'adeguatezza della soluzione suggerita, si rende necessario tracciare il percorso compiuto dalla giurisprudenza delle corti europee sulla condizione di incertezza dei bambini dalla quale il giudice delle leggi prende le mosse. Successivamente si analizzerà il significato dell'interesse preminente del bambino delineano dalla Consulta per proseguire con l'esame delle sentenze nn. 32 e 33 del 2021.

2. La "nuova categoria" di figli non riconoscibili al vaglio delle Corti europee

La tutela dello *status* di cittadino europeo e delle situazioni ad esso connesse sono oggetto di valutazione della Corte di giustizia, così come le misure interne in violazione dei diritti umani fondamentali sono state vagliate dalla Corte di Strasburgo.

In ragione della mobilità dilagante delle famiglie da un Paese all'altro, nuove problematiche sorgono nell'ambito della filiazione. Si parla di «internazionalizzazione fittizia» di *status* familiari mediante il ricorso alle soluzioni offerte da ordinamenti stranieri al fine di legittimare la genitorialità creata da una coppia o da un single in violazione di disposizioni di diritto nazionale.

La cittadinanza europea e i diritti ad essa connessi favoriscono il fenomeno di internazionalizzazione di situazioni. Infatti, la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio dell'U.E. consentono la scelta della legge applicabile allo *status filiationis.* Il meccanismo del riconoscimento di atti

[12] Sulla necessità di un'interpretazione sistematica ed assiologica della disciplina della filiazione, alla luce della Costituzione e delle convenzioni internazionali, sia essa contemplata nel codice civile o nella legislazione speciale che ha condotto all'applicazione dell'art. 279 c.c. alla filiazione adottiva e da PMA, sia consentito il rinvio a G. CHIAPPETTA, *La filiazione del figlio nato nel matrimonio,* in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, cit., p. 450 ss.

di nascita formati all'estero amplifica il fenomeno del *forum* o *system shopping* anche ai cittadini europei 'statici' coniugati, uniti, conviventi o single. La condizione del *cross border element*, un tempo considerata un dogma, con l'interpretazione giurisprudenziale della cittadinanza europea è assimilata alla *purely internal situation*[13]. L'approccio dell'UE valorizza l'autonomia internazionalprivatistica ammettendo una limitata opzione fra più leggi potenzialmente applicabili ad una situazione familiare ed ai relativi *status*[14]. Conseguentemente si hanno manifestazioni di volontà che non concernono una situazione giuridica che presenta *ab origine* legami e implicazioni in più Stati (o in più ordinamenti giuridici) ma situazioni costituite volontariamente in un ordinamento 'terzo'. La scelta del luogo di nascita di un bambino[15] diviene elemento 'di estraneità' che internazionalizza[16] una situazione familiare puramente interna. Il fenomeno ha incentivato il turismo normativo per ottenere la trascrizione della dichiarazione di nascita di bambini all'estero in violazione di leggi nazionali[17]. Di qui i noti

[13] La Corte di giustizia ha esaminato il rigetto di domande di soggiorno presentate da genitori per il ricongiungimento familiare con i propri figli cittadini europei 'statici'. Corte giust. 5 maggio 2011, C-434/09, *Mc' Carthy*; Cort. giust. 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci*; Corte giust. 8 novembre 2012, C-40/11, *Iida*; Corte giust. 6 dicembre 2012, C-356/11 e 357/11, *O. e S.*; Corte giust. 8 maggio 2013, C-87/12, *Ymeraga*; Corte giust. 8 ottobre 2013, C-86/12, *Alokpa*; Corte giust. 13 settembre 2016 rispettivamente causa C-165/14, *Redòn Marìn*, punto 81 e causa C-304/14, *CS*, punto 36.

[14] S. MARINO, *Il diritto all'identità personale*, in *Riv dir. int.*, 2016, p. 816.

[15] Cass. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193 cit. sul divieto di surrogazione di maternità quale principio di ordine pubblico che impedisce la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero dal quale risultavano due padri in virtù della pratica di surrogazione effettuata in base alla *lex loci*. V., *contra*, Corte appello di Venezia, sez. III, ordinanza 16 luglio 2018: i ricorrenti cittadini italiani, coniugati in Canada, residenti in Italia con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili, hanno ottenuto il riconoscimento ex art. 67 della legge 218/1995 della sentenza dell'autorità giurisdizionale canadese dalla quale risultava il rapporto di filiazione con il bambino nato con modalità gestazionali di maternità surrogata. La Corte non ritiene sussistente il limite dell'ordine pubblico: «Né può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso con gli effetti di cui all'art. 4 della legge 164 del 1982. …diversa infatti è la valutazione del *best interest* del minore concepito con tali tecniche, che non può essere privato della continuità dello *status filiatonis* legittimamente acquisito all'estero in base alla legge nazionale».

[16] S. CLAVEL, *La place de la fraude en droit international privé contemporain*, Travaux comité fr. DIP, 2010-2012, p. 255 e 262.

[17] La registrazione dell'evento nascita pone nuovamente la questione dell'autorità competente e, di conseguenza, della legge applicabile per l'attribuzione del nome, della

fenomeni di *birth shopping* verso quegli Stati che riconoscono la genitorialità 'd'intenzione' (v. ad es. Spagna e Francia) anche in assenza di legami biologici con il figlio. Così, i nati all'estero da PMA di tipo eterologo da due donne (anche italiane) possono ottenere da entrambe il riconoscimento del rapporto di filiazione mediante la trascrizione nei registri di stato civile italiano dell'atto di nascita validamente formato in un altro Paese[18].

La Corte di Strasburgo e quella del Lussemburgo sono state investite di questioni riguardanti la "nuova categoria" di figli irriconoscibili. Come nelle sentenze della Consulta summenzionate, i giudici europei esaminano casi di bambini nati mediante il ricorso alla PMA eterologa da parte di due donne o a seguito di surrogazione di maternità. In particolare, è stata posta loro la domanda se sia consentito il rifiuto di uno Stato membro di riconoscere il rapporto di filiazione di fatto tra il nato ed il genitore (o i genitori) d'intenzione, risultante dall'atto di nascita redatto all'estero. Non sussistendo consenso europeo sulle pratiche di PMA, taluni Stati vietano per contrarietà all'ordine pubblico nazionale l'omogenitorialità e la surrogazione di maternità. L'identità costituzionale degli Stati membri e l'ampio margine di apprezzamento di cui essi dispongono nella materia familiare e nell'accertamento della filiazione possono giustificare il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero.

La Corte di Strasburgo non ha ravvisato la violazione dell'art. 8 della CEDU per il rifiuto di trascrizione degli atti di nascita stranieri nelle ipotesi di surrogazione di maternità nelle quali nessuno dei genitori di intenzione era al contempo genitore biologico[19]. La Grande Camera ha altresì emanato il primo parere consultivo non vincolante su richiesta della Cassazione

cittadinanza. Sul punto si v. Corte giust. 14 ottobre 2008, C353/06, *Grunkin-Paul*; Corte giust. 19 ottobre 2014, C-200/02, *Zhu Chen*.

[18] Cass. 30 settembre 2016, n. 19599; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878.

[19] Corte EDU, sentenza del 18 maggio 2021, *Valdis Fjölnisdottir e altri c. Islanda*; Corte EDU, sentenza (Grande Camera) del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 215. Quest'ultima ha ad oggetto il noto caso esaminato dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo avente ad oggetto il mancato riconoscimento, in Italia, del legame di filiazione certificato nell'atto di nascita redatto all'estero tra il minore nato da surrogazione di maternità e i genitori di intenzione, in assenza di legame biologico tra la coppia di nazionalità italiana ed il bambino. La Corte europea dei diritti dell'uomo, proteggendo l'autorità della legge n. 40/2004 sul divieto di surrogazione di maternità, ha ritenuto in linea con l'art. 8 CEDU il provvedimento giurisdizionale italiano che ha negato la genitorialità risultante dall'atto di nascita perfezionato all'estero.

francese[20] sulle questioni di principio relative all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 8 CEDU (come sancito dall'art. 1, par. 1 del Protocollo n. 16). Come richiesto dall'art. 1, par. 2, del Protocollo n. 16 addizionale alla CEDU, le questioni interpretative poste dalla Cassazione francese si inseriscono nel contesto della procedura pendente riguardante i coniugi Mennesson[21]. In questo caso di surrogazione di maternità il padre di intenzione era anche genitore biologico. I quesiti hanno riguardato il rifiuto del riconoscimento del legame di filiazione di fatto tra il nato da surrogazione di maternità e la sig.ra Mennesson, designata nell'atto di nascita straniero come madre "legale", e la sua compatibilità con l'art. 8 CEDU a tutela del diritto al rispetto della vita privata del bambino[22]. La Corte si è espressa considerando l'interesse superiore in concreto del bambino nell'*affaire* Mennesson e l'estensione del margine di apprezzamento degli Stati membri.

Relativamente al primo aspetto, la Corte ha affermato che l'art. 8 della Convenzione non impone un'obbligazione generale per gli Stati di riconoscere *ab initio* un legame di filiazione tra il bambino e il genitore d'intenzione. L'interesse superiore del bambino deve essere apprezzato in concreto e sulla base del legame affettivo ed effettivo che si è instaurato. Le autorità nazionali devono, quindi, valutare, alla luce delle circostanze particolari del caso "si et quand ce lien s'est concrétisé"[23]. È pertanto necessario esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai genitori nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro ed il minore. I giudici di Strasburgo non definiscono una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare *de facto*, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della "qualità" del legame e delle circostanze di ciascun caso[24].

[20] Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, *Avis consultatif demandé par la Cour de cassation françaises (Demande n. P16-2018-001)*. Il parere denominato Avis consultatif è reperibile in *echr.coe.int*

[21] La questione dei coniugi Mennesson era già stata oggetto di esame da parte della Corte di Strasburgo con la sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*.

[22] V. giurisprudenza citata nelle note nn. 14 e 15.

[23] Grande Camera, 10 aprile 2019, *Avis consultatif*, cit., par. 52.

[24] La Corte EDU (Grande Camera) nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 24 gennaio 2017 ha, difatti, affermato che: «140. […] Il concetto di "famiglia" di cui all'articolo 8 riguarda le relazioni basate sul matrimonio ed anche altri legami "familiari" de facto […]. 148. La Corte deve accertare se, nelle circostanze di causa, la relazione tra i ricorrenti ed il minore rientri nella sfera della vita familiare ai sensi dell'articolo 8. La Corte accetta, in determinate situazioni, l'esistenza di una vita familiare de facto tra un adulto o

In breve, gli Stati sono obbligati ad offrire una possibilità "d'un lien de filiation"[25] qualora, come nell'*affaire* Mennesson, si configuri un rapporto effettivo che richieda un riconoscimento nell'interesse del bambino. Sempre nell'interesse del bambino e stante il margine di apprezzamento in questa materia "sensibile" e sulla quale manca il consenso europeo[26], lo Stato può scegliere lo strumento adeguato. Sarà il governo ad individuarlo e potrà essere la trascrizione dell'atto di nascita, l'adozione da parte del genitore d'intenzione o altra misura prevista dal diritto interno idonea a garantire l'interesse concreto del bambino con efficacia e rapidità di attuazione. La Corte di Strasburgo ha, quindi, riconosciuto le relazioni «familiari» *de facto* tra uno o più adulti ed un minore in assenza di legami biologici (ex art. 8 CEDU).

Anche la Corte di Giustizia è stata investita di domande pregiudiziali aventi ad oggetto l'atto di nascita rilasciato da uno Stato membro che designa due donne quali madri del minore[27]. I giudici del rinvio hanno chiesto se le autorità statali possano rifiutare di trascrivere l'atto di nascita redatto all'estero, invocando il rispetto dell'identità nazionale ex art. 4, par. 2, TUE. Il rifiuto di trascrizione è motivato dalla non previsione nel diritto bulgaro e polacco della genitorialità di coppie dello stesso sesso. La Grande Sezione della Corte di giustizia nel procedimento contro la Bulgaria ha deciso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta

degli adulti ed un minore in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi. .151. È pertanto necessario, nel caso di specie, esaminare la qualità dei legami, il ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e la durata della convivenza tra loro ed il minore […]. 153. Sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare de facto, visto che la valutazione di ogni situazione deve tenere conto della "qualità" del legame e delle circostanze di ciascun caso. […]». V. anche giurisprudenza citata nella nota n. 2.

[25] Grande Camera, 10 aprile 2019, *Avis consultatif*, cit., par. 46.

[26] V. G. CHIAPPETTA, *Il principio di proporzionalità strumento per 'misurare' il margine di apprezzamento statale nelle interferenze al rispetto della vita familiare*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, t. I, Napoli, 2017, p. 201 ss.

[27] Domanda di pronuncia pregiudiziale del 2 ottobre 2020, Causa C-490/20, proposta dall'*Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria - V.M.A.) contro *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* (Comune di Sofia, distretto di Pancharevo, Bulgaria); Domanda di pronuncia pregiudiziale del 4 gennaio 2021, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[28]. Il rifiuto del riconoscimento del rapporto di filiazione, non può quindi ostacolare i diritti del minorenne cittadino europeo (artt. 20 e 21 TFUE e artt. 7, 24 e 45 della CDFUE). La Corte, accogliendo le conclusioni dell'avvocato Generale Kokott ha messo in luce che la Bulgaria non può rifiutare il riconoscimento del rapporto di filiazione tra la minore e la ricorrente e sua moglie, ai soli fini dell'applicazione del diritto dell'Unione relativo alla libera circolazione dei cittadini per il motivo che il diritto bulgaro non prevede né l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, né la maternità della moglie della madre biologica di una minore.

La giurisprudenza delle Corti europee, invocando ragioni differenti, precisa i contorni del diritto alla continuità transfrontaliera delle situazioni familiari costituite all'estero[29].

L'interpretazione delle Corti europee indica quale momento imprescindibile del riconoscimento giuridico di una relazione (*rectius* dei diritti) a tutela dei bambini, l'instaurazione della vita familiare effettiva. Lo strumento nazionale dovrà garantire al bambino il diritto alla cittadinanza del

[28] Corte giust., Grande sezione, 14 dicembre 2021, Causa C-490/20 *V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»* (Comune di Sofia, distretto di Pancharevo, Bulgaria), con Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott il 15 aprile 2021.

[29] Per una sintesi delle decisioni si rinvia a C. BIDAUD-GARON e A. PANET, *Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté : quels ersatz*, in *L'autonomie*, cit., p. 100. Il riconoscimento dello statuto giuridico ottenuto all'estero si fonda per la Corte di Strasburgo sulla necessità di tutelare i diritti garantiti dalla Convenzione. Diversamente, centrale nel diritto UE e nella giurisprudenza della Corte di giustizia è l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione. Il fondamento ultimo della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo è la libertà degli individui di scegliere, tra leggi di differenti Stati, il loro statuto giuridico. Parla di «emancipation's last stage would bring about the personne sans loi», T. MARZAL YETANO, *The costitutionalisation of party in European private international law*, in *J. PrivInt'l*, vol. 6, 2010, p. 191, citato da P. KINSCH, *Les fondaments*, cit., p. 28 nota 45. Spiega l'estraneità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella discussione sull'autonomia negoziale in materia di diritto internazionale privato della famiglia, P. KINSCH, *Les fondaments*, cit., p. 28 e s. L'A. esamina la giurisprudenza dei diritti dell'uomo mettendo in luce che il riconoscimento 'imposto' di situazioni non è animato dal ruolo attribuito all'autodeterminazione dell'individuo. Nella valutazione della Corte di Strasburgo vi è un elemento supplementare. Ad esempio, nei casi di maternità surrogata è il preminente interesse del bambino (sentenze *Mennesson* e *Labassée c. Francia* del 26 giugno 2014).

genitore intenzionale de facto, i diritti successori e tutti gli altri "contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prende en charge"[30].

La soluzione all'interrogativo relativo alla condizione di filiazione sospesa richiede, *in primis*, l'esame dell'art. 279 c.c. alla luce dei principi costituzionali.

3. Lo statuto unico di figlio ex art. 30, co. 1, Cost. e l'interpretazione dell'art. 279 c.c.

L'attuale formulazione dell'art. 279 c.c., in attuazione dell'art. 30, co. 1, Cost., riconosce, nell'impossibilità dell'accertamento formale dello *status filiationis*, ai minori i diritti al mantenimento, all'istruzione e all'educazione (fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica) o, se maggiorenni ed in stato di bisogno, agli alimenti (art. 279, primo comma, del codice civile). Ai figli irriconoscibili la tutela successoria è garantita dagli artt. 580 e 594 c.c.

L'art. 279 c.c. contempla l'azione per l'accertamento in via incidentale del rapporto di filiazione finalizzata ad attribuire la responsabilità genitoriale senza la costituzione formale del relativo *status*[31]. Essa (disciplina) supera i limiti dell'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 2, lett. d), l. 184 del 1983. Non richiede, infatti, il consenso del genitore legale per la promozione o la prosecuzione dell'azione. Pertanto, l'attribuzione della genitorialità "sostanziale" ex art. 279 c.c. non potrà essere impedita dalla volontà contraria del genitore legale (diversamente dall'art. 46, l. 184 del 1983 per l'adozione in casi particolari). Inoltre, legittimato attivo è il figlio o, nel suo interesse se minorenne, il genitore che esercita la responsabilità genitoriale ovvero un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero. Il rimedio in esame riconoscerebbe la tutela al bambino anche in caso di rifiuto all'adozione o di premorienza del genitore d'intenzione prima della chiusura del procedimento di adozione.

[30] Grande Camera, 10 aprile 2019, *Avis consultatif*, cit., par. 40.

[31] Sulla qualificazione in termini di azioni di stato quelle contemplate negli artt. 279 e 580 c.c., A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 355; S. STEFANELLI, *Attribuzione di status e diritti del figlio non riconosciuto nell'ordinamento italiano*, in *Diritto e giustizia (Annuario giuridico dell'Università di Perugia)*, 2013, p. 375.

La disciplina si applica "In ogni caso" di impossibilità di proporre l'azione per la dichiarazione di paternità o di maternità e richiede l'autorizzazione giudiziale al fine di verificare l'interesse concreto del figlio[32]. La richiesta autorizzazione è collegata al sorgere in capo al genitore della responsabilità patrimoniale ed esistenziale[33]. I diritti all'istruzione e all'educazione, difatti, non sono necessariamente riducibili alla prestazione dei corrispondenti mezzi economici. Il giudice, previa autorizzazione ed ascolto del minore ex art. 315-*bis*, co. 3, c.c. potrà adottare i provvedimenti con esclusivo riferimento all' interesse della prole che sarà valutato caso per caso.

A tale azione si applica la disciplina sancita dall'art. 337-*bis* e ss. c.c., che regolamenta altresì i procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio (art. 337-*bis* c.c.). Nei casi qui esaminati, i bambini pur se concepiti dal progetto genitoriale della coppia coniugata (etero o omosessuale), sono per l'ordinamento italiano figli nati fuori dal matrimonio e riconoscibili dal solo genitore biologico. Relativamente alla conservazione dei rapporti del figlio con la famiglia del genitore d'intenzione e di cura, l'art. 337-*ter*, co. 1, c.c. sancisce la continuità dei rapporti "significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Le modalità dell'esercizio della responsabilità genitoriale ex art. 279 c.c. contemplate nel provvedimento per la prole (ex art. 337-*ter* c.c.) sono garantite anche dall'art. 709-*ter* c.p.c. contro le controversie insorte tra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale e in tutte le inadempienze o atti che rechino pregiudizio al minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento[34]. Il trattamento successorio, confermato dal legislatore della riforma della filiazione avviata nel 2012 con la l. 219, era già ritenuto "differenziato" rispetto a quello spettante agli altri figli (v. Corte cost. sentenza n. 494 del 2002)[35]. L'intervento legislativo auspicato dalla

[32] Il secondo comma dell'art. 279 c.c. richiama l'autorizzazione prevista dall'art. 251 c.c. per il riconoscimento dei figli nati da relazioni parentali.

[33] Così G. LISELLA, *"I diritti dei figli privi di stato": a proposito di un recente contributo*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 376; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Comm. cc. Schlesinger*, 2° ed., Milano, 2006, p. 278 ss.

[34] F. SCIA, *Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematiche dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Persona e Mercato*, 4, 2020, p. 414 ss. che esamina la sentenza della Corte costituzionale 10 luglio 2020, n. 145.

[35] Punto 4 della più volte citata sentenza della Consulta n. 494 del 2002: "I figli nati fuori del matrimonio indicati nell'art. 251, primo comma, del codice civile, salvi i limitati casi ora menzionati, sono perciò privati della possibilità di assumere uno *status filiationis*. Essi non mancano totalmente di una tutela, essendo loro riconosciuta l'azione nei confronti

Consulta nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021 potrà eliminare le discriminazioni del regime successorio vigente[36].

L'interpretazione evolutiva del testo normativo in esame non conforta quella restrittiva tradizionalmente limitata alla filiazione nata " in via naturale". L'art. 279 c.c. novellato dalla Riforma del 1975, indicava quale beneficiario della tutela il figlio "naturale" sulla base di un accertamento *incidenter tantum* della procreazione, quindi del rapporto di derivazione biologica[37].

La formulazione dell'articolo 279 c.c. è stata successivamente modificata dal decreto lg. 28 dicembre 2013 n. 154 attuativo della Riforma del diritto della filiazione (l. 219 del 2012). Il testo in vigore indica quali beneficiari i figli nati "fuori del matrimonio" e si apre con una locuzione che può qualificarsi come clausola generale poiché dotata di un peculiare coefficiente di vaghezza o indeterminatezza "In ogni caso" di impossibilità di proporre l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità. Il modo per impostare il problema dell'attuale portata applicativa della clausola generale in esame consiste nel ricondurla alla sua dimensione costituzionalistica e, in particolare, ai parametri dettati dagli artt. 2, 30 e 31 cost.[38].

L'attuale interpretazione dell'art. 30, co. 1, cost. ha portato al riconoscimento della concezione funzionale della "filiazione" che ha messo in

dei genitori naturali per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione o, se maggiorenni in stato di bisogno, per ottenere gli alimenti (art. 279, primo comma, del codice civile). In conseguenza del divieto di riconoscimento e di dichiarazione, però, nei loro confronti non possono operare infine le disposizioni relative alla successione dei figli naturali, che si applicano loro solo quando la filiazione sia stata riconosciuta o giudizialmente dichiarata (art. 573 del codice civile), essendo previsto invece che ai figli naturali aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e alla educazione, a norma del ricordato art. 279 del codice civile, spetti un assegno vitalizio (artt. 580 e 594 c.c.)".

[36] Sul punto si rinvia a V. BARBA, *La successione* mortis causa, cit., p. 667.

[37] La disposizione accertava il fatto della procreazione quale mero presupposto dell'attribuzione di diritti di natura patrimoniale ed esistenziale del figlio nei confronti dei genitori, Cass. 24 gennaio 1986, n. 467, ed anche Cass. 1° aprile 2004, n. 6365, secondo la quale: "Il fatto materiale della procreazione naturale (accettabile anche *incidenter tantum* e svincolato dal riconoscimento formale del relativo status) costituisce l'antecedente giuridico immediato delle azioni attribuite al figlio naturale dall'art. 279 c.c., primo comma, e se questo dato è direttamente collegabile con l'art. 30 Cost., primo comma".

[38] La S.C. ha affermato che l'art. 279 c.c. va interpretato in base all'art. 30 Cost.: "Considerata ammissibile l'azione ex art. 279 c.c. anche nei casi in cui la paternità o la maternità del figlio fossero giudizialmente dichiarabili ma, in concreto, non dichiarate... in coerenza con la c.d. responsabilità da procreazione, sussistente verso ogni figlio in base all'art. 30 Cost., alla stregua del quale lo stesso art. 279 c.c. andrebbe interpretato". Così, Cass. 1° aprile 2004, n. 6365, cit.

luce che i diritti del figlio possono fondarsi anche sulla solidarietà e sull'affetto consolidato con il genitore di fatto[39].

Già in epoca antecedente alla introduzione della l. 40 del 2004, in relazione alla tutela dello *status filiationis* del concepito mediante PMA eterologa ancora non disciplinata, la Consulta[40] ha riconosciuto al nato nei confronti "di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità" "non solo i diritti e doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima - in base all'art. 2 della Costituzione...".

Nelle sentenze successive, la Consulta segna l'evoluzione dell'ordinamento dando rilevanza giuridica alla genitorialità d'intenzione anche ove non coincidente con quella biologica poiché "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa" (così sentenza n. 162 del 2014[41] che ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni sul divieto di PMA eterologa).

I giudici delle leggi affermano ancora la tutela "in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito"[42].

[39] Sull'evoluzione che muove dalla famiglia-istituzione (atto-status-effetti) alle famiglie funzionali (affetto-rapporti-effetti), v. G. CHIAPPETTA, *La "semplificazione" della crisi familiare: dall'autorità all'autonomia*, in P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà sussidiarietà e inderogabilità. Atti del 13° Convegno nazionale*, Napoli, 2019. V. anche note nn. 2, 19 e 21.

[40] Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347. Si tratta di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita eterologa, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali: "[…] è interesse del minore non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere un padre; risponde a fondamentali principi costituzionali che ogni figlio abbia diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato dai propri genitori, tali dovendosi considerare quelli che hanno preso la decisione della sua procreazione (di intenzione); mentre nessun rapporto di paternità potrebbe essere instaurato col padre biologico".

[41] Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162.

[42] Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127. La corrispondenza tra lo stato di figlio e la verità biologica, pur auspicabile, non è elemento indispensabile dello *status filiationis*: "Sul rilievo che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, siffatta evoluzione ha portato a negare l'assoluta preminenza del *favor veritatis* e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali. In più occasioni, infatti, il legislatore, cui l'art. 30, quarto comma, Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al *favor veritatis*". Nell'apprezzamento giudiziale rientra il diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla

La responsabilità genitoriale ex art. 279 c.c. al mantenimento, all'educazione e all'istruzione della prole, grava su tutti genitori siano essi biologici o d'intenzione e di cura.

L'art. 279 c.c., mediante l'interpretazione evolutiva degli artt. 2, 30 e 31 Cost., consente di superare il *vulnus* di tutela dell'interesse dei bambini a conservare il rapporto di genitorialità intenzionale ed effettiva[43]. Impossibilità della conservazione del legame di filiazione *de facto* confermata dalla Consulta con le sentenze di inammissibilità della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021. Le sentenze di inammissibilità hanno altresì messo in luce l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 1, lett. d), l. 184 del 1983 per supplire alla mancanza di tutela del preminente interesse del minore alla continuità affettiva (*rectius* rapporto di filiazione *de facto*).

Infatti, tale genitorialità adottiva può essere impedita dalla contraria volontà del genitore biologico/legale (art. 46, l. 184 del 1983) e pur creando uno *status filiationis* "pieno" (con il rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante pur non interrompendo i rapporti con la famiglia d'origine)[44] non tutelerebbe il bambino nel caso di premorienza del genitore d'intenzione rispetto alla chiusura del procedimento di adozione o di un rifiuto di quest'ultimo di procedere con l'adozione[45].

Si ribadisce che i nati in Italia da PMA eterologa praticata da due donne (una sola madre biologica) e quelli da surrogazione di maternità (con un genitore d'intenzione-biologico) possono acquisire il rapporto di responsabilità legale con il solo genitore biologico genetico.

Diversamente, i nati all'estero da PMA di tipo eterologo da due donne anche di cittadinanza italiana possono ottenere entrambe il riconoscimento del rapporto di filiazione mediante la trascrizione nei registri di stato civile italiano dell'atto di nascita validamente formato in un altro Paese[46]. Il luogo di nascita determina, così, un regime discriminatorio. In tal modo ed

verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia.

[43] Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; 22 aprile 2020, n. 8029; sulla surrogazione di maternità sul rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita all'estero per il co-padre d'intenzione, Cass. SS.UU. 8 maggio 2019, n. 12193.

[44] Così ha statuito la Corte Costituzionale, 28 febbraio 2022, n. 79.

[45] Sulla questione di incostituzionalità per mancata costituzione della parentela nell'adozione in casi particolari, si v. l'Ordinanza del 26 luglio 2021 del Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna sulla incostituzionalità della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), art. 55, in combinato disposto con l'art. 300, secondo comma, del codice civile.

[46] Cass. 30 settembre 2016, n. 19599; 15 giugno 2017, n. 14878.

in relazione a casi analoghi, viene violata la fondamentale esigenza di eguaglianza che impone di mettere tutti i figli nella medesima condizione.

Non vi è dubbio, che anche per i figli nati dalle tecniche di PMA vietate dalla l. 40 del 2004 di cui alle sentenze nn. 32 e 33 del 2021 sussiste la necessità di riconoscere i diritti dell'art. 30, co. 1, Cost. che gli derivano dalla genitorialità d'intenzione e di cura. Diritti, questi ultimi, che risultano garantiti dall'applicazione dell'art. 279 c.c. che ha come legittimato attivo il figlio, non richiede il consenso del genitore biologico e garantisce i rapporti nei confronti degli ascendenti e parenti del medesimo.

4. Natura meramente processuale delle sentenze nn. 32 e 33 del 2021 e le soluzioni dei giudici di merito per colmare il vuoto normativo

Sulla base della natura meramente processuale della sentenza di inammissibilità[47] n. 32/2021 e n. 33/2021, taluni giudici di merito, discostandosi dal monito della Consulta, hanno proceduto ad una lettura costituzionalmente orientata della normativa vigente[48] ed alla loro applicazione per il riconoscimento giuridico della genitorialità di intenzione.

I giudici di merito hanno affermato la scissione tra l'illegittimità della tecnica di PMA di tipo eterologo praticata da due donne e la tutela del nato. Tale illegittimità, non contrastando con l'ordine pubblico interno[49], ha consentito il riconoscimento al nato della tutela di cui agli artt. 8 e 9, l. 40/2004[50].

[47] Sentenza di inammissibilità che "non ha natura obbligante per il Giudice ordinario, offrendo solo una proposta metodologica", Cass. 17 maggio 2018 n. 12108.

[48] App. Cagliari, sez. prima, decreto di rigetto del 28 aprile 2021, inedita; Trib. Genova, decreto 4 novembre 2020. Sono richiamate nella sentenza della Consulta n. 32 del 2021, al punto 2.3.1, tra gli altri, Trib. di Brescia, decreto 11 novembre 2020, Trib. di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020, App. di Roma, decreto 27 aprile 2020.

[49] Sulla distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, v. per tutti G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. Sul punto v. anche M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata*, cit., p. 290 ss., in particolare p. 294 e ivi ulteriore bibliografia.

[50] In totale contrasto con quanto affermato dalla Consulta che ritiene impraticabile la possibilità di applicazione degli artt. 8 e 9 l. 40/2004 per violazione dell'art. 5 della l. 40/2004 che tra i requisiti soggettivi ritiene la differenza di sesso dei genitori. Corte cost. n. 32 del 2021 punto n. 2.3.1. V. anche Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, e Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, che confermano tale interpretazione.

A contrario, nel caso esaminato dalla pronuncia di inammissibilità n. 33/2021 avente ad oggetto la tutela dei nati mediante il ricorso alla surrogazione di maternità, la scissione tra i due aspetti, illiceità della pratica e la tutela del nato, non consente la trascrizione dell'atto straniero. Il "diritto vivente" risultante dalla sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 12193 del 2019[51] ha escluso il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale era stato dichiarato il rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero e il genitore "d'intenzione" cittadino italiano. Esclusione di tale riconoscimento per il divieto penale di surrogazione di maternità stabilito dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004 e, quindi, qualificabile secondo le Sezioni unite come principio di ordine pubblico.

Nonostante ciò il Tribunale di Milano ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato mediante la surrogazione di maternità[52] e la Corte di Cassazione ha investito nuovamente le Sezioni Unite ex art. 374 co. 2 c.p.c. "per la rivalutazione degli strumenti normativi esistenti (delibazione e trascrizione)" al fine di verificare la sussistenza dell'ostacolo del divieto penale della surrogazione di maternità alla loro utilizzazione[53]. La Suprema Corte non ha valutato che al minorenne cittadino italiano, in base alla nazionalità del padre legale, si può applicare la disciplina italiana (v. anche art. 33 l. 218 del 1995). Gli strumenti normativi esistenti non sono esclusivamente l'adozione in casi particolari e la delibazione o la trascrizione di atti stranieri.

Allo stato, come messo in luce dalla giurisprudenza è indifferibile l'individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore senza che essi diventino "tiranni".

Gli interessi dei bambini dovranno essere valutati caso per caso[54]. Non sempre e necessariamente l'interesse del minore richiederà il riconoscimento del legame con il genitore "d'intenzione" se non sussiste tra di loro un legame genetico. Nel noto caso Paradiso Campanelli c. Italia, la Grande camera della Corte di Strasburgo, non ha ritenuto lesiva dell'art. 8 CEDU la irriconoscibilità del rapporto di filiazione del nato da surrogazione di

[51] Tra i tantissimi commenti, cfr. per tutti M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata*, cit., *passim*; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. SS.UU. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019-2, p. 15 ss.

[52] Trib. Milano, sez. VIII, ordinanza 23 settembre 2021.

[53] Cass., Sez. I, ordinanza del 21 gennaio 2022.

[54] Corte cost. del 23 gennaio 2013, n. 7; 23 febbraio 2012, n. 31; 28 novembre 2002, n. 494.

maternità con i genitori d'intenzione, nessuno dei due biologici. La Corte europea dei diritti dell'uomo è ritornata di recente sulla nascita da maternità surrogata nell'ipotesi di insussistenza di legame biologico tra i genitori d'intenzione ed il nato[55]. Non condannando l'operato delle autorità islandesi che hanno rifiutato il riconoscimento a una coppia di sue cittadine, della genitorialità sul bambino nato in California con la maternità surrogata senza alcun legame genetico con la coppia. Le due donne, rientrate in Islanda con il neonato, tre settimane dopo la nascita, avevano chiesto la cittadinanza islandese per il minore e il riconoscimento del rapporto di filiazione della coppia. Il bambino, essendo nato da madre americana e vigendo in Islanda il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, è stato considerato minore non accompagnato e dato in affidamento alle due donne. Il bambino è cresciuto con le due donne, che nel frattempo avevano entrambe un nuovo legame. Secondo la Corte europea, la sentenza della Corte suprema islandese, avendo riconosciuto l'affidamento del minore alla coppia, ha adottato le misure necessarie "per salvaguardare la vita familiare delle ricorrenti". Affidamento che non attribuisce neanche la genitorialità "sostanziale" ex art. 279 c.c. Secondo la Corte, lo Stato convenuto ha "agito a sua discrezione in questa materia, con l'obiettivo di proteggere il suo divieto di maternità surrogata".

La Consulta nella sentenza n. 33 del 2021 mette in luce nel caso di surrogazione di maternità che l'interesse del bambino "non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro contro interesse in gioco". Interesse che, in ogni caso, non può essere sacrificato per condannare il comportamento dei genitori. L'interesse del minore va valutato in concreto e può attuarsi in diversi modi, con la riconoscibilità del rapporto di filiazione d'intenzione, o, con l'irriconoscibilità di tale rapporto e la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono e l'apertura della procedura di adozione. L'interesse del bambino potrà altresì essere tutelato con la responsabilità genitoriale ex art. 279 c.c. In ogni caso dovrà essere al bambino garantito il diritto a conoscere le proprie origini genetiche[56].

[55] Corte EDU, *Valdis Fjölnisdottir e altri c. Islanda*, sentenza del 18 maggio 2021, cit.

[56] Corte cost. del 22 novembre 2013, n. 278; 10 giugno 2014, n. 162. Sia consentito il rinvio a G. CHIAPPETTA, *I rapporti familiari nel dibattito costituzionale e nel pensiero di Fausto Gullo*, in *Fausto Gullo fra costituente e governo*, Napoli, 1997, p. 47 ss.; EAD., *Anonimato e procreazione medicalmente assistita*, in M. COMPORTI e S. MONTICELLI (a cura di), STUDI IN ONORE DI UGO MEJELLO, vol. I, 2005, p. 383 ss.; EAD., *Diritto a conoscere le origini*, in E. SGRECCIA e A. TARANTINO (dir.), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, vol. IX, 2015; EAD., Favor veritatis *ed attribuzione dello* status filiationis, in *Actualidad Jurica Ibroamericana*, num. 4*ter*, 2016.

La soluzione adeguata a ciascun caso concreto richiede la valutazione del rapporto genitoriale di fatto, la condizione di ciascun bambino e degli altri interessi contrapposti.

È quanto la Consulta ha accertato nella sentenza n. 32 del 2021: "*2.4.1.3. –... La condizione di nati a seguito di PMA eterologa praticata in un altro paese, in conformità alla legge dello stesso, da una donna, che aveva intenzionalmente condiviso il progetto genitoriale con un'altra donna e, per un lasso di tempo sufficientemente ampio, esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure. La circostanza che ha indotto la madre biologica a recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale, coincidente con il manifestarsi di situazioni conflittuali all'interno della coppia, ha reso affatto evidente un vuoto di tutela.*" e ha rilevato che pur "*in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento* [di quelli indicati nell'ordinanza di remissione] *può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise*".

Analogamente, nella sentenza n. 33 del 2021, la Consulta ha rilevato l'esistenza del rapporto affettivo consolidato del bambino con la persona del genitore d'intenzione: *"...che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita*", e ha affermato che è necessario "*far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise*".

Le condizioni di applicabilità dell'art. 279 c.c. sussistono nei fatti oggetto di esame della Consulta, così come i diritti da garantire ai minori coinvolti nelle vicende di incostituzionalità sono quelli sanciti dall'art. 279 c.c. (e dagli artt. 580 e 594 c.c.). Infatti, ricorre sia il requisito della nascita fuori del matrimonio, sia quello della non esperibilità dell'azione giudiziale per la dichiarazione giudiziale di genitorialità. La previsione in esame richiede l'impossibilità per il figlio di ottenere il riconoscimento o di agire per l'accertamento giudiziale della genitorialità. Impossibilità messa in luce dalla Consulta nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021.

Il ricorso ai diritti ex art. 30 cost. sanciti nell'art. 279 c.c. senza l'attribuzione dello *status filiationis* può ritenersi adeguato a tutelare l'interesse concreto dei bambini e a garantire l'effettività e la celerità della sua messa in opera, in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi

nella pratica della vita quotidiana con il genitore intenzionale. Essa potrebbe garantire il diritto alla continuità affettiva, anche in attesa di una disciplina organica della materia dell'attribuzione dello *status filiationis formale e/o sostanziale.*

I diritti indicati dalla Consulta da garantire ai minori coinvolti nelle vicende di incostituzionalità sono, infatti, il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise.

L'azione ex art. 279 c.c. e le altre connesse per la garanzia dei diritti successori (artt. 580 e 594 c.c.) potrebbero realizzare nei casi in esame l'interesse dei minori. Tuttavia, in sede dell'auspicato intervento legislativo della Consulta, si potrà estendere la disciplina successoria applicabile ai figli che abbiano lo *status* formale anche ai figli che non hanno acquisito tale *status*, superando il "regime differenziato" previsto dagli artt. 580 e 594 c.c.[57].

Non rileva in alcun modo distinguere in base al diverso dato dell'impossibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di genitorialità o in base alla *ratio* della irriconoscibilità o della non dichiarabilità del rapporto di filiazione.

La responsabilità ex art. 279 c.c. attua i parametri costituzionali (art. 30 cost.). L'autorizzazione giudiziale (ex art. 251 c.c.) e, in taluni casi, anche il consenso del figlio, esprimono la necessità della valutazione del migliore interesse concreto del minore in base alle circostanze particolari non solo per quanto concerne l'accertamento diretto della filiazione, ma anche per promuovere l'azione incidentale per la responsabilità senza genitorialità giuridica e per i provvedimenti relativi alla prole.

Allo stato l'art. 279 c.c. mediante la lettura sistematica, evolutiva ed assiologica proposta, da rimedio puramente succedaneo, può rappresentare uno strumento attualmente applicabile alle ipotesi di non riconoscibilità o di non dichiarabilità esaminate e garantire a tutti i figli le tutele dall'art. 30, co. 1, Cost.

[57] Regime differenziato messo in luce nel punto 4 della sentenza n. 494 del 2002 della Consulta.

GILDA FERRANDO

L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI E LE NUOVE ISTANZE DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Unioni civili e adozione in casi particolari. – 2. L'adozione in casi particolari si può fare. – 3. Si può fare soltanto l'azione in casi particolari, unico strumento disponibile per formalizzare il rapporto con il genitore intenzionale. – 4. L'adozione in casi particolari 'non basta' perché non garantisce in modo adeguato i diritti del bambino.

1. Unioni civili e adozione in casi particolari

Come è noto, l'approvazione della legge n. 76/2016 sulle unioni civili si deve ad un compromesso faticosamente raggiunto in sede parlamentare e realizzato principalmente a spese dei figli che sono stati esclusi dall'orizzonte della legge. Rispetto al testo originario del progetto di legge, quello definitivamente approvato, frutto del c.d. maxiemendamento, contiene importanti differenze, prima fra tutte quella in materia di adozione. Secondo il disposto del comma 20 dell'art. 1, la regola che equipara le unioni civili al matrimonio non si applica «alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184». Nello stesso tempo, «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Viene quindi esclusa la possibilità di adottare il figlio del compagno o della compagna secondo quanto dispone, per i coniugi, la lett. b) dell'art. 44, legge adoz. Questa omissione è stata tuttavia in qualche modo compensata con l'introduzione della c.d. «clausola di salvaguardia». Ne risulta un testo ambiguo di fronte al quale immediatamente si pose l'interrogativo se la parte dell'unione civile possa, oppure no, adottare con adozione in casi particolari il figlio dell'altro.

Al riguardo occorre considerare che l'adozione in casi particolari è stata introdotta dalla legge 4 maggio 1983, n. 184 per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere all'adozione piena ma nelle quali, tuttavia, l'adozione rappresentava una soluzione opportuna ed auspicabile nell'interesse del minore[1]. Occorre poi

[1] Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, III, *Filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani, Milano 2002, p.

tener conto che la disciplina dell'adozione in casi particolari ha subito una profonda evoluzione, rispetto al testo originario previsto dalla legge 184/1983, in conseguenza dell'intervento sia del legislatore (legge 149/2001, legge 173/2015) sia dei giudici interni ed europei. Riassumendo un discorso che in altra occasione ho potuto svolgere in modo più disteso[2], occorre considerare che, grazie alla sua elasticità, grazie al fatto di essere una clausola aperta, l'art. 44, in particolar modo alla lett. d), è stato impiegato per dare una risposta ad una molteplicità di situazioni in cui, non potendo essere disposta l'adozione piena, in difetto di alcuni dei suoi presupposti, era comunque opportuno, in quanto corrispondente all'interesse del bambino, inserirlo in una realtà familiare idonea a prendersi cura di lui, dando veste formale a situazioni familiari già esistenti nel contesto sociale.

Andando oltre quelle che erano le intenzioni del legislatore del 1983, l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 44 legge adoz. ha sfruttato i margini di elasticità dell'istituto per dare una risposta alle molteplici situazioni in cui la formalizzazione del rapporto con gli adottanti andava incontro all'interesse del minore ad ottenere certezza e garanzia dello *status.*

All'adozione in casi particolare si è così fatto ricorso per colmare la «zona grigia» tra affidamento e adozione, assicurando, nei casi di c.d. abbandono sopravvenuto, continuità alle relazioni affettive in seno alla famiglia affidataria[3]. Altre volte il ricorso all'art. 44, lett. d) ha reso possibile un'adozione che non spezzi completamente i rapporti con la famiglia di origine quando vi sia una situazione di abbandono c.d. «relativo», di «semiabbandono permanente», caratterizzata dal persistere di relazioni, anche se gravemente insufficienti, con la famiglia di origine[4]. In altri casi si è

575 ss. Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civ. Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2002, p. 6 ss.

[2] Rinvio al mio *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 79 ss.

[3] Trib. min. Genova, 14 ottobre 1995 (in *Fam. dir.*, 1996, p. 346) con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione in casi particolari del minore straniero già presente in Italia*; Trib. min. Roma, 22 giugno 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 947 (e v. anche Trib. min. Roma, 18 marzo 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 620). Come è noto, il caso giunto all'esame della Corte EDU, *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010 (ric. n. 16318/2007), ha poi portato alla approvazione della legge 173/2015, la quale tuttavia contempla solo affidatari in possesso dei requisiti dell'art. 6 legge adoz., restando altrimenti aperta la via per l'adozione particolare.

[4] Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 301. L'esperienza di adozione mite del Tribunale per i minorenni di Bari è ripercorsa dal suo presidente: v. OCCHIOGROSSO, *L'adozione mite dopo due anni*, in *Minori giust.*, 2005, p. 149 e ss. In termini

fatto ricorso all'adozione particolare allo scopo di dare veste giuridico-formale a rapporti già vissuti nel contesto sociale, in modo da dare stabilità ai diritti del bambino nei confronti di chi effettivamente svolge i compiti e la responsabilità di genitore. Ad esempio, si può ricordare che all'adozione in casi particolari si è fatto ricorso, prima della legge 40 del 2004, nel caso di bambino nato grazie all'apporto di una madre sostituta, riconosciuto dal padre e poi adottato *ex* art. 44 dalla moglie di lui[5]; per dare veste giuridica, in Italia, a rapporti costituiti all'estero sulla base di istituti, come la *Kafalah* di diritto islamico, sconosciuti alla nostra tradizione giuridica[6]; per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all'estero[7]; per formalizzare i rapporti nati all'interno di «famiglie ricostituite»[8].

È stato in circostanze di questo tipo che ha preso forma quella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo «di diritto», che si verifica ogni volta in cui l'adozione piena non realizza adeguatamente l'interesse del bambino o non è praticabile perché non sussiste lo stato di abbandono.

La lettura della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», limitata alle situazioni di impossibilità di fatto, di prolungata istituzionalizzazione del bambino senza che ne sia seguito e ragionevolmente ne possa seguire l'affidamento preadottivo ad una coppia con i requisiti per l'adozione piena, secondo l'interpretazione proposta dalla dottrina in una prima lettura della legge 183/1984, sulla scorta dei lavori preparatori che l'hanno preceduta[9], non tiene conto dell'evoluzione legislativa ed applicativa dell'istituto nell'attuale quadro costituzionale e convenzionale[10].

favorevoli a forme di adozione «mite», v. anche Corte EDU, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014 (ric. n. 33773/11).

[5] App. Salerno, 15 novembre 1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177, con nota di BITETTI e v. anche Trib. min. Roma, 31 marzo 1992 in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 188.

[6] Trib. Min. Trento, 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 149, con nota di LONG, *Adozione «extraconvenzionale» di minori provenienti da paesi islamici*. In senso contrario, Trib. Min. Brescia, 12 marzo 2010, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 770.

[7] Ad esempio, v. Cass., 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Foro it.*, 2011, I, 728, con nota di DE MARZO; e in *Fam. dir.*, 2011, p. 697, con nota di ASTONE, *La deliberazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*.

[8] Ad esempio, v. Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 83; App. Firenze, 4 ottobre 2012, in *Minori giust.*, 2013, p. 366.

[9] Rinvio a M. BESSONE, G. FERRANDO, voce *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, in *Novissimo dig.*, App., V, p. 82 ss.

[10] V. Trib. min. Piemonte Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 205.

La Corte costituzionale[11] ha condiviso questa impostazione quando ha affrontato la questione se sia ammissibile l'adozione in casi particolari del bambino abbandonato dai genitori, ma accudito da parenti entro il quarto grado, proprio a favore di quei parenti che, supplendo alle carenze parentali, si sono presi cura di lui. Si delinea così una distinzione tra adozione (piena) dei minori in stato di abbandono ai quali occorre dare una famiglia sostitutiva di quella di origine, e adozione (semplice) dei minori non in stato di abbandono per i quali è opportuno dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto[12].

Questa interpretazione è stata seguita dalla prevalente giurisprudenza di merito che ha ammesso l'adozione da parte della compagna o del compagno dello stesso sesso del genitore[13] ed è stata confermata dalla Corte di cassazione[14].

Se vogliamo dunque analizzare l'approccio giurisprudenziale all'adozione in casi particolari dei figli di coppie dello stesso sesso possiamo in estrema sintesi individuare tre fasi: 1) l'adozione in casi particolari si può fare; 2) si può fare "soltanto" l'adozione in casi particolari, unico strumento disponibile per formalizzare il rapporto con il genitore non biologico; 3) l'adozione in casi particolari 'non basta' perché non garantisce in modo adeguato i diritti del bambino.

[11] Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3215.

[12] Si tratta di un'impostazione che, sia detto per inciso, la Corte mantiene ferma anche in più recenti sentenze dove la distinzione tra adozione di minori in stato di abbandono e adozione di minori non in stato di abbandono viene ribadita al fine di identificare la disciplina applicabile al riconoscimento del provvedimento di adozione pronunciata all'estero a favore della compagna della madre: Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76.

[13] Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 30 luglio 2014, in *Fam. dir.*, 2015, p. 574; App. Roma, 9 aprile 2015, in *articolo29.it*; Trib. Roma, 30 dicembre 2015, in *Fam. dir.*, 2016, p. 589, con nota di SCALERA, *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 974, con nota di FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore (adozione incrociata da parte di una coppia di comamme)*; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 969, con nota di FARINA, che pronuncia l'adozione in casi particolari a favore del compagno del padre biologico del figlio generato con GPA all'estero. In senso contrario, v. Trib. min. Piemonte Valle d'Aosta, 11 settembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 205 ss., con nota di NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura «eversiva» dell'art. 44, lett. d), legge 184/1983*, riformata da App. Torino, 27 maggio 2016, in *Fam. dir.*, 2015, p. 822 con nota di FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e* best interest *del minore*.

[14] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, sulla quale v. par. seg.

2. L'adozione in casi particolari si può fare

Con la sentenza n. 12962 del 2016 - decisione pronunciata poco prima dell'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, anche se pubblicata successivamente – la Corte ammette l'adozione coparentale da parte della compagna della madre biologica[15] . Seguendo la distinzione chiaramente fatta dalla Corte costituzionale tra adozione semplice di un minore abbandonato, ammissibile quando vi sia di fatto impossibilità di affidamento preadottivo, ed adozione semplice di minore non abbandonato, finalizzata a dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto, il caso in esame rientra pacificamente nella seconda alternativa. In questo caso, seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale, «l'interpretazione della nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" da prescegliere non può che essere quella» secondo cui «deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere ad affidamento preadottivo». Non è necessario in questi casi che sussista la c.d. «impossibilità di fatto».

Non costituisce ostacolo il fatto che, in séguito all'adozione da parte della compagna della madre la responsabilità genitoriale venga ad essere esercitata da una coppia di genitori dello stesso sesso. Si tratterebbe infatti di una discriminazione ingiustificata che la Suprema Corte anche in altra occasione ha avuto modo di stigmatizzare, in quanto appoggiata su argomenti «alla base dei quali non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» ed in forza dei quali «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino»[16].

In coerenza con questi princìpi, con affermazione di grande rilievo, la Corte conclude che, dato che all'adozione *ex* art. 44 possono accedere sia persone singole, sia coppie non sposate, «l'esame dei requisisti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto (la constatata impossibilità di affidamento preadottivo), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed

[15] Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota di CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di FERRANDO al quale mi permetto di rinviare.

[16] Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, p. 1038, con nota di WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*.

alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio *partner*».

Questa lettura dell'art. 44 lett. d) è stata successivamente mantenuta ferma anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 76[17] e sembra ormai pacifica dopo che le sezioni Unite[18] e la Corte costituzionale[19] la hanno fatta propria in più di un'occasione.

Non ci sono, dunque, ostacoli normativi che impediscano di accogliere la richiesta di adozione in casi particolari da parte del compagno e della compagna del genitore genetico. L'adozione semplice non può tuttavia essere considerata la soluzione ottimale in ogni circostanza. Se appare infatti adeguata nei casi di famiglie ricostituite, eterosessuali o omosessuali, per dare veste giuridica al c.d. «terzo genitore», sembra invece una soluzione «di ripiego» per il figlio generato da una coppia di persone dello stesso sesso, nell'ambito di un comune progetto parentale, perché non garantisce al bambino fin dalla nascita uno stato certo, corrispondente alla effettività delle relazioni familiari in cui vive; giunge al termine di un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti; richiede il consenso del genitore biologico, consenso che può essere negato quando il rapporto di coppia entra in crisi[20]. Il fatto, poi, che l'adozione, per sua stessa natura, possa essere pronunciata soltanto in seguito a domanda dell'adottante, la rende inidonea a tutelare il diritto allo *status* del bambino in tutti quei casi in cui il genitore ci ripensi e non intenda riconoscerlo. In definitiva, l'adozione in casi particolari non sembra in grado di assicurare quella tutela "pronta ed effettiva" dei diritti del bambino che la Corte europea dei diritti dell'uomo[21] ha indicato come condizione neces-

[17] A partire da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *articolo29.it*.

[18] Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 740, con commento di SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità* (p. 737 ss.); *in Fam. dir.*, 2019, p. 753, con note di FERRANDO e DOGLIOTTI; in *Familia*, 2019, p. 369, con nota di M. BIANCA. E cfr. anche il mio commento, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 815.

[19] Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con mia nota, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221; Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237. Al riguardo, v. ASTONE, *Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1169; Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, cit.

[20] Come nel caso che ha portato a Corte cost. n. 32/2021.

[21] Corte EDU, Grande Camera, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à*

saria che debbono soddisfare gli strumenti che gli Stati sono tenuti a predisporre per rendere possibile il riconoscimento del legame con il genitore intenzionale.

3. Si può fare soltanto l'adozione in casi particolari, unico strumento disponibile per formalizzare il rapporto con il genitore intenzionale

Nel mentre veniva riconosciuta l'ammissibilità dell'adozione in casi particolari da parte del compagno/a del genitore biologico, venivano allo stesso tempo tentate altre strade, più rapide e dirette, per formalizzare il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Si è posto così il problema di individuare strumenti diversi dall'adozione in casi particolare capaci di garantire in modo più completo e tempestivo il diritto del bambino allo *status* nei confronti di entrambi i genitori.

Al riguardo va preliminarmente chiarito che la richiesta del riconoscimento della doppia paternità o maternità nell'atto di nascita corrisponde non solo alla legittima aspirazione degli adulti di risultare a tutti gli effetti genitori del bambino di cui hanno voluto la nascita ma, ancor prima, al diritto e interesse del bambino ad avere fin da subito due genitori entrambi responsabili di fronte alla legge della sua persona e della sua formazione, una piena tutela giuridica e sociale che lo metta al riparo dai rischi della vita (la morte di uno dei genitori, la loro separazione), che lo protegga nelle relazioni con i terzi (la scuola, la sanità).

Quando il bambino nasce all'estero in un paese che ammette l'indicazione nell'atto di nascita della doppia genitorialità da parte di due mamme o di due papà la via maestra è sembrata quella di chiedere il riconoscimento in Italia dello *status* formato all'estero. Il tentativo ha avuto successo soltanto nei casi (in verità poco frequenti) di nascita da una coppia di donne grazie a fecondazione eterologa con seme di donatore. Di solito, infatti, le donne, effettuata la fecondazione, tornano in Italia dove si svolge la gravidanza ed ha luogo la nascita. Quando la gestante partorisca all'estero, la domanda di trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero è stata accolta sia nel caso di fecondazione c.d. "incrociata" (in cui la gestante porta l'embrione formato con l'ovocita della sua compagna la quale ha dunque un

l'étranger et la mère d'intention, domanda n. P16-2018-001, 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ, comm.*, 2019, p. 764.

legame genetico con il nato)[22] sia in quello di fecondazione "semplice" (in cui ad essere fecondato è l'ovocita della gestante e quindi la sua compagna ha solo un legame intenzionale con il nato)[23]. Il divieto di accesso delle coppie dello stesso sesso alla fecondazione assistita previsto dall'art. 5, l. n. 40 non è stato ritenuto integrare quel principio di ordine pubblico internazionale ostativo al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri. Nel bilanciamento di interessi, quello del nato alla propria identità, alla continuità dello status acquisito all'estero è stato ritenuto del tutto prevalente.

Molto più frequenti sono i casi di domanda di riconoscimento in Italia dell'atto di nascita straniero indicante la doppia paternità. La sanzione penale prevista dalla legge italiana (art. 12 c. 6, l. n. 40) per chi realizza la surrogazione di maternità non impedisce alle coppie (di sesso diverso o dello stesso sesso) di recarsi all'estero in quei paesi dove questa pratica è ammessa e regolamentata. Si pone così il problema del riconoscimento dell'atto di nascita straniero che indica come genitori il padre biologico e la madre o il padre intenzionale.

In Italia alcuni giudici di merito, nella linea segnata dalle pronunce della S.C. sulle due mamme in precedenza ricordate, hanno ammesso la trascrizione dell'atto di nascita straniero contenente l'indicazione della doppia paternità[24]. Rimessa la questione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[25], queste ultime non hanno ammesso la trascrizione perché in

[22] V. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (est. Lamorgese), *in Foro it.*, 2016, I, 3329, con nota di CASABURI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 18, con mia nota *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in *Nuova giur. civ, comm.*, 2017, p. 372, con nota di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same-sex (*ibid.*, p. 362); in *articolo29.it*, con nota di SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*.

[23] Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 (est. Dogliotti), in *articolo29.it*, con commento di STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*.

[24] App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, p. 162 ss., con note di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, e di C. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*. La Corte d'appello di Milano ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita di due gemelli nati in California attraverso una gestazione per altri portata avanti da una donna che aveva ricevuto l'impianto di due ovociti ciascuno dei quali fecondato con il seme di uno dei partner, che poi veniva indicato come il padre. Nonostante il diverso patrimonio genetico, entrambi i gemelli portano i cognomi dei due padri: App. Milano, 28 dicembre 2016 , in *articolo29.it*. E v. anche Trib. Napoli, 6 dicembre 2016 (*ibid.*).

[25] Cass. 22 gennaio 2018, n. 4382, ord., in *articolo29.it*.

contrasto con il principio di ordine pubblico[26]. La Corte non ne fa una questione di genitorialità omosessuale e neppure smentisce apertamente la precedente giurisprudenza sulle due mamme. L'ostacolo insormontabile al riconoscimento dell'atto di nascita straniero contenente l'indicazione della doppia paternità viene ravvisato nel divieto di maternità surrogata inteso come principio inderogabile di ordine pubblico. L'interesse del minore che, secondo la Corte europea costituisce il principio che occupa il primo posto nella scala di valori, con il quale bilanciare tutti gli altri, passa in secondo piano nella sentenza delle sezioni unite la quale pone invece l'accento sull'interesse generale al contrasto della maternità surrogata.

In tal modo viene rovesciata la scala ascendente dei valori costituzionali incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, sulla pari dignità a prescindere da condizioni personali e sociali, sul carattere preminente che la considerazione dell'interesse del minore deve avere in ogni decisione che lo riguarda. Ed al primo posto viene collocata la condanna della maternità surrogata. Nel ragionamento delle sezioni unite la pretesa sanzionatoria dello Stato prevale senza scampo sui diritti e sull'interesse del bambino.

La Suprema Corte affida la tutela dell'interesse del minore all'adozione in casi particolari, unico strumento giuridico adatto a conferire rilievo al rapporto genitoriale (art.44, comma 1°, lett. *d*), l. n. 184/1983). L'adozione in casi particolari è l'unica strada percorribile per formalizzare il rapporto con il genitore intenzionale. Quindi, da un lato le sezioni unite avallano definitivamente l'ammissibilità dell'adozione in casi particolari da parte del partner dello stesso sesso del genitore[27], dall'altro, tuttavia, ritengono che questa sia l'unica strada percorribile, essendo sbarrata quella del riconoscimento dell'atto di nascita. Il diritto del bambino alla certezza del rapporto parentale con chi ne ha voluto la nascita nell'ambito di un comune progetto parentale passa in secondo piano, viene strumentalizzato in vista dell'esigenza di sanzionare la condotta dei genitori e di stigmatizzare "una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge"[28].

L'adozione in casi particolari è stata indicata come unica strada percorribile anche nel caso in cui, nato il bambino in Italia, l'ufficiale di stato civile era stato richiesto di redigere l'atto di nascita con l'indicazione della doppia maternità. Secondo la Corte di cassazione, i figli nati in Italia da

[26] Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.
[27] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.
[28] Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

una coppia di donne grazie a donazione di seme realizzata all'estero non possono essere riconosciuti nell'atto di nascita[29]. In questo caso non è il divieto di maternità surrogata a costituire la ragione del rifiuto (la tecnica usata non è la maternità surrogata, ma la fecondazione eterologa all'estero). L'esclusione della seconda mamma dal riconoscimento nell'atto di nascita si basa sul fatto che madre è (solo) la donna che partorisce e solo questa maternità può essere accertata, non la maternità intenzionale. Il nostro sistema risponde al paradigma eterosessuale: genitori non possono che essere un padre e una madre.

Nel condividere questa lettura del sistema in pronunce con cui vengono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate al riguardo, la Corte costituzionale non manca di indicare nell'adozione in casi particolari la strada maestra, l'unica percorribile, per dare veste giuridica alla maternità intenzionale[30].

4. L'adozione in casi particolari 'non basta', perché non garantisce in modo adeguato i diritti del bambino

Il cambio di passo arriva nel 2021 con due sentenze della Corte costituzionale relative l'una alla richiesta di formazione dell'atto di nascita in Italia con l'indicazione della doppia maternità e l'altra alla trascrizione dell'atto di nascita straniero da cui risulta la doppia paternità del nato grazie a GPA all'estero[31].

La Corte costituzionale si pronuncia, nell'uno e nell'altro caso, per l'inammissibilità della questione ritenendo che la complessità delle questioni e la varietà degli strumenti giuridici disponibili per garantire i diritti del bambino richiedano l'intervento del legislatore. Non si tratta tuttavia di

[29] Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in *Questione giustizia on line*, 2020, con note di CELENTANO e FERRANDO.

[30] Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237; Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, cit.

[31] Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 (est. Sciarra) e Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33 (est. Viganò) entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 616, con nota di CHECCHINI, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale. Per un primo commento*. Cfr. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in *Questione giustizia online*; GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *giudicedonna.it*.; FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

un blando invito, come quelli a cui eravamo abituati[32]. Questa volta l'intervento del legislatore viene definito "indifferibile" (n. 33), e viene giudicato "non …più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa" (n.32).

Questo perché la Corte ritiene che le regole di "diritto vivente" non tutelino adeguatamente i diritti del bambino e l'adozione in casi particolari non basti per garantirli. Nell'una e nell'altra sentenza sono i diritti del bambino a ricevere preminente considerazione, quelli ai quali si rivolge lo "sguardo" della Corte.

La sentenza n. 33 si esprime molto chiaramente al riguardo. Il fatto che la questione sottoposta all'esame della Corte riguardi un caso di maternità surrogata, pratica penalmente sanzionata e apertamente condannata dalle Sezioni Unite (n. 12193/2019) e dalla stessa Corte costituzionale (n. 272/2017)[33], non può infatti porre nell'ombra il fatto che le questioni su cui la Corte si deve ora pronunciare "sono però focalizzate sugli interessi del bambino … nei suoi rapporti con la coppia" (omosessuale o eterosessuale, non importa) che ne ha voluto il concepimento e la nascita.

La questione da decidere non riguarda la maternità surrogata, ma lo stato del figlio. Questo passaggio è decisivo in quanto, diversamente dalle sezioni Unite, la Corte costituzionale è consapevole della necessità di non confondere i due distinti piani: da un lato il giudizio sulla condotta dei genitori, dall'altro la tutela dei diritti del figlio. Una cosa è la condanna della maternità surrogata, altro il problema dello stato del figlio.

I diritti del bambino non devono essere strumentalizzati in funzione dell'esigenza, per quanto legittima, di scoraggiare il ricorso ad una pratica vietata dalla legge penale[34]. L'ordinamento può riprovare la maternità surrogata, prevedere sanzioni penali e adottare misure preventive per scorag-

[32] Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237, cit.; Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, cit.

[33] Più di recente le Sezioni unite hanno ribadito, in *obiter*, il giudizio negativo sulla GPA in una pronuncia che ammette il riconoscimento dell'adozione piena pronunciata all'estero a favore di una coppia di uomini "non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione": Cass. S.U. 31 marzo 2021, n. 9006.

[34] Questo non è ammissibile, come la Corte ha chiarito in altre occasioni: a proposito del divieto di riconoscimento dei figli nati da incesto (Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Familia*, 2003, p. 848 ss., con note di FERRANDO e LANDINI, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 278 cod. civ. abr. che, in caso di incesto, impediva le indagini sulla paternità e la maternità). Da ultimo, a proposito del carattere automatico della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave reato in danno del figlio, v. Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102.

giare il ricorso ad essa. Ma una volta che il bambino è nato non può dimenticare che quel bambino è una persona pienamente tutelata dall'ordinamento, titolare di diritti costituzionali che non possono essere sacrificati sull'altare dell'interesse pubblico[35].

Da questo punto di vista "non vi è dubbio … che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia". E questo si apprezza da una duplice prospettiva dato che "questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino" ed anche perché il bambino ha diritto a che sia affermata i capo ad entrambi "la titolarità giuridica di quel fascio di doveri … inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali", dai quali non è pensabile che costoro "possano ad libitum sottrarsi"[36].

Non viene dunque in discussione, precisa la Corte, un preteso "diritto alla genitorialità" in capo agli adulti, ma un diritto del bambino ad avere due genitori responsabili della sua crescita. E dal suo punto di vista un genitore solo, quello biologico, non è sufficiente, perché quando un bambino cresce ed è continuativamente accudito da un nucleo composto da due persone, che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale, "è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento del proprio rapporto giuridico con entrambe". Diritti del bambino e responsabilità dei genitori: sono questi i principi che ci devono guidare.

Il diritto del bambino alla "propria famiglia" (art. 1, l. n. 184/1983) - viene da aggiungere - non fa riferimento ad un modello di famiglia che il legislatore in astratto reputa più idoneo[37], ma riguarda ogni famiglia reale,

[35] In senso contrario v. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 555.

[36] Alla penna dello stesso relatore si deve la recente Corte cost. n. 102/2020 che, in applicazione di tale principio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità (Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102). E v. già Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro it.*, 2012, I, 1992; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, *ivi*, 2014, I, 1402.

[37] Secondo Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, cit., la scelta del legislatore contraria al riconoscimento della doppia maternità non è irragionevole, dovendosi ritenere che "una famiglia ad *instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti in linea di principio, il 'luogo' più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato (sentenza n. 221 del 2019)". In una medesima prospettiva, v. Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, cit.

quella che la vita ha dato a ciascun bambino e che non necessariamente si fonda su vincoli biologici di generazione, ma può attingere anche all'accoglienza, alla scelta di essere genitori.

La Corte riconosce "l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari" (n. 32) che non è "ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali richiamati" (n. 33). Si tratta di un istituto che "opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, …) e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine" (n. 32). L'adozione, in ogni caso, presuppone che sia il genitore a farne domanda, esponendo il figlio ad eventuali ripensamenti di chi ne ha voluto la nascita e che non dovrebbe potersi sottrarre alle sue responsabilità.

Se lo strumento per far constare la doppia genitorialità dovesse essere l'adozione, "essa dovrebbe … essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983" (n. 33)[38].

A ben vedere, il ricorso all'adozione per formalizzare il rapporto con il genitore intenzionale appare da un lato una forzatura, dall'altro una soluzione di ripiego. Una forzatura perché l'adozione, anche nella versione particolare, costituisce strumento per rendere proprio il figlio altrui. Serve a dare veste giuridica al "terzo" genitore. Si adotta il figlio di altri non il proprio: tant'è vero che "i figli non possono essere adottati dal loro genitori" (art. 293 c.c. che, nella versione originale, si riferiva ai "figli naturali").

Nel caso di coppie dello stesso sesso, l'adozione risponde alla logica dell'istituto nel caso in cui il figlio sia nato da una storia precedente. Nel caso, invece, di bambino nato all'interno della coppia, frutto di un progetto

[38] La Corte costituzionale (sentenza 28 marzo 2022, n. 79) ha dichiarato costituzionalmente illegittimo – per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 117 CEDU – l'art. 55 della legge n. 184 "nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante". Va inoltre segnalato il tentativo da parte della giurisprudenza di merito di una interpretazione che renda possibile l'instaurazione di rapporti di parentela "almeno" tra fratelli: v. Trib. min. Bologna 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78, con commento di CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*. E v. anche Trib. min. Venezia, 9 ottobre 2020, *ilfamiliarista.it*.

di genitorialità condiviso, l'adozione costituisce uno strumento insufficiente di tutela, un ripiego, perché non garantisce in tempi appropriati alle esigenze di crescita del bambino uno stato di filiazione pieno nei confronti del genitore intenzionale.

Da questo punto di vista, mi sembrano molto importanti le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale perché chiariscono in modo inequivocabile i limiti e le insufficienze dell'adozione in casi particolari rispetto al diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status* nei confronti di entrambi i genitori.

Alcuni passaggi in motivazione meritano una sottolineatura, a partire dalla distinzione che viene fatta fin da subito tra le questioni relative alla condotta dei genitori e quelle relative allo stato del figlio, distinzione che porta a concentrare l'attenzione sul secondo ordine di problemi cioè sui diritti del bambino.

Nelle scelte del legislatore deve avere preminente considerazione il diritto del bambino al pieno riconoscimento del suo stato nei confronti di entrambi i genitori che ne hanno reso possibile la nascita, che ne accompagnano la crescita e che esercitano insieme la responsabilità parentale. Fissato questo principio irrinunciabile, appare allora chiaro che non ci può essere strumentalizzazione delle tutele del figlio ad altri fini, per quanto legittimi. È definitivamente alle nostre spalle la logica sanzionatoria che pretende di sacrificare i diritti del bambino per scoraggiare o reprimere la condotta dei genitori che l'ordinamento ritiene penalmente rilevante. Questo mi sembra un segnale importante. C'è una linea di continuità tra queste sentenze e gli altri precedenti che la Corte richiama (n. 102/2020, n. 31/2012, n. 7, 2013, n. 494/2002) tale per cui si può parlare di un indirizzo costante nella giurisprudenza costituzionale. Nello stesso tempo si registra una inversione di tendenza rispetto alle decisioni della Corte di Cassazione da cui scaturisce il diritto vivente sulla cui legittimità la Corte è chiamata a pronunciarsi. Perché in quelle sentenze i diritti del bambino passano in secondo piano rispetto all'esigenza da un lato di dare forza al divieto di maternità surrogata inteso come principio di ordine pubblico[39] e dall'altro di ribadire il modello di famiglia tradizionalmente inteso come unione tra un uomo e una donna orientata alla procreazione[40].

Intendiamoci: la Corte non rinnega la condanna della maternità surrogata. Pur nel riconoscimento del carattere di assoluta preminenza che i diritti del bambino rivestono nella scala dei valori costituzionali, la Corte ne

[39] Cass, S.U. 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

[40] Cass. 3 aprile 2020, n. 7668, cit.; Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, cit. Analogamente, Corte cost. n. 230/2020, cit.

ammette il bilanciamento, nei limiti di proporzionalità, con altri scopi legittimi perseguiti dall'ordinamento, compreso quello di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, "una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge"[41]. Questo non le aveva impedito tuttavia di riconoscere la necessità di tener conto dell'interesse del minore nel valutare l'ammissibilità dell'azione di impugnativa (ex art. 263 c.c.) del riconoscimento effettuato della madre intenzionale.

Anche adesso la Corte si muove sul difficile crinale del bilanciamento tra esigenze contrapposte e tuttavia con più fermezza individua i binari su cui la legge deve orientarsi. Anche alla luce della giurisprudenza CEDU, il margine di apprezzamento di cui gode il legislatore non è incondizionato, dato che egli *deve* rendere possibile la piena formalizzazione del rapporto col genitore intenzionale, anche se non necessariamente mediante la trascrizione del provvedimento straniero. Lo strumento prescelto, che potrebbe eventualmente essere anche un particolare tipo di adozione, deve comunque rispondere ad alcuni stringenti requisiti. Quanto ai tempi, il riconoscimento giuridico deve essere assicurato "al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati". Quanto ai modi, deve essere assicurata l'"effettività" e la "celerità" della sua messa in opera. Quanto ai contenuti, deve essere riconosciuta la "pienezza del legame di filiazione".

Questo perché i diritti del bambino non possono essere strumentalizzati ad altri fini, per quanto legittimi. "Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

Anche una particolare forma di adozione potrebbe essere presa in considerazione purché "sia in grado di costituire un legame di vera e propria 'filiazione' tra adottante e adottato" che giunga al termine di un procedimento di adozione effettivo e celere", una volta che "ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino".

La pronuncia lascia aperti molti interrogativi che mi provo ad elencare. Pensiamo davvero che l'adozione – per quanto piena e celere -sia lo strumento adatto a tutelare il bambino in circostanze in cui non si tratta di dargli un "altro" genitore, ma di garantire la continuità di uno *status filiationis*, già legalmente costituito in altro Stato? È necessario l'accertamento "in concreto" dell'interesse del minore se, come riconosce la stessa Corte è

[41] In questo senso, v. già Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

"indiscutibile … l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale, ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso"? A me pare che non si tratti di accertare "l'interesse in concreto" del bambino, ma di garantire il suo "diritto" all'identità e allo stato.

Per quanto riguarda la legittima pretesa di scoraggiare il ricorso alla maternità surrogata a tutela della dignità della donna nei confronti di una pratica che la offende io mi chiedo se davvero una politica che voglia perseguire questo scopo deve ricorrere a misure che per un verso o per l'altro richiedono un aggiustamento al ribasso della tutela dei figli.

Dal punto di vista sanzionatorio, non basta la tutela penale prevista dall'art. 12, l. 40? Dal punto di vista preventivo, pensiamo davvero che la previsione dell'adozione al posto del riconoscimento dell'atto di nascita sortisca un qualche effetto? O non sarebbe invece meglio puntare su altre misure, ad esempio, semplificare per le coppie sterili il ricorso all'adozione, prevedere che anche le coppie dello stesso sesso possano farne domanda?

Che cosa farà il legislatore? Non lo sappiamo ma certo non lo farà in tempi brevi. E allora nell'attesa che il legislatore intervenga, saranno i giudici ad affrontare questi problemi. Come dovranno decidere? Dovranno applicare una *regola iuris* di cui la Corte ha già rilevato il contrasto con la Costituzione, o non dovranno invece dare una interpretazione costituzionalmente orientata che garantisca in modo ottimale il diritto del bambino ad avere come genitori le persone che ne hanno voluto la nascita e che sono responsabili nei suoi confronti[42]?

A sentire la Corte, la disciplina spetta "in prima battuta" (n. 33) al legislatore, il che lascia intendere che "in seconda battuta" la parola possa passare ad altri, alla stessa Corte che "ora" ritiene di "non poter porre rimedio", ma forse potrà farlo domani. E non si deve escludere che anche i giudici di merito possano avere voce in capitolo dato che i diritti dei bambini in carne ed ossa non possono restare sospesi nella snervante attesa dell'intervento del legislatore. Lo ammetteva apertamente la stessa Corte anni orsono, a proposito della fecondazione eterologa (sentenza n. 347/1998). Stabilito che spetta "in via primaria" al legislatore la disciplina della PMA, riconosceva poi che, in mancanza di una legge appartiene al

[42] Per quanto riguarda la doppia maternità, poco dopo la sentenza n. 32 giunge la pronta risposta della Corte d'Appello di Cagliari (29 aprile 2021, in *articolo29.it*, con nota di GATTUSO) che ammette l'iscrizione della seconda mamma nell'atto di nascita. Per quanto riguarda la doppia paternità, v. Trib. Milano 23 settembre 2021 che ammette la trascrizione dell'atto di nascita straniero.

giudice il potere di "ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione … (dei) beni costituzionali" implicati. Questa, anche oggi, mi pare la via da percorrere, se si vuole evitare che in concreto si verifichi quella violazione di diritti fondamentali che la Corte ha condannato[43].

È questa la via imboccata dalla prima Sezione della Corte di Cassazione innanzi alla quale pendeva la causa su cui è intervenuta la sentenza n. 33/ 2021 della Corte costituzionale. La prima Sezione ha chiesto alle Sezioni Unite di valutare se, alla luce dell'evoluzione del diritto vivente, sia ancora sostenibile la contrarietà all'ordine pubblico di tale riconoscimento, se sia ancora ammissibile una interpretazione palesemente incostituzionale o se, invece, non sia possibile una "*interpretazione adeguatrice*", una "*valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza … nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore*"[44].

In una logica di gradualità, la I Sezione fa un passo avanti per individuare un punto di equilibrio che tuteli i diritti del bambino senza rinunciare a garantire la dignità della donna. Nell'interpretazione proposta dalla I sezione, il bilanciamento tra diritti del bambino e tutela della dignità della donna non deve essere fatto in astratto, ma deve invece tener conto delle diverse situazioni concrete, tenendo in particolare conto della "*adesione libera e consapevole e non determinata da esigenze di ordine economico della donna alla gestazione, revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione fino alla nascita del bambino, necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali, valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto*".

La presenza di questi elementi – secondo i prudenti criteri di valutazione che la Corte suggerisce – starebbe ad indicare che nel caso concreto vi è stata una adeguata considerazione delle istanze di tutela della gestante e riporterebbe in equilibrio la bilancia tra diritti della donna e diritti del bambino.

[43] Ricordiamo che, a proposito del divorzio automatico del transessuale, in seguito alla sua dichiarazione di incostituzionalità "nella misura in cui" la legge non prevedeva che i coniugi potessero "convertire" il matrimonio in un'altra forma riconosciuta dall'ordinamento (Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170), ed in assenza di una legge che sarebbe arrivata solo l'anno successivo (art. 1, c. 27, l. n. 76/2016), la Corte di cassazione, con giurisprudenza innovativa (Cass. 21 aprile 2015, n. 8097) ritenne inammissibile la caducazione automatica del matrimonio dato che, ragionando in senso contrario, ci sarebbe stata quella violazione di diritti fondamentali che la Corte costituzionale aveva condannato.

[44] Cass. ord. 21 gennaio 2022, n. 1842.

Se ci si pone nell'ottica del bilanciamento suggerita dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea, mi pare che quello proposto dalla I Sezione sia un tentativo per così dire "di alto profilo", di contemperare interessi ritenuti in conflitto tra loro[45].

[45] Al riguardo, più diffusamente, v. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia on line*, 2022.

ELISABETTA LAMARQUE - GIACOMO MINGARDO

GESTAZIONE PER ALTRI E *BEST INTERESTS OF THE CHILD*. LA PROSPETTIVA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA[*]

SOMMARIO: 1. Partita chiusa, per ora. – 2. Il significato del principio dei *best interests of the child* nella sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale. – 3. Precisazioni, conferme e novità. – 4. La Corte costituzionale e la gestazione per altri. Un precedente deciso (e decisivo). – 5. "In prima battuta, al legislatore": il monito rafforzato e la prima applicazione da parte del giudice comune.

1. Partita chiusa, per ora

Si può forse dire che quando si discute di gestazione per altri[1] i grandi argomenti che vengono in rilievo per il diritto in generale, e per il diritto costituzionale in particolare, sono fondamentalmente soltanto due, anche se variamente articolabili al loro interno.

C'è innanzitutto il tema che potremmo chiamare della ammissibilità della pratica – e, qualora ammissibile, in quali delle sue forme – in un dato ordinamento.

C'è poi, in secondo luogo, per gli ordinamenti che non accettano la pratica, il tema degli effetti indiretti in quell'ordinamento della gestazione per altri portata a termine altrove, e soprattutto il problema cruciale della condizione giuridica delle persone che da essa siano state generate.

Nel presente breve contributo si darà conto delle posizioni assunte sui due temi dalla Corte costituzionale italiana.

Si tratta di posizioni molto nette, sintetizzabili in poche battute e formulate – per quanto riguarda il secondo tema – o ribadite – per quanto riguarda il primo tema – all'interno di una pronuncia molto recente, la nota

[*] Il contributo è frutto della riflessione comune dei due autori. La stesura del testo è attribuibile a Elisabetta Lamarque per i parr. 1, 2 e 3 e a Giacomo Mingardo per i parr. 4 e 5.

[1] Nel presente scritto si preferisce ricorrere all'espressione "gestazione per altri" perché trasmette un'idea di neutralità, al contrario di altre espressioni comunemente utilizzate. Non esprime infatti né un disvalore né un apprezzamento di tale tecnica, ma la considera nella sua oggettività.

sentenza n. 33 del 2021, la quale rappresenta quindi un punto di non ritorno, almeno per i prossimi anni, per l'ordinamento italiano su questa materia.

Quanto al primo profilo, la sentenza n. 33 ripete, senza mezzi termini, che il nostro ordinamento costituzionale non tollera la pratica della gestazione per altri.

Quanto al secondo profilo, la medesima sentenza, muovendo dall'implicito presupposto di fatto che le persone nate da questa pratica sono oggi tutte persone minori di età, afferma che la tutela giuridica che la legislazione italiana accorda loro – e cioè la possibilità di avere soltanto un genitore legale affiancato eventualmente da un genitore adottivo, ma alle restrittive condizioni e con gli effetti limitati dell'adozione in casi particolari disposta dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983 – è una tutela del tutto insufficiente, non adeguata né ai parametri costituzionali né agli standard internazionali relativi alla protezione dei minori di età.

Last but not least, a chiusura del cerchio, la stessa sentenza n. 33 avverte che da ora in poi è necessario che il dibattito politico sulla gestazione per altri, e le conseguenti necessarie modifiche legislative volte a garantire la pienezza dei diritti dei figli nei confronti di coloro che si sono assunti la responsabilità per la loro nascita e la loro crescita, mantengano sempre ben distinti i due profili, allo scopo di evitare di "strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

Chi scrive ritiene che quest'ultima indicazione offerta dalla Corte costituzionale agli interpreti e al legislatore sia la più preziosa tra quelle contenute nella sentenza n. 33, perché risponde perfettamente al principio personalista, che è il cuore pulsante della nostra Costituzione[2]. Se qualsiasi diritto fondamentale della persona umana, compreso lo stesso diritto alla vita, è bilanciabile con altri diritti di pari rango e con esigenze della collettività di livello costituzionale, non è tuttavia pensabile rendere la persona umana uno "strumento", e cioè un "oggetto" di cui il potere pubblico possa disporre per raggiungere obiettivi, anche legittimi, di interesse generale[3].

In ossequio a tale indicazione, nel presente contributo si tratteranno distintamente i due temi.

[2] Sia consentito il rinvio, sul punto, a E. LAMARQUE, *Il principio personalista*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano. Volume II. I princìpi fondamentali*, a cura M. Benvenuti e R. Bifulco, in corso di pubblicazione per la casa editrice Giappichelli.

[3] In senso analogo G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in *Scritti in onore di Francesco Guizzi*, II, Torino, 2013, pp. 838 ss.

Il secondo e il terzo paragrafo sono dedicati al percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale sul principio dei *best interests of the child*, di cui la sentenza n. 33 costituisce il completamento e l'approdo definitivo, nel momento in cui fonda su quel principio il pressante invito al legislatore a intervenire sul tema della condizione giuridica dei nati da gestazione per altri praticata all'estero.

Il quarto paragrafo illustra la posizione assunta dalla Corte costituzionale sul tema della illiceità della gestazione per altri.

Il quinto e ultimo paragrafo riguarda la tecnica decisoria scelta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 33, per veicolare questi contenuti e illustra anche la prima applicazione da parte di un giudice comune del monito emesso.

2. Il significato del principio dei *best interests of the child* nella sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale

La sentenza prende posizione sulla portata e sul modo di operare del principio dei *best interests of the child* nel nostro ordinamento con una straordinaria chiarezza.

L'intento della Corte costituzionale è evidente. Il principio da molti anni viene invocato in tutte le sedi nelle quali si discute della posizione delle persone di minore età, ma troppo spesso gli stessi operatori del diritto lo richiamano in modo poco avvertito, superficiale, generico e dunque retorico, se non errato o addirittura strumentale, allo scopo di 'coprire' scelte che favoriscono gli interessi degli adulti. La Corte se ne mostra ben consapevole e provvede a sgombrare il campo perlomeno dai più macroscopici fraintendimenti.

Chi scrive ritiene meritorio l'intento che muove il giudice delle leggi e lo condivide nei suoi contenuti[4]. Vediamone i passaggi essenziali.

[4] In alcuni passaggi della più recente giurisprudenza costituzionale sul tema, anzi, sembra che siano stati ripresi e sviluppati alcuni degli spunti offerti da chi scrive in uno studio di qualche anno fa (E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; in linea di continuità con quel primo studio si vedano poi anche, volendo, EAD., *Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2017, pp. 19 ss. ed EAD., *I* best interests of the child, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, pp. 140 ss., in *open access* all'indirizzo www.garanteinfanzia.org).

In primo luogo, la Corte costituzionale afferma che il principio dei *best interests of the child* è sì enunciato espressamente soltanto da strumenti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani – all'interno dei quali fa la sua apparizione in forma non vincolante nel 1959 per poi essere richiamato in documenti vincolanti, quali innanzitutto la Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo – ma è anche, o forse soprattutto, un principio ricavabile in via interpretativa dalla nostra Costituzione (sulla base degli artt. 30 e 31 Cost., oltre che dell'art. 2 Cost.).

Lo testimonia, a dire della Corte stessa, una importante pronuncia costituzionale in tema di adozione del lontano 1981, e dunque antecedente alla stessa Convenzione Onu del 1989 che introduce il principio per la prima volta in modo vincolante in ambito internazionale[5].

In secondo luogo, la Corte costituzionale assegna al principio dei *best interests* un significato preciso, ben lontano da quello accolto dalla maggior parte degli interpreti che operano nel nostro ordinamento.

La Corte, infatti, facendo leva su una lettura attenta e ragionata dell'espressione utilizzata dagli strumenti internazionali e sulla riformulazione del principio contenuta proprio nella sentenza costituzionale del 1981, propone di tradurre in italiano il principio dei *best interests* come il "*principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore*" (così il punto 5.4. del Considerato in diritto della sentenza n. 33).

Gli interpreti, invece, di solito fanno propria in modo acritico la traduzione italiana dell'espressione accolta negli strumenti internazionali, e dunque ripetono che l'interesse e gli stessi diritti del bambino devono sempre essere considerati "superiori" o "preminenti", e cioè tali da prevalere sempre e comunque, in modo automatico, su ogni altro interesse o esigenza della collettività, anche di rango costituzionale, e su ogni interesse e diritto delle persone adulte che si trovano in relazione con quel bambino.

La nuova traduzione del principio proposta dalla Corte rende evidente, invece, che la considerazione dell'interesse e dei diritti della persona di

[5] Corte cost., sent. n. 11 del 1981, redattore Leopoldo Elia. Così il punto 5.3. del Considerato in diritto di Corte cost., sent. n. 33 del 2021 (e, volendo, ancor prima, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, cit., pp. 14-15).

minore età non li sottrae al consueto bilanciamento, a cui tutti i diritti fondamentali vanno soggetti, con altri beni o diritti di rango costituzionale[6]. In particolare, tornando al tema oggetto della sentenza n. 33, il principio dei *best interests of the child*, se correttamente inteso, non sottrae gli interessi del minore nato all'estero da una pratica di gestazione per altri al bilanciamento con "la legittima finalità" perseguita dall'ordinamento italiano di disincentivare il ricorso a tale pratica.

In terzo e ultimo luogo, la Corte costituzionale sostiene che allo stato attuale la legge non assicura al minore quella tutela che invece sarebbe invece richiesta dalla Costituzione e dalla CEDU, nella interpretazione accolta dalla Corte di Strasburgo, dato che l'istituto che oggi soccorre – e cioè l'adozione in casi particolari – è per vari motivi insufficiente.

Secondo la Corte, "ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance" del riconoscimento di un legame di filiazione pieno, "sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice [circa il fatto che l'aspirante genitore abbia accudito il bambino fin dalla nascita e abbia di fatto esercitato la responsabilità genitoriale], finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata.

Tuttavia, essendo tali "materie di grande complessità sistematica", l'individuazione di una soluzione normativa adeguata alla Costituzione e ai vincoli internazionali spetta "in prima battuta" il legislatore, il cui intervento, tuttavia, dice la Corte, si presenta già come "ormai indifferibile". Di qui l'inammissibilità, allo stato, della questione.

3. Precisazioni, conferme e novità

La sentenza n. 33 del 2021 segna davvero il punto di arrivo dell'intera giurisprudenza costituzionale sul principio dei *best interests*.

Da una parte, in questa sentenza la Corte costituzionale ripercorre e contemporaneamente precisa e sistematizza i propri precedenti, e lo fa anche correggendo leggermente il tiro di alcune sue affermazioni. Dall'altra

[6] Al limite, secondo la Corte, gli aggettivi suggeriscono all'interprete di riconoscere agli interessi del minore un peso speciale in quel bilanciamento, al quale comunque tali interessi devono soggiacere. È davvero curioso notare che, ben diversamente, nella giurisprudenza costituzionale più antica, precedente alla sentenza n. 11 del 1981, lo speciale peso nel bilanciamento con gli interessi della persona minore di età sembrava doversi assegnare "al superiore interesse della società" (così Corte cost., sent. n. 156 del 1967, tra l'altro relativa al delicatissimo tema dell'ispezione corporale dell'imputato minorenne).

parte, essa compie un passo ulteriore, che va oltre i precedenti, e completa così il quadro dei significati che assume il principio dei *best interests* nel nostro ordinamento.

Quanto al primo aspetto, nella sentenza si riscontra soprattutto una particolare cura nell'inquadramento concettuale del principio e nella stessa terminologia utilizzata.

Non solo nella sentenza si legge, come si è già detto, un'accurata traduzione in italiano del principio di origine internazionale[7], ma anche la versione inglese del principio è correttamente richiamata con *interests* al plurale, mentre purtroppo molti provvedimenti giurisdizionali e alcuni commentatori utilizzano il singolare, compiendo una strana ri-traduzione in inglese del termine "interesse" che in italiano è accompagnato dagli aggettivi "superiore" o "preminente"[8].

C'è poi, nella sentenza n. 33, la massima attenzione a sottolineare la circostanza che gli interessi del bambino non sono destinati sempre e comunque a prevalere su ogni altro bene in gioco, come la superficiale e sviante traduzione in termini di "preminente" e "superiore" suggerirebbe[9], ma possono e devono essere sottoposti a un bilanciamento con esigenze e interessi di pari rango costituzionale. In questo senso è interessante notare come i termini "bilanciamento" e "bilanciati" ricorrano ben cinque volte nel Considerato in diritto della sentenza.

Infine, c'è la sottolineatura, compiuta anche attraverso il richiamo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, della necessità che ogni giudice possa stabile quale sia la soluzione che corrisponde al *best interests of the child* tenendo conto, di volta in volta, della situazione di fatto in cui il bambino si trova e dei legami affettivi già esistenti[10].

Detto altrimenti, secondo la Corte costituzionale il principio dei *best interests* richiede che l'organo pubblico chiamato a decidere della vita di

[7] Anticipata già da Corte cost., sentt. n. 102 del 2020 e n. 32 del 2021.

[8] Nel medesimo errore in passato era caduta, peraltro, la medesima Corte costituzionale (Corte cost., sentt. n. 93 del 2018 e n. 230 del 2020).

[9] Nella stessa giurisprudenza costituzionale si era affacciato il medesimo uso poco accorto di "preminente" e di "superiore" (si vedano ad esempio Corte cost., sentt. n. 31 del 2012 e n. 239 del 2014). La Corte costituzionale inizia a discorrere della necessità di bilanciare l'interesse del minore con altre esigenze solo a decorrere da Corte cost., sent. n. 17 del 2017, seguita poi, nel medesimo senso, tra le altre, da Corte cost., sentt. n. 76 del 2017, n. 272 del 2017, n. 92 del 2018 e n. 127 del 2020.

[10] In questo senso la giurisprudenza costituzionale appariva già da molto tempo consolidata, a partire almeno dalle risalenti Corte cost., sentt. n. 198 del 1986 e n. 361 del 1985 (e poi, proprio in riferimento al principio dei *best interests*, a partire da Corte cost., sentt. n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013).

una persona di minore età debba assicurare e garantire, con la sua decisione, "i migliori" – e cioè i più significativi, i più importanti (*best*) – tra i numerosi bisogni/esigenze/interessi/diritti (ecco qui il significato del plurale *interests*) di quello specifico bambino, a seguito di una comparazione in concreto svolta tutta all'interno del novero di quei bisogni/esigenze/interessi/diritti nutriti dal minore stesso.

Con un simile sforzo di chiarezza e sistematicità, la sentenza n. 33 compie anche meritoria opera pedagogica nei confronti dei molti giudici, operatori del settore minorile e commentatori che purtroppo ancora oggi trovano molto comodo usare il principio del preminente, o superiore, interesse del minore come uno *slogan*, e continuano ad appellarsi a una astratta, automatica e tirannica prevalenza dell'interesse del minore su ogni altro bene, interesse o diritto in gioco per sottrarsi all'onere di una motivazione approfondita e rigorosa delle proprie scelte.

Quando si afferma, erroneamente, che secondo il principio dei *best interests* il bene del bambino deve automaticamente prevalere sempre e comunque su ogni altra considerazione, infatti, si autorizza l'interprete a omettere o a relegare in secondo piano, nella motivazione del proprio provvedimento, gli altri elementi che pure egli forse ha valutato per giungere alla soluzione finale. L'effetto perverso di questo atteggiamento può essere duplice. Se il bilanciamento dell'interesse del minore, nella situazione concreta in cui egli si trova, con altri interessi e diritti è stato comunque correttamente effettuato, si rischia che dalla motivazione del provvedimento non emergano i beni che sono stati bilanciati e i motivi reali della decisione; mentre se il bilanciamento non è stato corretto, o addirittura se l'interprete ha voluto tutelare interessi diversi e opposti a quelli del minore, l'erroneità di questa operazione resta coperta dall'immotivato, apodittico, assorbente richiamo al principio del superiore interesse del minore come fondamento della decisione.

Quanto invece al passo ulteriore compiuto dalla sentenza n. 33 rispetto ai precedenti, bisogna ricordare che fino a quella pronuncia la Corte costituzionale aveva preso posizione sulle regole legislative già esistenti, verificando se fossero abbastanza elastiche da consentire al giudice di ritagliare una soluzione su misura del bambino di cui in quel momento era chiamato a occuparsi.

Con la sentenza n. 33, invece, la Corte va oltre, perché chiede al legislatore di introdurre *un nuovo istituto* – sembra di capire un nuovo tipo di adozione piena, basata su presupposti differenti da quelli oggi previsti per quest'ultima – capace di garantire la posizione giuridica di tutti i bambini nati a seguito di una pratica di gestazione per altri.

Ecco così delineato in modo compiuto il principio costituzionale dei *best interests of the child* secondo l'*Italian style*.

Si presenta come un principio complesso, o meglio ancipite, che da una parte pretende flessibilità, perché appunto impone di attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta, come afferma la sentenza costituzionale del 1981, la "soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore", inteso come persona concreta, inserita al centro di relazioni sociali (il *child*); ma che dall'altra parte, e contemporaneamente, esige regole legislative rigorose, che prevedano appositi istituti di tutela dei minori di età considerati astrattamente come gruppo sociale o come categoria (i *children*: nel nostro caso tutti i minori di età nati a seguito della pratica di gestazione per altri), così come testualmente prevede l'art. 31 Cost., quando impone alla Repubblica di proteggere l'infanzia e la gioventù nel suo complesso, "favorendo gli istituti necessari a tale scopo"[11].

La versione italiana del principio, in altre parole, richiede una difficile ma necessaria sintesi tra le due opposte esigenze di elasticità, da una parte, e di rigore, dall'altra, delle regole legislative relative ai minori di età, vietando ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell'una o nell'altra direzione.

Sembrerebbe che con quest'ultimo tassello la Corte costituzionale abbia completato la ricostruzione del principio dei *best interests of the child* vigente nel nostro ordinamento.

A questa costruzione giurisprudenziale così coerente manca forse soltanto un piccolo dettaglio, che la Corte potrebbe introdurre alla prossima occasione utile, e cioè il fatto che il principio dei *best interests* non possa essere invocato in tutti quegli ambiti nei quali una persona minore di età (ancora) non c'è.

In realtà la Corte lo ha già in qualche modo suggerito quando si è pronunciata sulle questioni relative alla mancata ammissione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di una coppia di due donne, dichiarandole non fondate[12]. Sarebbe tuttavia utile che la Corte precisasse, in linea generale e una volta per tutte, che quando si discute della liceità o della

[11] Evidenzia bene questa doppia anima L. LENTI, *"*Best Interests of the child*" o "*best interests of the children*"?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 158-161.

[12] Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.2. del Considerato in diritto. In proposito, M. BIANCA, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Roma, 2021, pp. 690-691, ritiene invece che in quella sentenza la Corte costituzionale abbia ritenuto il principio operante anche in relazione al tema della creazione di un essere umano tramite una tecnica di procreazione medicalmente assistita, sia pure in una versione astratta, ma chi scrive non concorda con questa lettura della sentenza.

illiceità di una certa pratica procreativa, compresa naturalmente la gestazione per altri, il richiamo al principio dei *best interests* risulta sempre inconferente, perché sul piatto della bilancia, in quei casi, non si trovano tanto gli interessi di un minore, quanto piuttosto i diritti – come ad esempio il diritto a non essere venduto o donato come un oggetto[13] o il diritto a conoscere le proprie origini[14] – della persona *tout court* che da quella pratica prenderà vita.

4. La Corte costituzionale e la gestazione per altri. Un precedente deciso (e decisivo)

Fino alla sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale non aveva avuto la possibilità di esprimersi direttamente sulla liceità della gestazione per altri. Questa sentenza, quindi, rappresenta una novità anche per quanto riguarda l'oggetto del giudizio di legittimità: per la prima volta la Corte costituzionale si trova a vagliare la costituzionalità dell'art. 12 co. 6 della legge 40, seppur limitatamente allo *status* del nato da gestazione per altri. Precedentemente, invece, si era pronunciata sul tema in sentenze che avevano a oggetto altre questioni, mediante interventi caratterizzati per un accenno rapido e breve al tema, ma non per questo meno incisivi. La giurisprudenza costituzionale segue, come si vedrà, una «logica incrementale per gradi»[15].

Un primo accenno al tema si è avuto con la sentenza n. 162 del 2014 riguardante la fecondazione eterologa[16]. La Corte in quell'occasione si è premurata di indicare come il suo intervento demolitorio non avesse coinvolto l'art. 12 co. 6 della legge 40. Brevi incisi per ribadire perciò la perdurante validità del divieto imposto[17], nonostante il venir meno del divieto di fecondazione eterologa.

[13] Sul punto sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *Giudicedonna.it*, n. 1/2017.

[14] Su come può articolarsi tale diritto si veda I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020.

[15] F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternità surrogata. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenza di giustizia*, Napoli, 2020, p. 212.

[16] Corte cost., sent. n. 162 del 2014.

[17] Considerato in diritto punti 9 e 11.1

È la sentenza n. 272 del 2017[18] a essere il precedente "per eccellenza" in cui la Corte ha preso una chiara posizione sulla gestazione per altri, delineando quel doppio binario, poi confermato dalla sentenza n. 33 del 2021. Anche in quell'occasione oggetto del giudizio non era il divieto di gestazione per altri, bensì l'art. 263 c.c. Quest'ultimo era stato ritenuto dalla Corte d'appello di Milano in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. per violazione dell'art. 8 CEDU nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità potesse essere accolta solo quando fosse rispondente all'interesse dello stesso.

La causa portata alla cognizione della Corte d'appello di Milano riguardava l'impugnazione del difetto di veridicità del riconoscimento compiuto dalla madre nei confronti di un minore nato all'estero. Il tribunale di prima istanza aveva infatti disposto la cancellazione del nominativo della madre intenzionale dagli atti dello stato civile, poiché il minore, nato all'estero da gestazione per altri, non aveva alcun legame genetico con la madre.

Il giudice *a quo* riteneva che nel caso di specie non fosse richiesta la trascrizione di uno *status filiationis* quanto piuttosto la rimozione di uno *status* già attribuito in considerazione della sua veridicità. Dovendosi applicare infatti un automatismo in favore della verità biologica, il rimettente lamentava l'impossibilità nel caso concreto di poter considerare il *best interests* del minore e richiedeva perciò un intervento manipolativo di tipo additivo[19].

A tale richiesta, la Corte ha risposto con un'interpretativa di rigetto[20]. Nel dichiarare non fondata la questione, in due *obiter dicta*, la Corte ha affermato chiaramente che la gestazione per altri «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» dovendosi riconoscere «un elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»[21]. Una chiara presa di posizione nei confronti dell'illiceità

[18] Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

[19] Critica di tale richiesta F. ANGELINI, op. cit., p. 219.

[20] La sentenza è stata accolta positivamente da F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte Costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2018, pp. 149-177. Ugualmente A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso. Identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2028, p. 387 la ritiene una sentenza prudente idonea a garantire gli interessi in gioco.

[21] Considerato in diritto punti 4.2 e 4.3.

della pratica[22], con cui la Corte ha esplicitato le ragioni del divieto legislativo posto, dunque, a presidio di beni giuridici fondamentali. Di fronte all'esigenza di tutelare il nato de gestazione per altri, la Corte indicava l'adozione in casi particolari come strumento idoneo a raggiungere tale scopo[23].

Pochi e brevi incisi per tracciare così quel doppio binario, mantenuto anche nella sentenza n. 33 del 2021, seppur con un parziale *revirement.* L'adozione per altri, inizialmente ritenuta un possibile strumento idoneo al riconoscimento del legame di filiazione tra genitore intenzionale e minore, è messa sotto accusa nella sentenza in esame. Occorre considerare che nel periodo intercorso tra le due sentenze, si sono verificati due importanti eventi: il parere consultivo della Corte EDU[24] e la sentenza delle Sezioni Unite[25], entrambi depositati nella primavera del 2019.

Quanto al primo evento, la Corte di Strasburgo, aggiungendo un ulteriore tassello alla propria giurisprudenza sulla gestazione per altri, si è espressa sul riconoscimento del vincolo di filiazione del minore con il genitore non biologico. Gli Stati possono rifiutare la trascrizione del genitore intenzionale nel certificato di nascita, purché prevedano forme alternative di riconoscimento di tale vincolo, come l'adozione, a condizione che siano celeri ed efficaci.

Quanto al secondo evento, le Sezioni Unite hanno dichiarato la gestazione per altri contraria all'ordine pubblico, riconoscendo, tuttavia, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, l'adozione nei casi particolari come strumento idoneo a tutelare il rapporto instauratosi tra il minore e il genitore intenzionale.

A fronte di questo scenario, la prima sezione della Cassazione, in evidente dissenso con le Sezioni Unite, dubita però che la soluzione elaborata possa corrispondere ai *best interests* del minore, dati i profili critici dell'istituto dell'adozione in casi particolari, e solleva quindi la questione di legittimità costituzionale[26] che sarà poi decisa con la sentenza n. 33.

[22] Critica la modalità con cui la Corte si è espressa in un tema così delicato A. SCHILLACI, op.cit., pp. 392-393.

[23] Considerato in diritto punto 4.3.

[24] Corte EDU, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-00.1 del 10 aprile 2019.

[25] Cass. sez. un., sent. n. 12193 dell'8 maggio 2019.

[26] Cass. civ. sez. I, ord. n. 8325 del 29 aprile 2020.

Il rinvio di legittimità offre così alla Corte costituzionale la possibilità di ritornare sul proprio precedente. Ribadisce innanzitutto che la gestazione per altri non trova spazio nell'ordinamento costituzionale. Oltre al proprio inciso del 2017, infatti, la Corte richiama sia le Sezioni Unite del 2019, che avevano ritenuto che il divieto legislativo rispondesse a un principio di ordine pubblico, sia le inquietudini dell'Avvocatura di Stato e di alcuni *amici curiae*, relative al rischio di sfruttamento delle donne in condizioni sociali ed economiche disagiate[27].

È invece sulla tutela del nato che si registra il cambio di passo rispetto al proprio precedente[28]. Ben consapevole del dialogo giurisprudenziale, la Corte si dimostra in grado di apprezzare il caso concreto, riconoscendo le difficoltà insite nell'adozione nei casi particolari: il necessario assenso del genitore biologico e l'assenza di vincoli parentali tra il minore e la famiglia d'origine dell'adottante[29]. Da qui, la richiesta pressante di una disciplina legislativa più aderente alla peculiare situazione del minore nato mediante gestazione per altri.

5. "In prima battuta, al legislatore": il monito rafforzato e la prima applicazione da parte del giudice comune

Come si è detto, la Corte costituzionale ha adottato una sentenza di inammissibilità con monito al legislatore, affinché introduca una disciplina che concili l'esigenza di disincentivare la pratica della gestazione per altri con la necessità di tutelare i diritti dei bambini nati dal ricorso a tale pratica.

Già in passato su temi eticamente sensibili la Corte aveva concluso che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»[30], aggiungendo in un'altra pronuncia che quest'ultimo «quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»[31]. A un'attenta analisi, tuttavia, il lessico utilizzato nella

[27] Considerato in diritto punto 5.1.

[28] E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli* human rights, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2021 pp. 398-399.

[29] Considerato in diritto punto 5.8.

[30] Corte cost., sent. n. 347 del 1998.

[31] Corte cost., sent. n. 84 del 2016 considerato in diritto punto 9.

sentenza n. 33 evidenzia non un classico richiamo, ma un monito più incisivo e puntuale. La Corte, infatti, asserisce che «il compito non può che spettare, *in prima battuta*, al legislatore», non potendo «allo stato, che arrestarsi e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nell'ormai *indifferibile* individuazione delle soluzioni»[32].

Ne emerge un monito *rafforzato* che lascia presagire un intervento della Corte *in seconda battuta* – magari neppure troppo lontano nel tempo – laddove tale situazione perdurasse.

La scelta di una sentenza monito si dimostra anche coerente rispetto alle possibili tipologie di pronunce adottabili. Difficilmente, infatti, la Corte avrebbe potuto scegliere uno strumento diverso per declinare il rapporto tra discrezionalità legislativa ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali[33].

Innanzitutto, sarebbe stato improbabile l'utilizzo dello schema della "incostituzionalità differita"[34] o "prospettata"[35] che ha visto la sua prima applicazione nel "caso Cappato"[36] perché è una tipologia di sentenza che non ha avuto il successo sperato presso il legislatore[37]. Nei primi due casi (si vedrà la sorte per la disciplina dell'ergastolo ostativo), infatti, il monito della Corte è caduto nel vuoto. Difficilmente uno schema che non ha prodotto gli effetti auspicati, non dando avvio a quel dialogo istituzionale tanto sperato, avrebbe potuto trovare applicazione in una materia così sensibile.

[32] Considerato in diritto punto 5.9. Corsivo aggiunto.

[33] Critico A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021 p. 221 il quale ritiene che la Corte «non tace qui di considerarsi *domina* del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore e, perciò, di poterne in buona sostanza fare l'uso che vuole, a fisarmonica […]». Cfr., sul punto, P. ZICCHITTU, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 1, 2021 in cui segnala come il ricorso alla discrezionalità legislativa si tramuti in una vera e propria tecnica di giudizio.

[34] M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia* del 19 novembre 2018, § 1.

[35] Il termine è stato coniato nel corso della Conferenza stampa sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018 da parte dell'allora Presidente Giorgio Lattanzi.

[36] Ci si riferisce all'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte cost.

[37] Al momento in base a tale tipologia sono state adottate tre ordinanze e due sentenze consequenziali di incostituzionalità. Oltre al "caso Cappato", si tratta dell'ordinanza n. 132 del 2020 e della successiva sentenza Corte cost., sent. n. 150 del 2021 sul carcere per i giornalisti nel caso di diffamazione. La terza ordinanza n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativa ha rinviato l'udienza a maggio 2022 in attesa di un intervento del legislatore sul tema.

Sembra quindi che la Corte abbia scelto di abbandonarlo in favore di una strategia più efficace.

D'altro canto, la Corte non avrebbe potuto ricorrere neppure a un'additiva di principio[38]. In questo caso, infatti, la difficoltà applicativa di tale tipologia al caso concreto è derivata dall'ordinanza di remissione. Il peccato originale sembrerebbe l'oggetto dell'impugnazione, perché se la Cassazione avesse censurato la disciplina dell'adozione nei casi particolari, invece che la disposizione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, forse ci sarebbe stato spazio per adottare una pronuncia di accoglimento manipolativa. Inoltre, memore delle vicende del divorzio imposto[39], la Corte ha forse voluto evitare che vi fossero applicazioni diversificate da parte dei giudici comuni in un tema così delicato[40].

Per questi motivi, la scelta di una sentenza di inammissibilità con monito appare come una scelta piuttosto obbligata, anche se non priva di conseguenze negative, prima tra tutte l'incertezza degli effetti sul giudizio principale. Infatti, una sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore produce un effetto preclusivo *inter-partes* che impedisce di sollevare nuovamente la questione nonostante la permanenza del dubbio di legittimità costituzionale (e, anzi, nel caso di specie, nonostante il contrasto con la Costituzione espressamente ravvisato dalla Corte). Il giudice *a quo* si trova, dunque, davanti a una disciplina legislativa certamente non conforme a Costituzione senza disporre di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata che gli consenta di decidere il caso concreto nel rispetto dei diritti costituzionali del figlio e, soprattutto, senza potere risollevare nuovamente la questione[41].

La criticità maggiore della sentenza monito, però, riguarda sempre e comunque l'inerzia del legislatore. In assenza di un intervento legislativo è necessario che la questione sia nuovamente sollevata, lasciando così sospeso per un tempo indefinito la tutela dei figli nati da gestazione per altri[42].

Occorre però guardare la lettera della sentenza da una visuale più ampia. Nel 2017, la Corte costituzionale parlava ai giudici fornendo loro un

[38] Le Sezioni Unite nella sentenza n. 1946 del 2017 hanno fornito, in una sentenza-trattato, una lettura delle sentenze additive in grado di guidare i giudici comuni. Tale ricostruzione è stata poi ripresa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2018.

[39] Trattasi della decisione della Corte cost., sent. n. 170 del 2014.

[40] In questo senso P. VERONESI, op. cit., p. 504.

[41] Al momento la Cassazione non si è ancora pronunciata. Tuttavia, occorre segnalare che attualmente non si hanno notizie del proseguimento del giudizio.

[42] Si pensi al caso del cd. doppio cognome. Dichiarata la questione inammissibile con la sent. n. 61 del 2006, la Corte è intervenuta nuovamente con una sentenza manipolativa a distanza di dieci anni nella sent. n. 286 del 2016.

criterio per poter «navigare a vista»[43]. Nel 2021, la Corte parla invece al legislatore per renderlo consapevole che è suo compito dipanare la matassa.

Ai giudici ora non resta altro compito che quello di interpellare ancora, appena possibile, la Corte costituzionale.

Purtroppo, tuttavia, non sembra che i giudici ne siano consapevoli, se si guarda al recente provvedimento del Tribunale di Milano che ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in Florida in seguito alla gestazione per altri[44].

Due sono gli elementi che in questa sede vengono in rilievo.

Prima del deposito della sentenza n. 33, il Tribunale di Milano, pur dovendo decidere un caso del tutto simile a quello alla base dell'ordinanza di rimessione della Cassazione e pur nutrendo un analogo dubbio di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondato, aveva scelto di attendere la risposta della Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale già pendente senza sollevare a sua volta la questione di costituzionalità. Aveva così percorso la strada della cosiddetta sospensione impropria, sia pure nella sua versione più *soft*[45].

Dopo la pubblicazione della sentenza n. 33, il collegio, preso atto della perdurante mancanza di una riforma legislativa, per garantire una piena tutela al minore, decide di aderire ad un'interpretazione del sistema legislativo in senso conforme a Costituzione, muovendosi in una direzione tuttavia ritenuta non praticabile dalla Corte costituzionale.

In entrambi i momenti il Tribunale di Milano commette lo stesso, grave, errore: quello di non adire la Corte costituzionale.

Infatti, *prima* della sentenza n. 33 del 2021, un'ulteriore questione di legittimità costituzionale avrebbe fornito alla Corte costituzionale uno spaccato maggiormente reale delle istanze sociali - istanze sociali che alla Corte costituzionale possono pervenire solo per il tramite dei giudici –, e forse avrebbe potuto contribuire a impostare diversamente la questione, evitando così la pronuncia di inammissibilità.

Dopo la sentenza n. 33, allo stesso modo, se il collegio milanese, forte del monito rafforzato emesso dalla Corte nei confronti del legislatore, e

[43] Il riferimento è a E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, cit.

[44] Tribunale di Milano, sez. VIII ordinanza del 23 settembre 2021.

[45] Gli argomenti che fanno dubitare della liceità, oltre che dell'opportunità, di percorrere questa strada sono esposti in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, pp. 182-186.

constatando la sua perdurante inerzia, avesse scelto di sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale, magari censurando la disciplina dell'adozione nei casi particolari, avrebbe potuto dare alla Corte costituzionale proprio l'occasione di pronunciarsi nuovamente, e questa volta nel senso dell'accoglimento manipolativo. Nella sentenza n. 33, infatti, come si è detto prima, la Corte costituzionale aveva lasciato presagire un proprio successivo provvedimento *in seconda battuta*, e non aveva indicato neppure il periodo di tempo minimo assegnato al legislatore, al contrario di quanto era accaduto quando essa aveva fatto ricorso al differente strumento dell'incostituzionalità differita[46].

A ciò si aggiunga che una nuova ordinanza di rimessione avrebbe potuto realizzare, tramite appunto un intervento in seconda battuta della Corte costituzionale nel senso dell'accoglimento della questione, i diritti di tutti i bambini nati da gestazione per altri, e non solamente quelli del bambino milanese nato in Florida.

In definitiva, un uso più consapevole degli strumenti della giustizia costituzionale avrebbe potuto condurre (forse) a esiti diversi. Si riapre qui il tema della formazione del giurista e la corretta conoscenza dei meccanismi della giustizia costituzionale. Ma questa è tutta un'altra storia!

[46] Cfr. P. VERONESI, op. cit., p. 503 il quale sostiene che, a eccezione della scadenza, la sentenza di inammissibilità n. 33 è parzialmente fungibile rispetto alla pronuncia di rinvio dell'udienza a data fissa secondo lo schema della "incostituzionalità differita".

MARCO PELISSERO

SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: LA PRETESA DI UN POTERE PUNITIVO UNIVERSALE*

OSSERVAZIONI SULLE PROPOSTE DI LEGGE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI N. 2599 (CARFAGNA) E N. 306 (MELONI)

SOMMARIO: 1. L'oggetto delle due proposte. – 2. L'applicazione della legge penale italiana al delitto di maternità surrogata commesso all'estero. La disciplina vigente. – 3. Le ragioni contrarie alla estensione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero. – 3.1. Rilievi in ordine all'opportunità e alla ragionevolezza dell'intervento penale rispetto ai fatti commessi all'estero. – 3.2. Distonia delle proposte di legge rispetto alla disciplina dei reati commessi all'estero. – 3.3. Antinomia tra inasprimento della proposta di controllo penale per fatti commessi all'estero e disciplina civilistica sul riconoscimento degli atti di nascita e sulla procedura di adozione. – 4. Riflessioni a margine della proposta di legge n. 306.

1. L'oggetto delle due proposte

Le due proposte di legge n. 2599 e 306 presentate alla Camera dei Deputati si caratterizzano per semplicità di struttura, parzialmente divergente, ma implicano entrambe questioni complesse, già solo per il fatto di intervenire su una disciplina penale densa di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche. Propongono di estendere i limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità (entrambe le proposte) e alla commercializzazione di ovuli e gameti (su questa fattispecie interviene solo la proposta di legge n. 306); si differenziano anche in relazione ai soggetti destinatari dell'estensione della giurisdizione italiana, perché la proposta "Carfagna" è riferita ai soli cittadini, mentre la proposta "Meloni" estende gli effetti anche agli stranieri. Non si tratta di proposte

* Il testo riprende e sviluppa le considerazioni esposte in sede di audizione in Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 4 maggio 2021. Il contributo è altresì apparso in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2021, p. 30 ss.

nuove, in quanto già in tal senso si erano espressi altri disegni di legge[1]. Procederò con l'analisi del profilo di disciplina comune ai due testi, ossia l'estensione della giurisdizione italiana ai fatti di surrogazione di maternità commessi dal cittadino italiano all'estero; svilupperò alcuni rilievi conclusivi sugli elementi di specificità della seconda proposta.

2. L'applicazione della legge penale italiana al delitto di maternità surrogata commesso all'estero. La disciplina vigente

La scelta della l. 40/2004 di incriminare la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6) non nasce da un vincolo sovranazionale, ma da un'opzione di politica criminale del legislatore entro la cornice di una legge che, più in generale, è caratterizzata da forti limitazioni nell'accesso alla maternità assistita, presidiate da sanzioni punitive, amministrative e penali[2]. Peraltro, proprio in relazione alla maternità surrogata la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, trattandosi di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti[3]. In effetti, il panorama comparato offre indicazioni non omogenee sia sui limiti di liceità di questa procedura sia sulle scelte sanzionatorie che possono andare dall'ampia criminalizzazione prevista dalla legge italiana, alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione, infine, di sole sanzioni amministrative[4]. La presenza di normative differenziate si spiega in forza delle diverse sensibilità etiche di fondo e dalla diversa conformazione del bilanciamento tra i beni in gioco, estranei all'interesse dei committenti alla genitorialità: l'interesse del minore al proprio *status* giuridico, la dignità della donna che si impegna a portare avanti la gravidanza, l'impianto della legge sull'adozione finalizzata ad assicurare rapporti genitoriali in assenza di legami biologici. Si tratta di sfere di interessi sulle quali convergono

[1] Per i necessari riferimenti v. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1418, nota 36.

[2] Per un quadro generale su tali scelte e sugli interventi della Corte costituzionale, v. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1669 ss.

[3] Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menneson c. Francia*, punto 79 motivazione.

[4] Riferimenti in TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 34 ss., 67 ss., 97 ss.

importanti sentenze della Corte di cassazione a Sezioni unite[5]. La massimizzazione della tutela di questi beni giuridici spiega le posizioni protezionistiche più estreme che vietano *tout court* qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio sarebbe in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento delle condizioni di fragilità delle donne che, specie nei paesi più poveri, sono disposte a mettere a disposizione il proprio corpo per soddisfare l'interesse alla genitorialità dei committenti; su altri versanti si pongono le posizioni che differenziano le esigenze di controllo ed i divieti in ragione della gratuità o onerosità della surrogazione, in quanto solo questa seconda forma sarebbe connotata dal rischio di sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità della donna.

Le due proposte di legge non intervengono sulla struttura della fattispecie, incentrata sulla surrogazione di maternità, della quale il legislatore, «con scelta discutibile»[6], non ha dato alcuna definizione, pur potendo essere plurime le combinazioni tra committenti (e loro materiale biologico) e colei che porta avanti la gravidanza[7]. Non sono, quindi, in discussione gli interessi che il legislatore ha inteso tutelare attraverso una incriminazione di portata amplissima, al punto che la dignità della donna è tutelata anche rispetto agli atti di disposizione del proprio corpo frutto di libera autodeterminazione, anche quando sono mossi da intento solidaristico (il profilo della mercificazione non è, dunque, elemento essenziale della norma incriminatrice italiana)[8].

Non si propone la revisione del trattamento sanzionatorio, che, in ragione della elevata pena pecuniaria e della pena accessoria, sembra essere stato pensato come strumento repressivo nei confronti dell'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità, più che come strumento di dissuasione della soddisfazione del desiderio di genitorialità

[5] Cass. Sez. un. civ., 6 novembre 2018, n. 12193; in senso analogo Cass., Sez. un. civ., 31 marzo 2021, n. 9006.

[6] DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Tomo II, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti, Milano, 2011, p. 1551.

[7] Sulle incertezze nella interpretazione della nozione di surrogazione di maternità v. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 142 ss.; TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1395 ss.; TIGANO, op. cit., p. 350 ss.

[8] VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 901 ss.

dei committenti; la pena detentiva prevista, invece si assesta entro una cornice edittale (reclusione da sei mesi a due anni) che colloca il delitto entro la fascia medio bassa delle fattispecie per le quali sono possibili istituti deflattivi che consentirebbero di non arrivare ad una sentenza di condanna e, in ogni caso, di evitare l'esecuzione della pena detentiva.

Non sono in discussione gli effetti penali indiretti che la maternità surrogata realizzata all'estero potrebbe avere in Italia in relazione ad altre fattispecie incriminatrici invocabili per sanzionare le condotte successive che si dipanano tra la denuncia della nascita all'estero alla richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile: la sussistenza del delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) va accertata in relazione alle dichiarazioni rese dinanzi alle autorità pubbliche straniere dello Stato nel quale la nascita è avvenuta[9]; il delitto di cui all'art. 495 c.p. in relazione alle false dichiarazioni rese alle autorità consolari o diplomatiche, alle quali va chiesta la trasmissione in Italia dell'atto di nascita, ovvero dinanzi all'ufficiale di stato civile del comune di residenza dei genitori in sede di richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero. Prevalentemente la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità di questi reati con argomenti convincenti che chiamano in causa il rispetto del principio di riserva di legge e la necessità di ancorare le fattispecie penali al carattere normativo della nozione di falsità e agli obblighi che incombono sui richiedenti il riconoscimento del titolo[10].

[9] Privo di pregio è il rilievo di chi, per cercare di considerare commesso in Italia quantomeno il delitto di alterazione di stato, considera parte del fatto tipico la richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile del comune di residenza dell'atto di nascita (TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di Stato tramite surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. contemp.*, 17 novembre 2015, p. 2 ss.): la condotta deve avvenire «nella formazione di un atto di nascita» e va, quindi, collocata al tempo della dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile, essendo un *post factum* la successiva richiesta di trascrizione di cui, semmai, si dovrà valutare l'autonoma possibile rilevanza penale.

[10] In dottrina: TIGANO, *op. cit.*, p. 405 ss.; VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *diSCrimes*, 15.10.2020, p. 1 ss.; ID., *La schiava di Abramo*, cit., p. 909 ss.; SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1559 ss.; TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 418 ss.; ID., *Limiti spaziali*, cit., p. 1418 ss.; DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato* ex *art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, p. 79 ss.; MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1088 ss.; CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento*

La due proposte di legge intendono, più limitatamente, estendere l'ambito di applicazione del delitto di maternità surrogata anche ai fatti commessi dal cittadino italiano all'estero al fine di ostacolare il c.d. turismo procreativo, in quanto è noto come il divieto sanzionato penalmente in Italia sia, di fatto, eluso attraverso interventi di maternità surrogata svolti all'esterno, in Paesi dove questa pratica è legalizzata, secondo modelli di disciplina non omogenei[11].

Premetto che è pacifico che le vicende di cui si è avuto riscontro in sede giudiziaria italiana riguardano esclusivamente fatti commessi all'estero, mancando i requisiti della pur ampia nozione di fatto commesso sul territorio dello Stato (art. 6 c.p.). La questione involge due profili: l'individuazione del fatto di surrogazione di maternità e i soggetti responsabili.

Anzitutto, in relazione alle due proposte di legge viene in rilievo la condotta di "realizzazione" della surrogazione di maternità che può coinvolgere i committenti, mentre le condotte di organizzazione e pubblicizzazione interessano i gestori sul piano amministrativo e medico dell'intera procedura. La realizzazione include non solo l'intervento medico assistito, ma la complessa procedura che si completa con la consegna del neonato ai committenti[12]. Dubbi, semmai, investono l'inclusione nel fatto tipico del momento dell'accordo tra committenti e gestori della struttura in cui l'intervento sarà praticato[13]; peraltro, ai fini del riconoscimento del fatto commesso sul territorio dello Stato – è questo il punto che qui interessa – è sufficiente che l'accordo sia concluso in Italia, in ragione dell'ampia nozione accolta dall'art. 6 c.p. che, nella interpretazione prevalente, considera azione commessa anche solo in parte nel territorio dello Stato l'accordo concluso in Italia rispetto ad un fatto che si è poi completamente sviluppato all'estero[14]. Se, dunque, questi diversi momenti si realizzano interamente

giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 926 ss. In senso assolutorio v. Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1358 ss. con nota di PULITANÒ; Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1085 con nota di MADEO; Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 48696, in *Dir. pen. proc.*, 2017, con nota di VALLINI; Trib. Milano, sez. V, 15 ottobre 2013, in *Dir. pen. contemp.*, 21 febbraio 2014, con nota di TRINCHERA; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in *Dir. pen. contemp.*, 17 dicembre 2014, con nota di TRINCHERA.

[11] PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1371; TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1393; VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., p. 899.

[12] SPENA, *op. cit.*, p. 1547 ss.

[13] Per una lettura ristretta con esclusione dell'accordo, v. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 144.

[14] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 123; VINCIGUERRA, Diritto penale italiano, I, Padova, 1999, p. 393.

all'estero, come è accaduto nei casi giunti all'attenzione della magistratura italiana, siamo nell'ambito di applicazione degli artt. 9 e 10 c.p.

In secondo luogo, è necessario chiedersi chi siano i soggetti attivi del reato: se è certo che vadano inclusi coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nell'organizzazione della complessa procedura (ossia i gestori della clinica ed il personale, medico ed amministrativo), i dubbi hanno investito i committenti, il cui coinvolgimento sul piano della responsabilità penale è il presupposto da cui partono entrambe le proposte di legge. Orbene, la dottrina è concorde nell'estendere la responsabilità penale ai committenti, sebbene sia divisa in ordine alle argomentazioni giuridiche a supporto del loro coinvolgimento: da un lato, c'è chi direttamente li include tra i soggetti attivi della condotta di "realizzazione" della surrogazione di maternità, in quanto il loro intervento è essenziale nella complessa procedura che li vede coinvolti in tutte le fasi, dall'accordo all'atto finale di consegna del nato[15]; dall'altro lato, c'è chi, partendo da una nozione ristretta di organizzazione, tale da includere solo gli organizzatori attivi della pratica di surrogazione (personale medico ed amministrativo che offre il supporto necessario), coinvolge i committenti sul piano della responsabilità penale a titolo di concorso di persone nel reato[16]. Isolata, è invece, rimasta la posizione espressa dal Tribunale di Bologna che ha escluso la responsabilità penale dei committenti, costruendo la struttura del delitto di maternità surrogata sul modello delle disposizioni penali in tema di prostituzione, dove la scelta fatta dal legislatore è stata quella di non incriminare l'atto di prostituirsi, ma le condotte collaterali di sfruttamento e organizzazione[17]. A mio avviso, la responsabilità penale dei committenti trova un solido fondamento normativo nell'art. 12, comma 8 l. 40/2004, che esclude la responsabilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dello stesso articolo: la mancata menzione del sesto comma, che contempla la surrogazione di maternità, rappresenta un chiaro indicatore della *voluntas legis* di coinvolgere anche i committenti[18], e poco importa, ai fini dei rilievi sulle due proposte, che ciò avvenga considerandoli destinatari diretti del precetto o concorrenti atipici nella condotta di realizzazione.

[15] RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 52; SPENA, *op. cit.*, 1550 ss.; TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1402 ss.; TIGANO, *op. cit.*, p. 386.

[16] DOLCINI, *La procreazione*, cit., p. 1553; VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 145.

[17] Trib. Bologna, 28 marzo 2017, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1207 ss. con nota di MIGLIO.

[18] Per tutti v. DOLCINI, *La procreazione*, cit., p. 1553.

Pertanto, considerato che anche i committenti possono essere chiamati a rispondere del reato di surrogazione di maternità, l'applicabilità dell'art. 12, comma 6 l. 40/2004 ai fatti commessi all'estero dai cittadini italiani ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 9, comma 2 c.p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni (come il delitto in oggetto), condiziona la punibilità del cittadino italiano alla sua presenza nel territorio dello Stato e alla richiesta del Ministro della giustizia (ovvero a istanza o a querela della persona offesa, condizione che nella fattispecie in esame non rileva).

La prevalente dottrina richiede, come requisito implicito, anche la doppia incriminazione, ossia il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento dove è stato commesso il fatto[19], sulla base di diversi argomenti che richiamano il principio di legalità[20] o il principio di colpevolezza[21] o, come è da ritenere preferibile, il rapporto ed i limiti della nostra giurisdizione rispetto alle scelte fatte da altri ordinamenti[22]. L'estensione dell'applicazione della legge penale italiana a fatti che secondo la *lex loci* non costituiscono reato, «avrebbe l'effetto di scardinare del tutto le frontiere tra ordinamenti», imponendo ai giudici dello Stato richiesto di «consegnare un soggetto per un fatto che non è preveduto come reato dal proprio ordinamento»[23]. Peraltro, la maggior parte degli ordinamenti prevede la doppia incriminazione come condizione per l'estensione della legge penale nazionale ai fatti commessi all'estero[24]. A ritenere altrimenti, il giudice dello

[19] Non richiede questo requisito *de iure condito*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 2017, p. 898.

[20] ROMANO, *op. cit.*, p. 143; CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 973 ss.

[21] Fondano la necessità della doppia incriminazione su entrambi i principi, di legalità e di colpevolezza, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 164; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 137; Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401. Su ragioni di natura soggettiva sembra orientato anche DE VERO, *Diritto penale*, Torino, 2012, p. 336. Evidenzia, invece, il carattere controverso di tale requisito in giurisprudenza, riconoscendo di conseguenza l'errore inevitabile sulla legge penale, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525. In senso contrario alla necessità di questo requisito, SPENA, *op. cit.*, p. 1556 ss.; F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 898; PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1059.

[22] TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1413. Sulla questione v. ampiamente DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, p. 120 ss.

[23] DI MARTINO, *op. cit.*, p. 282.

[24] Sul punto TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1414 ss.

Stato emittente, «incarnerebbe la metafora del cavaliere errante della giustizia penale»[25].

Tuttavia, anche se ai fini dell'applicazione dell'art. 9 c.p. si ritenesse non necessario il requisito della doppia incriminazione, dovrebbe comunque intervenire la richiesta del Ministro della giustizia e non mi pare che dal 2004, anno di entrata in vigore del nuovo reato, nessun Ministro della giustizia si sia attivato in tal senso, segno evidente, anche da parte del massimo rappresentante governativo della giustizia, dello scarso interesse alla persecuzione di questi fatti sul quali si stanno appuntando le due proposte di legge.

3. Le ragioni contrarie alla estensione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero

A mio avviso, alla luce del complesso della disciplina penale vigente, più ragioni depongono in senso sfavorevole alle proposte di estensione della legge penale italiana ai fatti di surrogazione di maternità commessi dal cittadino italiano all'estero.

3.1 Rilievi in ordine all'opportunità e alla ragionevolezza dell'intervento penale rispetto ai fatti commessi all'estero

Il legislatore italiano ha fatto una scelta del tutto legittima sul piano delle scelte di incriminazione e non è qui in discussione una riflessione critica su tale scelta ed in particolare sull'ampiezza dell'incriminazione, sulle quali si è di recente anche confrontata l'Associazione italiana dei professori di diritto penale nell'ambito di una più ampia proposta di riforma dei delitti contro la persona[26]; né è in discussione il trattamento sanzionatorio (draconiano in punto pena pecuniaria) ivi previsto. Tuttavia, mi limito a due rilievi che fondano il giudizio negativo sulle proposte di legge in esame. Da un lato, è indubbio che il legislatore italiano abbia fatto una scelta amplissima di incriminazione che sanziona qualsiasi forma di maternità surrogata: l'unica effettiva limitazione sembra costituita dalla necessità che la gestazione per altri avvenga attraverso forme di maternità

[25] Così DI MARTINO, *op. cit.*, p. 283.

[26] I testi delle proposte possono essere letti sul sito *www.aipdp.it*.

assistita dall'intervento medico, in ragione dell'inserimento della fattispecie all'interno della l. 40/2004[27]; per il resto, però, sebbene parte autorevole della dottrina abbia proposto letture restrittive della fattispecie[28] che, tuttavia, difficilmente si conciliano con il dettato normativo e con la letture che ne ha dato la giurisprudenza, la scelta del legislatore va nella direzione di un'ampia incriminazione che sanziona le possibili forme di gestazione per altri, sia a titolo gratuito che oneroso, con o senza indici di sfruttamento della gestante (mentre le relazioni illustrative alle due proposte di legge si soffermano proprio sulla seconda tipologia di surrogazione che apre al mercato delle gravidanze e allo sfruttamento della dignità della donna, specie nei Paesi più poveri dove la regolamentazione della gestazione per altri non è disciplinata in modo da evitare possibili forme di abuso). In dottrina quest'amplissima incriminazione è sembrata frutto di «tabù irrazionalmente accolti»[29]. Dall'altro lato, però, come evidenziavo all'inizio, il contesto internazionale è alquanto frastagliato sulla legittimità del ricorso alla gestazione per altri e sulle scelte sanzionatorie previste nei diversi ordinamenti (in Francia, ad esempio, la pratica è vietata, ma non costituisce reato)[30]. È un contesto complesso ben noto alla Corte EDU che non a caso lascia agli Stati nazionali ampi margini di apprezzamento.

Se consideriamo congiuntamente l'ampiezza dell'incriminazione adottata dalla legge italiana e la pluralità delle discipline in altri sistemi, a me pare che le proposte di legge in esame si muovano entro un orizzonte di accentuato paternalismo, che vorrebbe estendere l'applicazione della legge

[27] Posizione condivisa in dottrina: TIGANO, *op. cit.*, p. 365; VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 144; TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., p. 1398.

[28] VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., p. 148 ss., il quale propone di leggere in termini restrittivi il riferimento alla maternità surrogata, considerando tale solo quella nella quale l'ovulo della madre intenzionale viene impiantato nell'utero della madre surrogata, in quanto la *ratio* della norma penale sarebbe quella di evitare il possibile confrontarsi di «due diverse ed eguali pretese di maternità», quella sul piano biologico e quella su piano gestazionale.

[29] MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 248, 253. Critici sull'estensione della incriminazione CANESTRARI, *Disciplina della procreazione medicalmente assistita e responsabilità del medico*, in *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di Canestrari e Fantini, Milano, 2006, p. 89; RISICATO, *op. cit.*, p. 52; DOLCINI, *La procreazione*, cit., p. 1551; CAVALIERE, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Crit. dir.*, 1999, p. 236. Sui rischi della gestazione per altri di tipo solidaristico, quando il rimborso spese finisce per nascondere una onerosità mascherata, v. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 928.

[30] DOVA, *op. cit.*, p. 921 ss.

penale anche a condotte che, in altri ordinamenti, sono del tutto lecite: una sorte di «paternalismo indiretto», «espressione di una idea di Stato tutore della moralità dei suoi cittadini, ovunque vadano», in contrasto «con i principi del liberalismo politico»[31].

3.2 Distonia delle proposte di legge rispetto alla disciplina dei reati commessi all'estero

Rispetto ai fatti commessi all'estero, il codice penale Rocco aveva già adottato una disciplina severa, espressione della potenzialità espansiva del potere punitivo e della mancanza di fiducia nell'amministrazione della giustizia in altri sistemi. Le due proposte di legge vanno oltre i limiti fissati dall'art. 9 c.p.

Ora, partiamo dal presupposto che nella disciplina relativa ai reati commessi all'estero, connotati da elementi di "estraneità" rispetto all'ordinamento giuridico italiano[32], il legislatore è internazionalmente e costituzionalmente libero di adottare uno o più criteri di collegamento che giustifichino l'applicazione della legge italiana oltre i confini nazionali[33]. Nulla esclude che il legislatore possa, in relazione a determinate fattispecie di reato a tutela di specifici interessi, prevedere l'applicazione della legge penale italiana in termini più ampi di quelli tracciati dall'art. 9 c.p. Ne sono espressione due tipologie di estensione previste dal nostro sistema: la disciplina generale di cui agli artt. 7 e 8 c.p., con applicazione della legge penale reati commessi all'estero da chiunque siano stati commessi, incondizionatamente (art. 7) o in presenza di specifiche condizioni (art. 8); la disciplina speciale prevista in relazione a specifiche fattispecie di reato, rispetto alle quali il legislatore ha voluto assicurare una tutela più ampia di quella dell'art. 9 c.p., anche qualora il fatto sia commesso all'estero, come nei delitti di violenza sessuale e nei delitti contro la personalità individuale, che includono le fattispecie, di schiavitù, tratta, pedopornografia (art. 604 c.p.). Più di recente, la Commissione incaricata nel 2022 di redigere un codice dei crimini internazionali, presieduta dai professori Palazzo e Pocar, va nella direzione di assicurare al sistema penale italiano il principio della giurisdizione universale.

[31] PULITANÒ, *Surrogazione*, cit., p. 1372.

[32] Su tali criteri v. la tradizionale partizione riferita al luogo, ai soggetti e all'interesse di LEVI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1949, *passim*.

[33] PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 368; DI MARTINO, *op. cit.*, p. 72 ss.

I reati che sono assoggettati a queste forme di ampia estensione della giurisdizione italiana rispondono a due diverse *rationes*: la prima è la tutela di fondamentali interessi statuali, con marcata connotazione pubblicistica del tutto in linea con la vocazione espansiva del potere punitivo alla quale si ispirava il regime fascista (delitti contro la personalità dello Stato, falsità in monete e in sigilli dello Stato, reati a connotazione politica); la seconda, di più recente emersione, riguarda la tutela di interessi di riconosciuto valore universale, rispetto ai quali il principio di universalità esprime la solidarietà internazionale tra gli Stati nei confronti di beni la cui tutela è ovunque riconosciuta di interesse comune (crimini internazionali, pirateria, terrorismo)[34]. Nell'uno e nell'altro caso si tratta di reati sanzionati con pene particolarmente severe.

Invece, per il delitto di surrogazione di maternità è prevista una pena detentiva "bagatellare", in quanto la reclusione da tre mesi a due anni, colloca la fattispecie entro la fascia dei reati ai quali si applicano istituti deflattivi (la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena detentiva); è, invece, draconiana la pena pecuniaria (da euro seicentomila a euro un milione), nella quale il minimo della pena è ben dodici volte superiore al valore massimo che può avere la pena della multa, per disposto generale (art. 24 c.p.): il legislatore è indubbiamente libero di derogare a questo limite, ma è una deroga che si giustifica nei reati espressivi della criminalità del profitto, più che di un delitto posto a tutela di interessi della persona; tra l'altro, nel nostro sistema il disvalore dei reati che offendono beni personali è definito dalla gravita della pena detentiva comminata, che diventa una importante cartina di tornasole del disvalore che il legislatore ritiene di riconoscere al fatto.

Si presenta, pertanto, irragionevole la scelta di estendere, in deroga alla disciplina dell'art. 9 c.p., l'applicazione della legge penale italiana in relazione ad una fattispecie il cui disvalore, sul terreno sanzionatorio, non esprime affatto quella forte esigenza di tutela e di condivisione dei beni che si intendono tutelare.

[34] DI MARTINO, *op. cit.*, p. 69; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 891; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, con la collaborazione di Bartoli, Torino, 2021, p. 159; M.A. PASCULLI, *Art. 7*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, 2019, p. 99; MASTROJENI, *I limiti spaziali di applicazione della legge penale e i rapporti con giurisdizioni straniere*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di De Vero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, Torino, 2010, p. 109 ss.

3.3 Antinomia tra inasprimento della proposta di controllo penale per fatti commessi all'estero e disciplina civilistica sul riconoscimento degli atti di nascita e sulla procedura di adozione

Sul piano del diritto di famiglia, i massimi organi di garanzia (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di cassazione e, recentemente, anche la Corte costituzionale) si muovono da tempo nella prospettiva della comprensione delle dinamiche dei rapporti familiari come legami di vita più che come legami biologici, guardando primariamente al superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche nei casi di surrogazione di maternità, la cui rilevanza penale è rimessa alla valutazione dei legislatori nazionali, è volta a riconoscere il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che del minore si prendono cura, almeno nei casi in cui sussista il legame biologico con uno dei due, segno, dunque, che non è di per sé la gestazione per altri a riflettersi negativamente sul diritto di famiglia[35].

Nella stessa direzione va, a mio avviso, letta la sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione che si sono pronunciate sulla questione del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto tra il minore nato ed il genitore d'intenzione nei casi di maternità surrogata. È vero che le Sezioni unite qualificano il divieto penale di maternità surrogata come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione» e che, proprio in forza della tutela di tali interessi presidiati dalla sanzione penale, considerati non irragionevolmente prevalenti sull'interesse del minore, giunge ad escludere il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero; tuttavia, le Sezioni unite non escludono la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale attraverso l'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. *d*, l. 184/1983). Dunque, la rilevanza penale nel nostro ordinamento di un fatto, che in un altro sistema è considerato lecito, non esclude forme di riconoscimento del rapporto genitoriale, sebbene non nella forma della trascrizione dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione dello Stato estero, in ragione dell'ostacolo rappresentato dall'ampia nozione di "ordine pubblico". Ora, sebbene non vi sia uniformità di letture

[35] Sentenze gemelle 26 giugno 2014 ric. n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) e n. 65941/11 (*Labassee c. Francia*): su tali pronunce, v. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 luglio 2014.

del limite dell'ordine pubblico agli effetti del riconoscimento di atti adottati all'estero[36], non di meno esprime un consolidato diritto vivente l'inclusione del divieto di maternità surrogata, al punto da giungere a consentire il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di una coppia omosessuale maschile, che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, ma solo «ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»[37].

Anche la Corte costituzionale va nella direzione della tutela del superiore interesse del minore nell'ambito della disciplina civilistica che interagisce con il divieto di maternità surrogata. Nella sentenza n. 272/2017 la Corte valorizza la centralità dell'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, rispetto all'interesse alla verità sulla maternità "naturale"[38]. Nella recentissima sent. 33 del 2021[39], la Consulta, pronunciandosi sulla non trascrivibilità dell'atto di nascita di un minore nato da maternità surrogata all'estero, ribadisce la centralità assunta dal principio del superiore interesse del minore agli effetti di una forma di riconoscimento del legame familiare già instaurato, con elementi nuovi rispetto alla sentenza delle Sezioni unite civili del 2019.

La Corte costituzionale, richiamando la propria precedente giurisprudenza (sent. 272/2017), ribadisce che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane», in quanto tali accordi «comportano il rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»[40]. È una prospettiva che la Corte costituzionale collega anche alla presa di posizione del Parlamento europeo che nella risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali». Questa sentenza, analogamente alle Sezioni unite, considera l'interesse del

[36] FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 647 ss.

[37] Cass., Sez. un. civ., 31 marzo 2021, n. 9006, con nota di CELENTANO, *Sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, in *www.articolo29.it*.

[38] Su tale bilanciamento, si rinvia a FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 449 ss.

[39] Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33. In tal direzione va letta anche la sentenza n. 32/2021 pronunciata nella stessa data, ma che riguarda un caso diverso relativo al riconoscimento del legame di filiazione di nato a seguito di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso.

[40] Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

bambino come valore "bilanciabile" rispetto agli altri in conflitto: a rilevare non è il diritto alla genitorialità, ma esclusivamente l'interesse del bambino «di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»[41]; tuttavia, tale interesse «non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco»[42], in quanto ciò comporterebbe «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»[43].

Il bilanciamento sta nel verificare la proporzionalità della compressione degli interessi del minore rispetto allo scopo legittimo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Il punto di equilibrio, per assicurare questa proporzione, è rimesso all'apprezzamento del legislatore, ma con alcuni limiti: il legislatore è sollecitato ad apprestare una disciplina che dia al minore maggiori garanzie di quelle offerte dall'adozione in casi particolari, ossia garanzie superiori a quelle che le Sezioni unite civili avevano invece ritenuto sufficienti a soddisfare il bilanciamento con gli interessi tutelati dal delitto di surrogazione di maternità: ricollegandosi agli orientamenti espressi dalla Corte EDU, la Consulta indica come possibile soluzione «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del minore». Nell'indicare questa possibile soluzione, la Corte costituzionale aggiunge che «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»[44].

La sentenza della Corte costituzionale non mette, dunque, in discussione la scelta di politica criminale sulla surrogazione di maternità (sul punto la posizione della Consulta è chiara); tuttavia, è la stessa Corte che parte dalla consapevolezza della pluralità delle scelte adottate nei diversi

[41] *Ibidem*, punto 5.4 della motivazione.

[42] *Ibidem*, punto 5.5 della motivazione.

[43] Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

[44] Corte cost. 33/2021, punto 5.7 della motivazione. Sui possibili effetti *de iure condito* della sentenza, v. GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *www.giudicedonna.it*, 2021, n. 1, p. 26 ss.

ordinamenti nazionali per trarne alcune conseguenze sulla tutela del minore.

A mio avviso, l'approvazione di una proposta di legge volta ad ampliare l'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 12, comma 6 l. 40/2004 ai fatti commessi dal cittadino italiano all'estero rappresenterebbe una scelta di politica criminale distonica rispetto alla direzione tracciata dalla Corte costituzionale sul terreno degli effetti civili, che non possono mai pregiudicare gli interessi del minore rispetto a condotte poste in essere dai genitori. Anche alla luce delle riflessioni che si sviluppano sul terreno della disciplina civilistica, è irragionevole una incriminazione potenzialmente onnivora, da un lato, e la ricerca di soluzioni che garantiscano al minore il riconoscimento di legami genitoriali attraverso la riforma dell'adozione che, nei termini prospettati dalle Sezioni unite civili, si presenta, allo stato attuale dell'adozione in casi particolari, inadeguato e bisognoso di interventi che vanno trovate sul terreno della disciplina dell'adozione.

In questo ambito l'ampliamento dell'applicazione della legge penale ai fatti commessi all'estero sembra più rispondere ad una necessità etica che non trova corrispondenza né nel sentire sociale, considerato che la gestazione per altri è ampiamente diffusa (prevalentemente coppie eterosessuali), né nel giudizio, per nulla omogeneo, della comunità internazionale.

4. Riflessioni a margine della proposta di legge n. 306

I limiti di ragionevolezza della proposta Carfagna si amplificano rispetto alla proposta Meloni che propone l'estensione anche alle condotte realizzate dallo straniero all'estero per i reati di surrogazione di maternità e di commercio di ovuli e gameti. Ora, prescindendo dalla diversità di struttura e di disvalore presente nelle due fattispecie, peraltro impropriamente accomunate sul versante sanzionatorio (la commercializzazione implica una finalità lucrativa, che non è elemento essenziale della surrogazione di maternità[45]), le perplessità riguardano l'estensione dell'applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero dallo straniero. La disciplina generale del codice penale all'art. 10 non ammette tale estensione: estendere allo straniero le disposizioni penali di cui all'art. 12, comma 6 l.

[45] L'elemento lucrativo non espone la fattispecie di commercializzazione ai dubbi che solleva l'ampiezza dell'incriminazione della surrogazione di maternità: sul punto v. DOLCINI, *La procreazione*, cit., p. 1554; RISICATO, *op. cit.*, p. 52; CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, p. 53.

40/2004 si esporrebbe, specie in relazione alla fattispecie di surrogazione di maternità, a critiche di manifesta irragionevolezza, ben più solide di quelle che investono le scelte di incriminazione delle condotte tenute all'estero dai cittadini italiani: la norma penale italiana dovrebbe essere applicata ai gestori ed al personale medico delle strutture sanitarie che operano all'estero, nonché agli stranieri che a queste si rivolgono, in modo del tutto legittimo in base alla *lex loci*.

Un esito paradossale di panpenalismo.

FRANCESCO PESCE

GESTAZIONE PER ALTRI E DISCREZIONALITÀ NAZIONALE "DEPOTENZIATA" NELLA PROSPETTIVA DELLA CEDU

SOMMARIO: 1. I primi interventi della Corte di Strasburgo sulla gestazione per altri. – 2. Il parere consultivo del 2019. – 3. Qualche spunto in tema di gestazione per altri, riconoscimento del vincolo di filiazione e discrezionalità statale.

1. I primi interventi della Corte di Strasburgo sulla gestazione per altri

Nel corso dell'ultimo decennio, il tema della surrogazione di maternità (o *gestazione per altri*, secondo una formula talora ritenuta più "neutra"[1]) è stato portato (più volte) all'attenzione della Corte europea dei diritti umani; è peraltro prevedibile che ciò si ripeterà con relativa frequenza nel prossimo futuro, anche in ragione dei progressi della scienza medica, da un lato, e di un certo aumento del numero di ordinamenti in cui tale procedura risulta normativamente regolamentata, dall'altro lato.

Il parametro invocato come riferimento, all'interno della Convenzione europea dei diritti umani, per la tutela delle posizioni individuali dei soggetti coinvolti in circostanze di tal sorta è rappresentato dall'art. 8 CEDU, ossia la prima – e di più ampia portata – tra le previsioni poste dalla Convenzione a presidio delle relazioni di famiglia: in base ad esso, come noto, «[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza» (art. 8, par. 1)[2].

[1] Cfr. LAMARQUE, MINGARDO, *Gestazione per altri e* best interests of the child. *La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in questo *volume*, nota 1.

[2] Nel contesto della ricchissima bibliografia relativa all'art. 8 della CEDU, si rinvia per tutti a PITEA, TOMASI, *Articolo 8*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012, p. 297 ss., ed ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. In materia cfr. altresì ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006[2], p. 268 ss.; ZENO ZENCOVICH, Art. 8, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 307 ss.; RUSSO, *Article 8 § 1*, in PETTITI, DECAUX, IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1992, p. 305 ss.; COUSSIRAT-COUSTERE, *Article 8 § 2*, ivi, p. 323 ss.

Dunque la Convenzione non soltanto riconosce il fondamentale diritto, spettante a ciascun individuo, di vedersi garantito il rispetto della propria vita privata (ivi inclusa la cd. *privacy*), ma prende altresì atto della circostanza per cui quest'ultima assume talora dimensione e carattere "familiari" per stabilire che, laddove ciò accada e debbano dunque considerarsi le istanze dell'individuo non in quanto tale, ma nel contesto di specifiche relazioni interpersonali qualificabili come rapporti di famiglia, è opportuno impegnare i Paesi membri a predisporre forme di tutela *ad hoc*.

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, è in tale duplice ottica (oltre che in quelle, ad esempio, del diritto alla salute ed all'integrità fisica e psichica della gestante) che il tema della surrogazione di maternità è stato preso in attenta considerazione dalla Corte di Strasburgo nel decennio in questione. E, ciò, non soltanto per il tramite del tradizionale strumento di tutela rappresentato dai ricorsi individuali ma anche grazie alla nuova possibilità di richiedere alla Corte pareri consultivi offerta dal protocollo n. 16[3]. Come noto, infatti, la gestazione per altri, ed i connessi profili relativi allo *status filiationis*, hanno recentemente sollevato – non solo in Italia – profonde problematiche di ordine sia giuridico che etico, in una situazione in cui tali differenti istanze sembrano talora condurre a soluzioni difficilmente conciliabili[4].

Per quanto riguarda specificamente il nostro Paese, le *quaestiones iuris* traggono origine dalla condotta di quelle coppie di coniugi cittadini italiani che, al fine di ricorrere alla surrogazione di maternità, si recano in uno di quei Paesi stranieri (prevalentemente ma non esclusivamente extra-UE[5]) in

[3] In relazione al protocollo n. 16, cfr. per tutti LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, 2015; SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 9 ss.; NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.

[4] Sul punto cfr., tra gli altri, CAMPIGLIO, *Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico*, in questo *volume*.

[5] Seppur con rilevanti differenze per quanto attiene alla regolamentazione di aspetti dirimenti quali l'apertura ai cittadini stranieri e/o non residenti; l'autorizzazione alla realizzazione della pratica all'interno di un numero limitato di strutture; l'eventuale obbligo di sottoporsi ad una previa valutazione da parte di una commissione *ad hoc*; l'ammissibilità di contatti e/o accordi privati tra genitori d'intenzione e madre surrogata; o, ancora, le eventuali prescrizioni relative al divieto di legami genetici tra il minore e la gestante e/o alla necessità di tali legami con almeno uno dei genitori d'intenzione, all'interno dell'Unione europea la gestazione per altri *di tipo altruistico* è attualmente praticata (vuoi perché oggetto

cui tale pratica di procreazione medicalmente assistita risulta disciplinata o non vietata dalla pertinente normativa locale, la quale permette dunque che ne discendano gli effetti giuridici propri della filiazione a beneficio del/i cd. genitore/i d'intenzione.

Poiché la legge 14 febbraio 2004, n. 40, all'art. 12, fa espresso divieto di realizzare, organizzare o pubblicizzare, in qualsiasi forma, la pratica della surrogazione di maternità, comminando a tal fine la pena detentiva della reclusione fino a due anni e quella pecuniaria della multa fino ad un milione di euro[6], le corti italiane si sono anzitutto trovate di fronte al delicato problema della corretta qualificazione da attribuirsi a tali fattispecie nel momento in cui emerga che un atto di nascita straniero, di cui viene richiesta la trascrizione in Italia e dal quale risulti che i richiedenti sono i genitori biologici del minore, cela in realtà un episodio di surrogazione tradizionale (in cui, cioè, l'ovocita proviene dalla madre surrogata) o gestazionale (nel qual caso entrambi i gameti provengono da soggetti terzi rispetto alla madre surrogata).

Proprio in occasione di un ricorso promosso contro lo Stato italiano, la Corte EDU ha anzitutto avuto modo di pronunciarsi sul caso di una coppia di soggetti di sesso differente i quali, malgrado quanto inizialmente dichiarato innanzi alle pubbliche autorità italiane, erano entrambi risultati geneticamente estranei al bambino indicato come loro figlio dal certificato di nascita formato in Russia[7]. Ebbene in tal caso (come, altronde, in occasione dell'analoga fattispecie portata all'attenzione della Corte di cassazione alla

di specifica disciplina, vuoi in ragione dell'assenza di un divieto espresso) quanto meno in Belgio, Danimarca, Grecia, Paesi Bassi e Portogallo.

[6] In merito ai profili penalistici del divieto di surrogazione in Italia, anche in ottica *de lege ferenda*, cfr. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in questo *volume*.

[7] Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 27 gennaio 2015; in merito ad essa si rinvia alle considerazioni svolte da 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, p. 202 ss.; VIVIANI, *Il caso* Paradiso e Campanelli *ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in *SIDIBlog*, http://www.sidiblog.org/2015/02/03/il-caso-paradiso-e-campanelli-ovvero-la-corte-europea-contro-i-pregiudizi-dei-giudici-nazionali/. La pronuncia è stata oggetto di una richiesta di riesame *ex* art. 43 CEDU da parte del Governo italiano, che ha avviato un nuovo procedimento innanzi alla Grande Camera della Corte: sul punto si rinvia a ANRÒ, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eurojus.it*, 15 dicembre 2015. Circa l'esito di tale gravame, v. subito *infra* nel corpo del testo.

fine del 2014, cui è stato dato ampio risalto mediatico[8]) la scelta delle autorità italiane era stata quella di aprire il procedimento di adottabilità a favore di minore considerato in stato di abbandono, posto che, pur escludendo che il caso di specie rientrasse nel divieto di surrogazione di cui alla legge 40/2004 stante l'assenza di alcun legame genetico tra committenti e minore (*sic*)[9], la condotta della coppia era stata ritenuta ugualmente sanzionabile per contrasto con la legge 183/1984 in materia di adozione[10] e per l'integrazione dei reati di alterazione dello stato civile e falso[11]. In

[8] La pronuncia cui si fa riferimento è quella di Corte di cassazione, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, p. 893 ss., con cui la Suprema Corte ha affermato che la surrogazione di maternità deve ritenersi vietata, nell'ordinamento italiano, perché contraria alla legge (n. 40/2004) e, in ogni caso, ai principi di ordine pubblico, sicché va dichiarato lo stato di adottabilità di un minore nato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana con cui il minore stesso non ha alcun tipo di legame genetico (ipotesi, peraltro, contraria alla stessa normativa ucraina tesa a regolamentare la materia): cfr. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Diritto civile contemporaneo*, 7 dicembre 2014. Da notare che, diversamente da quanto concluso dalla Corte di Strasburgo nella sua più recente decisione segnalata subito *infra* nel corpo del testo, la Cassazione italiana ha stimato che il divieto di surrogazione di maternità – con la conseguente collocazione del minore in stato di adottabilità – non ponga neppure potenziali problemi di conflitto l'esigenza di tutelare il superiore interesse di quest'ultimo.

[9] Si ritiene che tale passaggio della pronuncia possa risultare equivoco in una duplice prospettiva: se infatti, da un lato, sembrerebbe dedursene che la norma penalistica della legge 40/2004 recante il divieto di surrogazione presenti natura universale (mentre questo è, semmai, l'obiettivo delle più recenti proposte di riforma, tese ad inasprire il meccanismo sanzionatorio: cfr. ancora PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit.); dall'altro lato – e malgrado ciò non risulti dirimente ai fini del presente esame – la decisione della Corte di Strasburgo lascia intendere come i giudici italiani di merito avessero ritenuto che l'accordo concluso dalla sig.ra Paradiso con la società russa incaricato di organizzare e seguire il concepimento, la gestazione e la consegna del minore rientrasse nel divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo in allora previsto senza eccezioni dall'art. 4 della legge 40/2004, anziché nel divieto di surrogazione di cui all'art. 12. Né il successivo emergere della completa estraneità genetica tra i committenti ed il minore aveva condotto a riqualificare il caso di specie come ipotesi di maternità surrogata, per la quale occorrerebbe un legame biologico del bambino con almeno una degli aspiranti genitori (v. in particolare punto 37 della pronuncia).

[10] In sostanza, la coppia avrebbe "aggirato" quel procedimento adottivo che, normato dalla legge 4 maggio 1983, n. 184, rappresenta l'unico *iter* percorribile in Italia da una coppia di coniugi che desiderino avere un figlio pur non potendolo concepire e/o portare a termine una gravidanza.

[11] È appena il caso di ricordare come sia successivamente prevalso l'orientamento teso a ritenere tali ipotesi di reato non configurabili in casi di questo tipo: cfr. Corte di cassazione, V sez. pen., 5 aprile 2016, n. 13525, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 974

prima istanza i giudici di Strasburgo, aditi dalla coppia di coniugi che lamentava una violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano, avevano concluso con il riconoscere una lesione del diritto alla vita privata[12] dei ricorrenti, così sollevando delicati interrogativi circa il corretto bilanciamento tra tutela del principio di legalità – pure contemplato e protetto dalla CEDU *sub* art. 7 – e rispetto della vita privata e familiare, a fronte di circostanze in cui il perseguimento di quest'ultimo, nel soddisfare il superiore interesse del minore, rischi di legittimare condotte originariamente poste in essere in frode alla legge.

Come segnalato nella *dissenting opinion* dei giudici Raimondi e Spano, la posizione assunta all'inizio del 2015 dalla Corte EDU nel caso *Paradiso e Campanelli* c. *Italia* sembrava non del tutto conforme con i più diretti precedenti rappresentati dalle due pronunce "gemelle" del 26 giugno 2014 nei casi *Mennesson* c. *Francia* e *Labassée* c. *Francia*[13], in occasione dei quali la stessa Corte non aveva esitato a riconoscere che, malgrado una totale impossibilità di procedere al riconoscimento del figlio da parte del genitore "genetico" determini la lesione del diritto alla vita privata del minore (poiché peraltro in questi casi - lo si noti - il concepimento aveva avuto luogo ricorrendo ai gameti maschili della coppia "committente", per cui si trattava di un'ipotesi più propriamente riconducibile alla nozione di surrogazione di maternità *stricto sensu*), rimane comunque devoluta a ciascun ordinamento nazionale la scelta di riconoscere, o meno, effetti giuridici alla maternità surrogata, sicché non può parimenti rilevarsi una lesione dell'art.

ss., nonché, in dottrina, TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 1391 ss.

[12] La distinzione tra vita "familiare" e vita "privata" operata dalla Corte al § 70 della decisione in esame (poi accantonata nel prosieguo della decisione), secondo la quale soltanto la seconda nozione verrebbe in rilievo nel caso di specie in ragione dell'assenza di legami genetici, non appare del tutto convincente: la natura "familiare" dei rapporti contemplati dall'art. 8 non richiede necessariamente, anche alla luce di una cospicua giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti umani nel frattempo intervenuta in materia, l'esistenza di un vincolo di parentela "di sangue" tra i soggetti coinvolti: in argomento sia consentito il rinvio a PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 5 ss., spec. 15 ss.

[13] Entrambe le decisioni sono state rese dalla Corte europea dei diritti umani il 26 giugno 2014, rispettivamente su ricorsi n. 65192/11 e 65941/11. Sul punto, MEILHAC-PERRI, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. XVI, 2014/2015, p. 275 ss.

8 *sub specie* di diritto al rispetto della vita familiare dei pretesi genitori[14]. Ne discende che gli Stati non possono rendere totalmente *impossibile* il riconoscimento giuridico di un vincolo di filiazione genetico effettivamente esistente (nei due casi francesi) anche se costituito tramite surrogazione di maternità, poiché ciò non potrebbe che ripercuotersi, per l'appunto, sul diritto del figlio all'affermazione della propria identità in sede civile. Ci si sarebbe dunque potuti attendere che, a fronte di un caso, come quello italiano, di totale assenza di legami genetici con la coppia "committente", la Corte non avrebbe riconosciuto alcuna violazione dell'art. 8, *né* dal punto di vista della vita privata *né* (a maggior ragione) dal punto di vista della vita familiare[15].

[14] In questo caso la distinzione tra vita privata dei minori coinvolti e vita familiare della coppia richiedente la trascrizione poggia su di un ragionamento più elaborato di quello rinvenibile nella pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*: nei due casi del giugno 2014, infatti, il rispetto della vita privata dei minori viene invocato nella particolare declinazione che esso assume nel momento in cui, a prescindere dal riferirsi a legami di natura familiare o meno, si tratti di preservare il loro diritto all'identità personale.

[15] La decisione Paradiso e Campanelli presenta numerose debolezze, già a partire dal fatto che la Corte ha ritenuto che tra i coniugi ed il minore si fosse instaurato un rapporto familiare tutelabile *ex* art. 8 CEDU malgrado il brevissimo lasso di tempo intercorso (il bambino nacque il 27 febbraio 2011). Con particolare riguardo ai delicati profili di contemperamento tra principi di ordine pubblico dello Stato e tutela del superiore interesse del minore, cfr. WELLS-GRECO, DAWSON, *Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, vol. XVI, 2014/2015, p. 315 ss., spec. p. 334 ss., i quali rilevano l'emersione di un generalizzato «*child-centered appproach*», a prescindere dalle scelte – anche molto distanti tra loro – operate a livello di ordinamenti nazionali con riguardo al tema della surrogazione di maternità. La Corte, d'altronde, afferma chiaramente che il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come una "carta bianca" atta a giustificare qualsiasi misura adottata nei confronti del minore, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione il suo superiore interesse incombe sullo Stato indipendentemente dalla reale natura del legame parentale esistente. Resta da chiedersi se il primato del(l'asserito) interesse del minore può spingersi fino al punto di sanare una condotta *lato sensu* frodatoria nei confronti della legge. In argomento, 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, p. 81 ss.; SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Journal de droit international*, 2015, p. 429 ss.; PRETELLI, *Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 559 ss.; CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, Vol. 7 No 2, p. 45 ss.; FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza* Paradiso e Campanelli c. Italia, ivi, p. 420 ss.; DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una*

Tale è, d'altronde, la conclusione cui è infine giunta la Grande Camera della Corte, adita dal Governo italiano in sede di impugnazione della pronuncia del 2015: con un deciso *revirement* rispetto alle conclusione cui era giunta due anni prima la sezione semplice, i giudici di Strasburgo hanno concluso per l'insussistenza di alcuna violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano, né in ottica della tutela della vita familiare (che, nel caso di specie, non poteva ritenersi instaurata), né nella prospettiva della salvaguardia della vita privata dei ricorrenti, la quale non può che cedere innanzi ai fondamentali interessi pubblici sottesi alle scelte compiute dallo Stato, anche in considerazione del fatto che il superiore interesse del minore non sembrava aver subito, nel caso di specie, un pregiudizio grave ed irreparabile, tale da giustificare la violazione di «norme importanti del diritto italiano»[16].

2. Il parere consultivo del 2019

Malgrado l'ampia risonanza, l'intervento del 2017 della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *Paradiso e Campanelli* ha lasciato irrisolti svariati interrogativi in ordine all'applicazione delle norme della CEDU alla posizione dei soggetti coinvolti nelle fattispecie di gestazione per altri. In ragione delle specifiche circostanze di quel caso, infatti, la Corte aveva potuto omettere di specificare (i) se il proprio ragionamento avrebbe dovuto e potuto estendersi ad una situazione di sussistenza di un legame genetico tra il minore ed (almeno) uno dei genitori d'intenzione, nonché, (ii) in tale ipotesi, come impatti la tutela dei diritti fondamentali sul riconoscimento del rapporto giuridico tra il minore ed il genitore d'intenzione biologicamente estraneo allo stesso.

A tal riguardo non può non ricordarsi come le questioni siano emerse nel primo *parere consultivo* formulato dalla Corte europea, un paio di anni

lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre, in *GenIUS*, 2015/1, p. 160 ss.; DIONISI-PEYRUSSE, *La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international*, in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, 2012, p. 157 ss.

[16] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017. Anche in questo caso la pronuncia non viene assunta all'unanimità dalla Corte: all'interno della *dissenting opinion* comune ai giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev, peraltro, vengono nitidamente rilevate alcune delle criticità emerse nella fase interna di merito, a partire dall'apparente attribuzione di effetti extraterritoriali a norme italiane prive di portata universale.

più tardi, in applicazione del nuovo protocollo n. 16: adita dalla *Cour de Cassation* francese proprio in relazione alla definizione a livello interno di quel medesimo caso *Mennesson* da cui era scaturita la sentenza di Strasburgo del 2014, con parere reso nell'aprile del 2019 la Grande Camera ha chiarito che, nella situazione in cui un bambino sia nato all'estero attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale poiché concepito usando i gameti del padre "d'intenzione", e laddove la relazione legale genitore-figlio con il suddetto padre sia stata riconosciuta nel diritto nazionale, il diritto del bambino al rispetto della vita privata ai sensi dell'articolo 8 CEDU richiede che la stessa legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere anche una relazione genitore-figlio con la *madre* d'intenzione, priva di legali biologici con il minore ma indicata nel certificato di nascita, legalmente emesso all'estero, come madre "*legale*"[17]. Il diritto del bambino al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU non richiede, tuttavia, che tale riconoscimento assuma necessariamente la forma della trascrizione del certificato di nascita straniero all'interno dei registri di stato civile (con il conseguente riconoscimento *ab origine* del vincolo di filiazione): è bensì ammissibile ricorrere a qualsiasi altro strumento giuridico − quale può essere l'adozione ("*piena*") del minore da parte della madre d'intenzione − purché esso garantisca che la questione relativa allo *status filii* sia definita in modo tempestivo ed efficace, nel rispetto del superiore interesse del minore.

Pare dunque potersi affermare che, nella misura in cui la giurisprudenza di Strasburgo si consolida nel senso di ritenere che il diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore nato da gestazione per altri imponga agli ordinamenti nazionali di mettere a disposizione un istituto giuridico capace di dar luogo ad un rapporto di filiazione *effettivo*[18], il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità eventualmente previsto dagli

[17] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, domanda n. P16-2018-001, 10 aprile 2019. La posizione espressa dalla Corte nel contesto di tale parere è già stata posta alla base di successive pronunce della Corte, rese su ricorsi individuali ed ovviamente del tutto allineate rispetto ai principi di diritto espressi in tale prima occasione: cfr. ad esempio Corte europea dei diritti umani, *C. e E. c. Francia*, ricorsi nn. 1462/18 e 17348/18, decisione del 19 novembre 2019. In argomento cfr., *ex multis*, FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 1 ss.

[18] In tal senso si veda ancora Corte europea dei diritti umani, *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020. Vale la pena di notare come, in tal sede, la Corte

ordinamenti nazionali, nell'esercizio della discrezionalità ancora ad essi devoluta, è destinato ad essere progressivamente, ma inevitabilmente, "depotenziato". Con la sola precisazione per cui, a tutt'oggi[19], tali principi di diritto non possono essere automaticamente estesi a quelle ipotesi in cui non sussista alcun legame genetico tra il minore ed alcuno[20] dei genitori d'intenzione: in tal caso viene infatti meno l'onere, per gli Stati, di adoperarsi al fine di garantire il riconoscimento del vincolo di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione non biologico, dovendosi invece unicamente provvedere al fine di garantire – com'è comprensibile se si muove da una prospettiva di massima attenzione per l'interesse del minore – adeguate tutele per la posizione del minore (ivi incluso il diritto ad ottenere la cittadinanza e a mantenere ininterrotto il proprio rapporto di natura familiare con i genitori d'intenzione, eventualmente anche per il tramite un procedimento adottivo), anche nel caso in cui lo Stato richiesto (legittimamente) si mantenga orientato nel senso della criminalizzazione della surrogazione, e del conseguente disconoscimento dei suoi effetti diretti. Tali sono le premesse su cui poggia, ad esempio, l'apprezzamento della Corte nel caso *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda* del 2021[21], rispetto al quale occorre tuttavia precisare che la posizione unanime dei giudici di Strasburgo sembra essere influenzato in misura determinante dalla circostanza

abbia altresì evidenziato come, se da un lato è vero che il procedimento teso all'instaurazione di un'adozione piena può risultare per la madre d'intenzione più oneroso rispetto alla semplice trascrizione del vincolo di filiazione indicato nell'atto di nascita redatto all'estero, non è con riferimento a quest'ultima, bensì con riferimento al minore, che il diritto al rispetto della vita privata doveva essere apprezzato nel caso di specie (v. § 63). A tal proposito è stato tuttavia osservato come il caso di specie presentasse una rilevante peculiarità data del fatto che, per la prima volta, la Corte di Strasburgo era stata interessata in relazione ad un'ipotesi di surrogazione in cui la madre d'intenzione risultava essere *altresì* la madre genetica del minore: cfr. LOPES PEGNA, Mater (non) semper certa est! *L'*impasse *sulla verità biologica nella sentenza* D. c. Francia *della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 709 ss.

[19] Cfr. Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Avis consultatif* del 10 aprile 2019, cit., § 36.

[20] Tale riferimento dovrebbe più precisamente essere ristretto al solo padre atteso che, come correttamente evidenziato in dottrina, l'eventuale sussistenza di un legame genetico di filiazione con la (sola) madre d'intenzione – come per l'appunto nel caso *D. c. Francia* – può essere ugualmente trascurato laddove un ordinamento giuridico valorizzi la filiazione per via materna unicamente in senso gestazionale, cioè nei confronti della donna che abbia portato in grembo e partorito il minore (cfr. LOPES PEGNA, Mater (non) semper certa est! *L'*impasse *sulla verità biologica nella sentenza* D. c. Francia *della Corte europea*, cit., p. 709 ss. spec. p. 714 ss.).

[21] Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021.

per cui, nel caso di specie, (i) la coppia ed il minore non avevano subito, da parte dello Stato islandese, alcuna interruzione nel godimento del proprio diritto al rispetto della vita familiare; (ii) il minore si era visto riconoscere la cittadinanza islandese delle due madri d'intenzione; (iii) fino al momento del divorzio e della conseguente modifica irreversibile dei reciproci rapporti personali, le due donne avevano avuto la possibilità di portare avanti una domanda di adozione congiunta del minore.

In altri termini, la conclusione fatta propria dalla Corte nel caso del ricorso contro lo stato islandese non pare *sic e simpliciter* mutuabile a fronte di eventuali fattispecie analoghe in cui, però, la compressione del diritto del minore al rispetto della propria vita familiare non risulti altrettanto limitata e, comunque, compensata da efficaci meccanismi di garanzia rispetto alla salvaguardia della propria identità personale e alla prosecuzione *in concreto* del rapporto familiare considerato[22].

3. Qualche spunto in tema di gestazione per altri, riconoscimento del vincolo di filiazione e discrezionalità statale

Le più recenti decisioni in occasione delle quali la Corte di Strasburgo è tornata ad occuparsi del tema della gestazione per altri non sembrano dar luogo ad un *revirement*, né ad un significativo sviluppo, rispetto ai principi di diritto già espressi dalla Corte in occasione delle sue precedenti pronunce, in particolare con il parere del 10 aprile 2019.

È appena il caso di ricordare, a tal riguardo, come con sentenza resa il 7 aprile 2022 nel caso *A.L. c. Francia* la Corte abbia chiarito che se l'assenza di un vincolo biologico di filiazione fa sì che l'ordinamento interno non si veda costretto a riconoscere, ai fini dello stato civile, le risultanze di un certificato di nascita straniero che indica come genitore del minore un soggetto a lui geneticamente estraneo, da ciò non discende che l'eventuale sussistenza di un rapporto di filiazione genetica debba dar luogo *sempre e comunque* al riconoscimento dello status genitoriale: può ben darsi, infatti, che le circostanze del caso concreto sconsiglino di accogliere una simile istanza qualora ciò si ponga in evidente contrasto con la tutela dell'interesse del minore, a fronte di una vita familiare già stabilmente instaurata con il genitore "sociale" e del conseguente rischio di un pregiudizio

[22] Fermo restando, peraltro, che, nella propria *concurring opinion*, il Presidente Lemmens precisa come l'eventuale invocazione dell'art. 8 CEDU *sub specie* di diritto al rispetto della vita *privata* avrebbe potuto, a suo giudizio, condurre la Corte ad una conclusione differente.

(quanto meno) psichico connesso ad un mutamente traumatico del contesto affettivo di riferimento[23].

In altri termini, il punto d'approdo del parere del 2019, rappresentato dal principio di diritto in base al quale «the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother (…) [but it] does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; *another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that* the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented *promptly and effectively*, in accordance with the child's best interests»[24], non sembra aver realmente fugato ogni dubbio in ordine alla reale adeguatezza dello strumento adottivo, e/o di ogni altro istituto del diritto interno di famiglia teso al riconoscimento di un vincolo di filiazione tra il minore e la madre d'intenzione, quanto alla tutela del diritto del minore al rispetto della propria vita privata, così come codificato dall'art. 8 CEDU. I parametri a tal fine indicati dalla Corte – ossia quelli della *promptness* e della *effectiveness* della procedura volta all'instaurazione del legame di famiglia, oltre a quello dell'ovvia conformità all'interesse superiore del minore – paiono infatti lasciare un certo margine di discrezionalità nell'apprezzamento relativo alla conformità delle normative e delle prassi interne, al pari di una non trascurabile incertezza circa i provvedimenti che gli Stati contraenti la Convenzione EDU sono chiamati ad adottare per garantirne l'osservanza.

Non solo. Muovendo dallo stesso ordine di considerazioni, ma *a contrario*, è altresì opportuno domandarsi quale sia il *reale* residuo margine di discrezionalità di cui gli ordinamenti nazionali dispongono nell'individuare lo strumento giuridico che ritengono più adeguato per il riconoscimento del vincolo di filiazione con il genitore di intenzione (che non sia anche il padre biologico, nel qual caso di norma non vi sono ostacoli al

[23] Corte europea dei diritti umani, *A.L. c. Francia*, ricorso n. 13344/20, sentenza del 7 aprile 2022. Si noti che la constatazione di un'avvenuta violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato francese è tuttavia dovuta, nel caso di specie, all'inaccettabile durata del procedimento celebratosi innanzi alle autorità nazionali, pari a sei anni ed un mese: tale grave mancanza, avendo comportato il venir meno dello Stato al dover di eccezionale diligenza che dovrebbe caratterizzarne l'operato ogniqualvolta sia in gioco un rapporto genitoriale coinvolgente un minore, avrebbe concorso ad imporre alla Corte una valutazione fondata sul "*fait accompli*" (cfr. § 54).

[24] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Avis consultatif* del 10 aprile 2019, cit., testo del parere (enfasi aggiunte).

riconoscimento dello *status filii*), a valle di apprezzamenti che dovrebbero poter risentire di ciascuno specifico contesto culturale e sociale. Infatti, se da un lato la Corte europea ha riconosciuto che «despite a certain trend towards the possibility of legal recognition of the relationship between children conceived through surrogacy abroad and the intended parents, *there is no consensus* in Europe on this issue» e cionondimeno «where a particularly important facet of an individual's identity [is] at stake, such as when the legal parent-child relationship [is] concerned, *the margin allowed to the State* [is] *normally restricted*»[25], dall'altro lato «where the establishment or recognition of a legal relationship between the child and the intended parent is possible, the procedure varies from one State to another (…). The Court also observes that an individual's identity is less directly at stake where the issue is not the very principle of the establishment or recognition of his or her parentage, but rather the means to be implemented to that end. Accordingly, the Court considers that *the choice of means by which to permit recognition of the legal relationship between the child and the intended parents falls within the States' margin of appreciation*. (…) Article 8 of the Convention does not impose a general obligation on States to recognise *ab initio* a parent-child relationship between the child and the intended mother»[26].

Ora, il richiamo al caso francese *Mennesson* che ha dato origine (tra l'altro) alla richiesta di parere consultivo alla Corte EDU pare particolarmente indicativo a tal riguardo: sebbene, a valle dell'ultimo pronunciamento dei giudici di Strasburgo, l'ordinamento francese non fosse in astratto tenuto al riconoscimento diretto del vincolo di filiazione tra il minore e la madre d'intenzione "legale" così come risultante dall'atto di nascita – potendo al contrario scegliere di percorrere altre strade, ivi inclusa quella del procedimento adottivo –, è pure noto come proprio i "paletti" posti dalla Corte, al cui contenuto così sfumato fa da contraltare il forte valore orientativo nei confronti degli Stati, abbiano condotto la *Cour de cassation* francese, nel suo definitivo pronunciamento in ordine alla richiesta avanzata dai coniugi Mennesson, a disporre la trascrizione integrale dell'atto di nascita formato all'estero, dando così luogo al riconoscimento

[25] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Avis consultatif* del 10 aprile 2019, cit., §§ 43-44 (enfasi aggiunte).

[26] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, *Avis consultatif* del 10 aprile 2019, cit., §§ 51-52 (enfasi aggiunte).

del rapporto di filiazione anche nei confronti della madre d'intenzione non biologica[27].

Peraltro lo stesso riferimento al principio del *consensus* – menzionato espressamente, qui come altrove, nel ragionamento della Corte – lascia intendere come tale margine di discrezionalità statale, pur laddove lo si consideri dotato di adeguata ampiezza, è sin d'ora soggetto alla "condizione risolutiva" rappresentata dall'eventuale e futuro emergere di un generalizzato consenso circa la piena portabilità transfrontaliera dello *status filiationis*.

In definitiva, le spinte che attualmente si confrontano, ai diversi livelli, sul terreno della surrogazione di maternità sembrano dar luogo ad un quadro tanto complesso quanto di difficile conciliazione.

Se da un lato gli Stati sembrano affermare con rinnovato vigore – e non soltanto sul piano interno[28] – la propria volontà di preservare le specificità

[27] Cour de cassation, assemblée plénière, 4 ottobre 2019, n° 10-19.053, in *Recueil Dalloz* 2019, p. 2228, con nota di FULCHIRON e BIDAUD. A tale orientamento della *Cassation*, che ha ribadito la tale posizione anche in occasione di alcune pronunce successive, ha da ultimo reagito il legislatore francese con l'approvazione della legge n° 2021-1017 del 2 agosto 2021 *relative à la bioéthique* (https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2021/8/2/SSAX1917211L/jo/texte), con cui si è tra l'altro modificato l'art. 47 del *code civil* nel senso di prevedere – con una formula invero passibile di divergenze interpretative – che ogni atto di stato civile formato all'estero «est appréciée au regard de la loi française». Sul punto cfr. BIDAUD, *La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique: du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité «appréciée au regard de la loi française»…*, in *Revue critique DIP*, 2022, p. 35 ss.

[28] Il riferimento è non soltanto ad iniziative nazionali di riforma del diritto di famiglia che, al pari di quella discussa dal Parlamento italiano (e su cui si rinvia ancora, per tutti, a PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit.), segnalino un irrigidimento nei riguardi dei soggetti che si recano all'estero per avere un figlio tramite gestazione per altri, ma anche alla stessa discussione che, in sede internazionale, i rappresentanti degli Stati membri della Conferenza dell'Aja stanno conducendo fin dal 2015, con l'idea è di sviluppare uno strumento (i) complementare rispetto alle altre convenzioni dell'Aja che si occupano di questioni relative ai minori, tuttavia escludendo espressamente la filiazione dal proprio ambito applicativo; (ii) capace di tenere in debito conto la dimensione relativa alla tutala dei diritti umani dei soggetti coinvolti; (iii) che affianchi, alle tradizionali regole di diritto internazionale privato, anche norme di cooperazione amministrativa. Sin dai primi incontri è tuttavia emerso come le divergenze normative (e ideologiche) in materia siano particolarmente significative, e si è dunque optato per lavorare alla possibilità di predisporre due separati strumenti, il primo dei quali dedicato al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di filiazione (anche a valle del ricorso a tecniche di procreazione assistita diverse dalla surrogazione), mentre il secondo (un protocollo addizionale) riservato al riconoscimento delle pronunce straniere rese sempre in tema di filiazione, ma sulla base di accordi di surrogazione internazionale. Sicché, anche in tale sede, le differenti impostazioni nazionali sembrano essere emerse in modo netto, e non è

proprie degli ordinamenti nazionali e quel conseguente margine di discrezionalità, nell'elaborazione del diritto di famiglia, riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo relativamente alla scelta degli strumenti di utilizzarsi per perseguire gli obiettivi enucleati nel parere del 2019, la reale estensione di tale margine appare non soltanto incerta, ma anche soggetta ad un progressivo ed incessante futuro restringimento, correlato (i) all'inevitabile stigmatizzazione degli aspetti discriminatori connessi alla concreta scelta di uno strumento di instaurazione del vincolo di filiazione differente rispetto al riconoscimento diretto dello status legalmente acquisito all'estero[29]; (ii) alla priorità da attribuirsi, nel bilanciamento tra rivendicazione identitarie statuali e tutela del diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare, alla salvaguardia di quest'ultimo; nonché (iii) all'ulteriore spinta che, a livello di Unione europea, viene esercitata a favore di un generalizzato riconoscimento del principio di portabilità degli status, anche e soprattutto nella sua dimensione di corollario alle fondamenta su cui poggia la costruzione del mercato unico[30].

certo che sarà possibile l'elaborazione di uno o due testi convenzionali condivisi. In merito ai lavori della Conferenza dell'Aja in materia di surrogazione, cfr. https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

[29] Viene spesso evidenziato come, oltre al tema delle tempistiche per addivenire all'instaurazione del legame di famiglia nell'ordinamento richiesto (cui la Corte EDU, nel parere del 2019, ha riservato una particolare attenzione), si possano porre rilevanti problemi di tutela dell'interesse del minore nel caso in cui, ad esempio, la coppia genitoriale d'intenzione entri in crisi prima della determinazione giudiziale in ordine allo status di genitori di entrambi i suoi membri o, ancora, nel caso in cui il (solo) genitore riconosciuto come tale in sede di trascrizione dell'atto di nascita nei registri di stato civile, scompaia prima che il secondo rapporto di filiazione sia stato giudizialmente instaurato (attraverso la cd. *second-parent* o *stepchild adoption*, o altro istituto avente effetti analoghi).

[30] Sul punto v. per tutti BARUFFI, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questo *volume*.

ILARIA PRETELLI*

IL DIRITTO DI CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO A FIGLIE E FIGLI DI ASCENDENZA MULTIPLA O COMPLESSA

SOMMARIO: 1. La funzione sociale della filiazione. – 1.1. Il potere di controllo degli ascendenti sulla discendenza. – 1.1.1. La scelta della discendenza in negativo: ostacoli storici e attuali all'azione in ricerca della paternità. – 1.1.2. La scelta della discendenza in positivo: l'adozione e il possesso di stato. – 1.2. La rivoluzione copernicana della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989 e i nuovi diritti dei discendenti nei confronti degli ascendenti. – 1.2.1. Il diritto alla cura e all'educazione quale diritto assoluto e indipendente dal vincolo della filiazione. – 1.2.2. Il diritto a conoscere le proprie origini e alla ricerca della paternità. – 2. Il vincolo della filiazione nella nuova concezione della famiglia e i tre paradigmi della filiazione dell'epoca attuale. – 2.2. Il *tertium genus* di filiazione oltre la filiazione biologica e quella adottiva: la filiazione multipla o complessa. – 2.2. Il metodo tradizionale di costituzione del vincolo di filiazione: l'attribuzione dello status di figlio alla madre e al suo coniuge di sesso maschile contestualmente alla nascita. – 2.3. L'attribuzione dello status di figlio attraverso un atto unilaterale di riconoscimento. – 2.4. L'attribuzione dello status di figlio quale risultato di una fattispecie complessa nel caso di contratti di procreazione. - 2.4.1. Maternità e paternità nei casi di fecondazione eterologa. – 2.4.2. Maternità e paternità nei casi di coppie omosessuali femminili. – 2.4.3. Altri casi di maternità e paternità plurime. – 2.5. Madri, padri e genitori non binari. – 2.5.1. Il problema della rappresentazione linguistica del genitore non binario. – 2.5.2. Maternità e paternità nei casi di madri di sesso maschile. – 3. Il diritto a conoscere le proprie origini e i nuovi limiti alla ricerca di paternità e maternità. – 3.1. Il diritto a conoscere le proprie origini. – 3.1.1. L'anonimato della madre. – 3.1.2. L'anonimato di donatori e donatrici di gameti. – 3.2. La ricerca della maternità e paternità quale garanzia del diritto all'identità personale di figlie e figli di ascendenza multipla o complessa.

* Istituto svizzero di diritto comparato, Losanna. L'articolo riproduce una parte dalla comunicazione presentata al Convegno "La surrogazione di maternità nel prisma del diritto. Problemi aperti e sfide future" e il lettore riconoscerà in talune parti lo stile orale della presentazione. Le opinioni espresse non riflettono necessariamente quelle dell'istituto cui sono affiliata.

1. La funzione sociale della filiazione

L'istituto giuridico della filiazione è stato costruito per rispondere a primarie esigenze di consapevolezza, identità e stabilità sociale della comunità umana. Uno dei primi dati che emerge dall'analisi della sua evoluzione storica è che il legame giuridico tra ascendenti e discendenti fu originariamente pensato nell'interesse dei genitori piuttosto che in quello dei figli[1]. In particolare, la regolamentazione giuridica della filiazione biologica appare garantire agli ascendenti, in particolare ai padri, un ampio margine di controllo sulla trasmissione della propria posizione sociale ed economica alla loro stirpe[2]. Dal momento che il diritto positivo europeo risente ancora dell'impostazione impressa dalle grandi codificazioni del passato, riflettere sul dato storico appare indispensabile per rimuovere le premesse classiste, oramai obsolete, del diritto della filiazione[3].

Nelle società caratterizzate da una rigida immobilità sociale, laddove una sussistenza dignitosa è inscindibilmente legata all'appartenenza ad una famiglia di "possidenti", l'attribuzione di un controllo sulla filiazione appare rispondere alla preoccupazione di salvaguardare la ricchezza acquisita

[1] LEFEBVRE-TEILLARD, *Filiation*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, p. 720, osserva, con riferimento al diritto romano: "*le vocabulaire est très révélateur: il faut attendre la fin du XII siècle pour que le terme "filiatio"… apparaisse*". Nel diritto anglo-americano, il termine inizia ad essere usato, in particolare in Canada, ove traduce il termine francese in uso nel Quebec e, più significativamente, nel codice di diritto di famiglia dello stato di New York.

[2] Le tre grandi tradizioni monoteiste rappresentano la discendenza come un premio per il capostipite e la sua mancanza come una punizione divina per l'uomo adulto, fino a considerarla la peggiore delle disgrazie per l'anziano. É nota, nella Bibbia di cristiani e ebrei, la vicenda di Giobbe (ad es. 5:25 "Saprai anche che la tua progenie sarà grande e la tua discendenza come l'erba della terra"). Si veda E. DURKHEIM, *La famille conjugale*, in *Revue Philosophique*, XX (1), 1921.

[3] L'esclusione deliberata delle donne dall'educazione è incompatibile con qualsiasi accesso reale al potere anche in pretesi contesti matriarcali. Come ha da tempo osservato MAGLI, *Matriarcato e potere delle donne*, Milano, 1978, ogni preteso matriarcato si rivela, ad uno studio approfondito, come un mito creato cedendo alla tentazione della simmetria: essendo troppo facile opporre il concetto a quello di patriarcato. Dei due, solo quest'ultimo esiste ed è storicamente e geograficamente documentabile. Ricercando tale speculare opposizione, i creatori del matriarcato hanno trasformato alcune caratteristiche delle società matrilineari in inesistenti istituzioni di potere. Prova ne è, osserva, che le società matrilineari non sono mai collegate al potere (si pensi ad esempio alla società ebraica). Anche nei rari casi di leadership femminile, il potere delle donne in questione si presenta con evidenti anomalie rispetto alla normale gestione ed è dovuto a circostanze contingenti e spesso effimere. Non è, in particolare, rintracciabile un apporto femminile alla formazione dei codici sociali di potere.

dalle generazioni precedenti a vantaggio delle future. In questa concezione patriarcale, la prole è vista come un bene giuridico facente parte integrante del patrimonio familiare del capo famiglia[4]. Solo nell'ultimo secolo è emersa la prospettiva, di segno opposto, che ha portato alla consacrazione di un potere di controllo di figli e figlie sulla propria ascendenza, in particolare attraverso l'azione di ricerca della paternità.

I diritti che i discendenti vantano nei confronti dei propri ascendenti, sono stati poi ulteriormente rafforzati con la Convenzione dell'ONU del 1989 che ha consacrato il principio dell'interesse superiore del minore[5]. L'attuazione della Convenzione è oggi monitorata dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'infanzia, un corpo di diciotto esperti indipendenti con sede a Ginevra[6]. Il 19 dicembre 2011, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha approvato un terzo Protocollo opzionale su una procedura di comunicazione, che permette ai singoli bambini di presentare reclami riguardanti specifiche violazioni dei loro diritti. Il Comitato ha il potere di giudicare i 46 Stati parte e molte denunce sono già sotto esame, soprattutto da parte di bambini migranti e rifugiati. Si è creato così un meccanismo simile a quello previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, specifico per minori di età, con il potere di ordinare agli Stati di rispettare le misure che pronuncia.

1.1. Il potere di controllo degli ascendenti sulla discendenza

I concetti giuridici di ascendenza e discendenza si fondano sul paradigma genealogico. Tuttavia, le norme giuridiche che di questi concetti si sono appropriate hanno introdotto, già nel diritto romano talune *fictio iuris* con la finalità di attribuire al *pater familias* un più ampio controllo sulla propria discendenza. Attraverso il diritto si è potuto garantire agli ascendenti un margine di autonomia nella designazione della propria discendenza indipendentemente dalla verità genealogica di questa. Il *pater familias* romano poteva sceglierla sia in positivo che in negativo: acquisendo

[4] Sull'evoluzione del modello di famiglia nel diritto italiano dell'ultimo secolo si veda DOGLIOTTI, *Famiglia (dimensioni della)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1992 - Agg. 2019; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1982, p. 377 ss. osserva che il codice civile italiano conosce entrambe le concezioni della famiglia, quella più antica e estesa, retaggio dell'epoca fascista di redazione del codice civile, e quella nucleare, sviluppatasi a partire dalla nozione accolta dalla Costituzione del 1948.

[5] Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989 (CDI).

[6] Il comitato monitora anche l'attuazione dei due Protocolli opzionali alla Convenzione (sul coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati e sulla vendita di bambini, prostituzione infantile e pornografia infantile).

alla propria famiglia figli di altri genitori tramite l'adozione[7] o escludendo dal proprio lignaggio i figli da lui generati al di fuori delle *iustae nuptiae*[8].

Questa possibilità di scelta è stata garantita attraverso la tutela della famiglia legittima che consentiva di superare il dato biologico e genealogico, per scegliere le persone destinate a continuare la propria *gens*. Un margine di scelta sulla discendenza esiste anche in altre esperienze giuridiche. Si può citare il diritto musulmano, che pure contempla una scelta ma solo in negativo, ossia riconoscendo ai padri biologici la possibilità di escludere i figli generati al di fuori del matrimonio. È invece vietata l'adozione di figli altrui[9].

Nelle culture patriarcali più retrive l'infanzia è inesorabilmente soggetta alla *potestas* del padre al punto che la relazione tra discendenti e ascendenti è stata paragonata a quella che c'è tra una cosa e il suo proprietario[10]. Così, nella visione d'ispirazione fascista della famiglia, figlie e figli dovevano obbedire al padre, agli altri componenti maschi della famiglia del padre, e subordinatamente alla madre. La disobbedienza legittimava non solo "poteri correzionali" ma persino sanzioni radicali, quali l'allontanamento dalla famiglia e la collocazione in istituti correzionali[11]. Il padre poteva stabilire nel testamento le condizioni a cui la madre era obbligata ad attenersi per l'educazione e l'amministrazione dei beni dei figli. Il controllo sull'adempimento di tali condizioni da parte della madre era affidato a un organo, denominato "consiglio di famiglia" che era composto dai membri di sesso maschile della famiglia c.d. estesa (nonno, fratelli del nonno, zii e, se maggiorenni, fratelli dell'orfano). Il consiglio aveva anche funzioni di autorizzazione.

[7] Com'è noto, il diritto romano consentiva l'adozione legittimante, utilizzata con la finalità di assicurare ad un adulto che non aveva figli una discendenza, in modo che l'adottato continuasse il nome, i culti e l'eredità della famiglia.

[8] Nessun legame di parentela (*agnatio*) si creava tra il padre e i suoi figli non legittimi (che siano *liberi naturales*, ovvero nati da concubinato, o *spurii* o *vulgo quaesiti*, ossia nati da unioni giuridicamente irrilevanti o illecite). Questi ultimi avevano solo la parentale con la madre (*cognatio*).

[9] Per approfondimenti si veda ALDEEB ABU-SAHLIEH, BONOMI (dir.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess, 1999.

[10] THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, p. 186 ; BÜCHLER, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht*, in *FamPra.ch*., 2005, p. 453 ricorda che il potere dei genitori di disporre del lavoro e dei beni dei figli era normativamente stabilito, in Prussia, dai paragrafi 147-209 dell'Allgemeines Landrecht des preußischen Staaten del 1784. Si veda anche DIURNI, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. famiglia*, fasc. 3, 2007, p. 1397 ss.

[11] T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, 2018, p. 3 ss.

In queste culture, che oggi definiamo subculture dal momento che si fondano sulla negazione della pari dignità dell'uomo e della donna, il figlio maschio, procreato o scelto, è voluto dal padre per adempiere alla funzione della continuazione del patrimonio familiare (sociale ed economico), mentre la figlia femmina, è cresciuta per essere sostanzialmente "venduta" ad un prezzo concordato: la dote. L'acquirente, un altro capofamiglia, la acquista quale strumento per assicurarsi la propria discendenza attraverso di lei, ovvero per fare in modo che figlie e figli che la donna genererà portino il suo cognome[12].

I riflessi di questa arcaica concezione proprietaria dei figli si ritrovano in norme giuridiche contrarie a principi di rango costituzionale in Italia e nella maggior parte dei paesi occidentali. All'origine delle profonde trasformazioni legislative degli ultimi anni vi è una maggiore consapevolezza dell'ingiusta sofferenza causata attraverso i secoli a miliardi di bambine e bambini dalle norme discriminatorie che sono state presenti un po' ovunque, nel mondo. Nonostante la persistenza, in taluni contesti, di normative nazionali ispirate a questa concezione retriva, si deve ritenere che già esista una *opinio iuris sive necessitatis* della comunità internazionale che nega la sudditanza di figli e figlie al potere assoluto del padre o della madre. Una conferma se ne ha nell'ampio numero di ratifiche della Convenzione del 1989[13] che appare tale da legittimare l'ingresso di molti dei diritti fondamentali di bambini e bambine tra i principi protetti da norme di *ius cogens*[14].

Coerentemente, ad esempio, si stanno sviluppando norme internazionali contro il matrimonio precoce delle minori e dei minori di età, e contro il matrimonio forzato delle donne[15]. Nonostante questi sviluppi, qualche

[12] GRAEBER, *Una storia del debito*, 2011, osserva che la ragione ultima della dote, ciò che il marito sta effettivamente pagando, è il diritto di ottenere che figli e figlie nate da sua moglie portino il suo nome e continuino la sua stirpe.

[13] Il numero esponenziale di ratifiche lo attesta facilmente: il trattato è stato ratificato, sostanzialmente, di tutti gli Stati del mondo (196) con la incredibile eccezione degli Stati Uniti d'America.

[14] CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 2005, cap. XII, p. 336 ss.

[15] Si veda l'art. 37 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, che impone agli Stati firmatari di prevedere una sanzione penale per le condotte consistenti nel "costringere un adulto o un minore a contrarre un matrimonio" e nell'"attirare un adulto o un minore nel territorio di uno Stato estero, diverso da quello in cui risiede, con lo scopo di costringerlo a contrarre un matrimonio". Il diritto italiano ha iniziato a prendere coscienza del problema del matrimonio precoce o forzato con la ratifica

retaggio dell'arcaica concezione proprietaria dei figli è ancora presente in talune norme giuridiche, per lo più abrogate, ma la cui applicazione arriva ad essere tuttora ricercata, talvolta persino con successo, sebbene sia radicalmente incompatibile con la Convenzione del 1989[16].

1.1.1 La scelta della discendenza in negativo: ostacoli storici e attuali all'azione in ricerca della paternità

In Francia, l'articolo 340 del Code Napoléon del 1804 proibiva radicalmente la ricerca di paternità e sottoponeva a condizioni estremamente rigide la ricerca della maternità[17]. L'articolo 355 dello stesso codice la proibiva in ogni caso se i figli erano "*nés d'un commerce incestueux ou adultérin*"; l'articolo 756 escludeva dall'eredità il figlio naturale in presenza di figli legittimi[18]. Nonostante il diritto internazionale e le riforme intervenute negli ultimi anni, nel 2019, la Francia riusciva ancora a subire una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[19] in ragione della

della Convenzione. La prevenzione e repressione del matrimonio forzato e precoce è stata attuata in particolare con la legge denominata "codice rosso" del 19 luglio 2019 n. 69 che ha introdotto in Italia il reato di "costrizione o induzione al matrimonio". Tale delitto è aggravato se la vittima è minorenne, e ulteriormente aggravato se la vittima è infra-quattordicenne (c.d. spose bambine). Restano ferme le possibilità di invocare il delitto di "violenza privata", "Atti sessuali con minorenni", "riduzione in schiavitù".

[16] Le norme di diritto transitorio sono spesso invocate nel tentativo di riesumare il regime previgente della filiazione. Oltre agli esempi più recenti citati oltre, nel testo, si può ricordare un caso risalente al 1997 e relativo ai diritti successori di un "figlio tributario". Il tribunale federale svizzero, DTF 124 III 1, ha ritenuto che la trasformazione della c.d. filiazione tributaria in filiazione plenaria non operasse automaticamente, *ope legis*, ma richiedesse l'adempimento di condizioni che, nel caso di specie, non erano state rispettate. Inoltre, il ricorrente avrebbe dovuto contestare la violazione dei diritti sanciti dagli articoli 8 e 14 della CEDU da parte della Corte d'appello che aveva disconosciuto i suoi diritti successori attraverso un ricorso di diritto pubblico e non con una semplice domanda di revisione. Si veda *infra* nel testo, in corrispondenza della nota 20.

[17] LEFEBVRE-TEILLARD, *Filiation*, cit. nota 1, p. 722; ROBERT, *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le code civil suisse et le code civil allemand* (Thèse Genève 1912), p. 26 s., 303 nota che nella Francia pre-rivoluzionaria, l'uomo designato come padre dalla madre sotto giuramento poteva essere obbligato con un'ordinanza provvisoria a fornirle mezzi di sussistenza per il primo mantenimento del bambino. In caso di mancato riconoscimento poteva però poi esigere dalla madre la restituzione degli importi versati.

[18] *Ibidem.* Il concetto di *filiation naturelle* è stato eliminato con l'*Ordonnance* n. 2005-759 del 4 luglio 2005 (vedi www.legifrance.gouv.fr).

[19] CEDU, 14 marzo 2019, *Quilichini c. Francia*, n. 38299/15. La ricorrente era stata palesemente discriminata in occasione di una divisione ereditaria che l'aveva opposta agli altri due figli del padre. Questi si erano fondati, con l'avallo della Cassazione francese, sulle

discriminazione commessa ai danni di una donna, nata da una relazione extraconiugale tra suo padre e sua madre[20]. Un'evoluzione simile ha conosciuto il diritto tedesco: nel 1900, il § 1589 del BGB negava al figlio nato fuori dal matrimonio la parentela dal lato paterno: "*Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten als nicht verwandt*"[21]. Anche l'articolo 304 del codice civile svizzero[22] escludeva che il figlio adulterino potesse essere riconosciuto dal padre[23]. L'articolo 309 concedeva al figlio naturale (o a sua madre) un'azione per l'accertamento della paternità i cui effetti erano "meramente patrimoniali" (c.d. *Zahlvaterschaft),* ossia sostanzialmente pietistici. All'accertamento giudiziale di questo tipo di paternità alimentare (detta anche "tributaria"), conseguiva infatti la condanna ad una sorta di obbligazione alimentare, concepita come una vera e propria obbligazione

norme di diritto intertemporale della riforma francese del 2001 che ha equiparato i diritti successori dei figli, allegando che l'atto di divisione si era "perfezionato" prima di tale riforma.

[20] La decisione della CEDU (nota precedente) conferma ed estende la portata delle precedenti decisioni *Mazurek c. Francia* (1° febbraio 2000, n. 34406/97, *Mazurek c. Francia*, D. 2000. 332, nota J. Thierry; ibid. 626) e *Fabris c. Francia* (7 febbraio 2013, Fabris c. Francia, n° 16574/08, RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud; ibid. 358, obs. J. Hauser).

[21] Si veda DIURNI, cit. nota 11, p. 1397, A. BÜCHLER, cit. nota 11, p. 453.

[22] Il "Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code civil suisse (Adoption et article 321 CC) du 12 mai 1971", FF 1971 I 1222, p. 1223 insiste sulla necessità di rivedere integralmente il diritto di famiglia, dando priorità alla riforma dell'adozione, ma anche con l'intento di abrogare le norme presentate di seguito nel testo.

[23] Nel 1974, il Consiglio federale svizzero ha avviato un'importante riforma della filiazione, senza rimettere in discussione la distinzione tra figli legittimi e illegittimi, con frasi non prive di ambiguità che meritano di essere ricordate: "Légitimité et illégitimité sont les critères de la division fondamentale traditionnelle de notre droit de la filiation. Ces critères ne servent pas seulement à délimiter des catégories juridiques, comme par exemple les notions de personnes physiques et personnes morales ou de propriété foncière et propriété mobilière. Leur différenciation repose plutôt sur un jugement de valeur. La légitimité est ce qui est conforme à l'ordre, légitime, l'illégitimité, en revanche, est la négation de l'ordre, ce qui est irrégulier, illégitime. *Cette appréciation est profondément enracinée dans la religion, l'éthique, la psychologie et la sociologie*. C'est ce qui a fait de la légitimité et de l'illégitimité des notions irrationnelles, à caractère fatidique, voire quasi-mythique. C'est pourquoi, l'ordre juridique a désavantagé par principe l'enfant illégitime par rapport à l'enfant légitime. Le désir de renforcer la famille y a également contribué. Cependant, l'enfant, illégitime n'est pas responsable des circonstances de sa conception; tout autant que l'enfant légitime, il a droit à ce que sa dignité d'être humain soit respectée. Cette conception ne s'est frayée que lentement un chemin à travers les siècles et a dû vaincre des résistances multiples et opiniâtres". Si veda il Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification du code civil suisse (Filiation) (Du 5 juin 1974) FF 1974 II 1, p. 10.

da fatto illecito, e di certo non suscettibile di creare alcun rapporto di parentela. Il rapporto di parentela era previsto solo in casi eccezionali (ad esempio quando il padre aveva promesso di sposare la madre), ed era dunque escluso per un padre biologico già sposato al momento del concepimento del bambino (art. 309 comma 2 aCC)[24]. Sorprendentemente, il Tribunale federale svizzero è giunto a confermare, nel non lontano 1997, una decisione di appello che aveva negato i diritti successori ad un figlio "tributario", pur in assenza di figli "legittimi", sulla base della norma transitoria contenuta nella riforma del diritto della filiazione del 1974[25]. Il figlio unico del *de cuius* è stato così estromesso dai parenti in linea collaterale dello stesso[26].

Conferme della resistenza del potere esercitato attraverso il controllo della discendenza da pregressi capostipiti e capofamiglia si trovano in numerose decisioni di altri ordinamenti. Anche nell'ordinamento italiano, il diritto di esperire l'azione in ricerca della paternità è stato storicamente limitato. Basti ricordare l'articolo 274 c.c., che sanciva la necessità di

[24] Ancora oggi, può capitare di imbattersi in litigi in materia successoria nell'ambito dei quali sono invocate norme di diritto transitorio per giustificare l'applicazione della vecchia disciplina di diritto internazionale privato, e usare le differenze giuridiche spazio-temporali al fine di relegare il riconoscimento di paternità avvenuto all'estero prima del 1974 alla "paternità tributaria" con la finalità di escludere il legame di parentela tra il *de cuius* e figli o figlie adulterine.

[25] RU 1977 237, entrata in vigore il 1° gennaio 1978.

[26] Si tratta della decisione del 29 agosto 1997 della II Corte civile nella causa L contro AD (ATF 124 III 1), adottata con la seguente motivazione: con l' "art. 13a tit. fin. CC che determina se e in quale modo una paternità tributaria può essere trasformata in un rapporto di filiazione [il legislatore] non ha voluto eliminare completamente la discriminazione tra paternità tributaria e paternità con effetti di stato civile per tutti i nati anteriormente all'entrata in vigore del nuovo diritto. Invero il tema fu oggetto di aspre contese, specie al Consiglio degli stati dove in un primo tempo la maggioranza non voleva veder applicato il nuovo diritto ai "figli tributari", e ciò contrariamente al messaggio del Consiglio Federale, che assegnava loro la possibilità di intentare un'azione di paternità secondo il nuovo diritto se all'entrata in vigore di quest'ultimo non avevano ancora raggiunto la maggior età. La disputa si concluse poi con il compromesso contenuto nel vigente art. 13a tit. fin. Da quelle discussioni (…) emerge comunque in maniera solare che il legislatore ha voluto riconoscere la possibilità di conseguire una vocazione ereditaria solo alle paternità tributarie che adempivano i requisiti posti dall'appena menzionato disposto, che (cpv. 1) riconosceva al "figlio tributario" la possibilità di proporre azione di accertamento della paternità in base al nuovo diritto solo se al momento della sua entrata in vigore il figlio stesso non aveva ancora compiuto il decimo anno di età, ritenuta altresì (cpv. 2) la possibilità per il convenuto di dimostrare che la sua paternità era esclusa o meno verosimile di quella altrui e di liberarsi così dell'obbligo di mantenimento in precedenza stabilito. In queste circostanze l'attore non può essere considerato discendente ed erede del *de cuius* ai sensi dell'art. 457".

un'autorizzazione discrezionale preventiva per l'esperimento dell'azione di paternità, con il pretesto di prevenire azioni "pretestuose"[27]. L'articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo solo nel 2006[28].

Nella tradizione musulmana, il bambino e sua madre che non possono far riconoscere la filiazione paterna contro la volontà del padre. In un caso recente, il padre camerunense di un bambino ha cercato di far valere la "notorietà della cattiva condotta della madre" per pretendere che il figlio di lei non fosse suo, nonostante le risultanze cliniche. Queste norme, miranti a proteggere gli uomini da richieste economiche abusive da parte di una madre "di cattiva reputazione" sono ancora in vigore. Bisogna tener presente che nel diritto tradizionale musulmano, gli uomini sono economicamente responsabili per tutta la famiglia e non è ammessa nessuna paternità legale al di fuori del matrimonio. Il padre può riconoscere il figlio nato fuori dal matrimonio solo sulla base di una *fictio iuris* ossia riconoscendo che, in epoca precedente al concepimento, si era verificato un evento qualificabile come matrimonio tra lui e la (allora futura) madre. Se non è disposto a fare questo riconoscimento (e a volte non può nemmeno farlo, perché è sposato o per altri motivi) non c'è possibilità per la madre di farlo registrare come padre di suo figlio. Nel caso citato sopra, una cittadina del Camerun residente in Francia, agendo in nome proprio e in quello del suo bambino, aveva citato in giudizio un uomo di nazionalità svedese per ottenerne gli alimenti. L'uomo sosteneva che l'azione era inammissibile secondo il diritto camerunese applicabile, alla luce del fatto che la donna frequentava altri uomini e aveva dunque "cattiva reputazione". La Corte di cassazione francese ha deciso il caso sostenendo che il diritto applicabile

[27] Era stata la stessa Corte costituzionale, in una pronuncia precedente [sentenza n. 70 del 1965], ad affermare l'esigenza di porre limiti alla tutela dei "figli nati fuori del matrimonio", al fine di proteggere "i diritti della famiglia legittima" e "salvaguardare, in materia tanto delicata, i fondamentali diritti della persona, tutelati anch'essi dalla Costituzione, dai pericoli di una *persecuzione in giudizio temeraria e vessatoria*" [enfasi aggiunta].

[28] Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50 osserva come "il giudizio di ammissibilità ex art. 274 cod. civ. si risolva in un grave ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., e ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali, attinenti allo status ed alla identità biologica". La Cassazione italiana si era persino pronunciata sulle norme regolatrici dell'ammissibilità dell'azione di ricerca della paternità in un caso aperto dall'azione esercitata dalla madre di due figlie nate in Tanzania e residenti in Italia, contro un cittadino della Tanzania, pure residente in Italia, per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità del medesimo nei confronti delle stesse. Cass., 12 maggio 2004 n. 8961, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2005, p. 123 ebbe occasione di precisare che l'ammissibilità dell'azione di ricerca di paternità, trattandosi di una questione meramente procedurale, era stata giustamente valutata dalla corte di merito secondo la *lex fori* (ex art. 12 della legge 218/1995).

urtava l'ordine pubblico internazionale francese in quanto avrebbe privato il bambino del suo diritto di vedere stabilita la sua filiazione paterna[29].

Un caso simile ha trovato una soluzione di segno opposto. Il caso riguarda una donna spagnola e marocchina che è stata vittima di uno stupro, in esito al quale è rimasta incinta. In seguito alla denuncia della violenza, il procuratore di Casablanca aveva ordinato un test del DNA. Il test aveva stabilito che l'uomo accusato era effettivamente il padre della bambina da lei partorita nel 2014. In esito al processo penale, la madre aveva intentato una causa civile per ottenere il riconoscimento della filiazione paterna e la conseguente condanna agli alimenti del padre. Creando un precedente degno di nota, il Tribunale di Tangeri aveva accolto entrambe le domande: riconoscendo la filiazione e condannando il padre a pagarle il mantenimento della figlia comune. La decisione è stata tuttavia riformata dalla Corte d'appello con un successivo avallo della *Cour de cassation du Maroc* in senso pregiudizievole alla madre e alla figlia[30].

In entrambi i casi, il diritto del bambino a vedere stabilita la sua filiazione paterna deve essere inteso non solo come parte dell'identità del bambino – poiché entrambe le madri non cercavano, in primo luogo, di garantire al loro bambino cure adeguate al suo sviluppo, non solto di preservare il diritto del bambino alla propria identità. È di solare evidenza che un sostegno economico può essere indispensabile per soddisfare i bisogni dell'infanzia e dell'adolescenza.

[29] Arrêt n° 1010 du 27 septembre 2017 (16-19.654) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2017:C101010

[30] Le corti superiori hanno confermato la regola tradizionale secondo la quale i figli nati da una relazione extraconiugale non hanno diritto a vedere stabilito il vincolo di filiazione nei confronti dei genitori, e non possono beneficiare essere iscritti con il nome del padre allo stato civile né ottenere diritti ereditari o altro. A quanto consta, la Corte usa esplicitamente parole come "adulterio"; figlia "illegittima" per sostenere che questi fatti le impediscono di essere registrata come figlia del padre "anche se un test del DNA prova il legame biologico con il padre". Ancora peggio, la Corte afferma "La bambina è considerata estranea alla persona denunciata (il padre biologico) e non ha diritto ad alcun risarcimento, essendo il risultato di un atto illegittimo al quale la madre ha acconsentito". Le decisioni sono riportate dalla stampa locale: https://www.medias24.com/2017/10/11/affaire-de-lenfant-ne-hors-mariage-la-mere-se-pourvoit-en-cassation/#, https://www.bladi.net/marocperes-enfants-adulterins,81915.html.

1.1.2 La scelta della discendenza in positivo: l'adozione e il possesso di stato

Tradizionalmente, tramite l'adozione, l'ascendenza di una persona è fittiziamente attribuita ad una coppia di genitori in assenza di un legame biologico. Per lungo tempo si è ritenuto che, l'ascendenza, pur fittizia, dovesse essere verosimile. Nell'interesse del minore, questi poteva essere adottato solo da una famiglia che avrebbe potuto essere la sua, ossia a una madre e a un padre uniti in matrimonio e che avevano, all'epoca della sua nascita, un'età compatibile con la procreazione[31].

Recentemente, tre fenomeni hanno creato i presupposti per un superamento di questa esigenza di verosimiglianza: l'evoluzione delle tecniche di procreazione assistita (*assisted reproductive technologies* o ART); un profondo ripensamento della società in senso maggiormente inclusivo e tale da prevenire l'emarginazione di persone non inserite in un contesto familiare tradizionale; un altrettanto profondo ripensamento delle categorizzazioni di genere. Il superamento dell'esigenza di verosimiglianza ha comportato modifiche profonde all'istituto, rendendo possibile l'adozione da parte di un solo genitore[32], ma anche l'attribuzione di una filiazione legale, a prescindere dall'adozione, a coppie dello stesso sesso[33]. I cambiamenti legislativi incidono significativamente sull'istituto dell'adozione, accentuandone la funzione relazionale e affettiva.

[31] Si veda, ancora oggi, l'articolo 6 della l. 184/1983: "1. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto. 2. I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare. 3. L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando. 4. Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto".

[32] Tribunale per i minorenni di Venezia, decreto 8 giugno 2018, in *www.ilfamiliarista.it*, 2018, con commento di STEFANELLI, *Riconoscimento dell'adozione parentale pronunciata all'estero nei confronti di single*. Vedi anche FERRANDO, *L'adozione in casi particolari: orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 679 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 838 ss.

[33] Si veda Corte di Cassazione, S.U., 6 novembre 2018 – 8 maggio 2019, n. 12193 in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1225 e si rinvia agli altri contributi della presente raccolta sul tema.

Originariamente retaggio di una concezione "tipicamente classista" in quanto ispirata all'esigenza di "perpetuare il nome familiare ed a conservare il patrimonio con il minor onere fiscale"[34], l'adozione diventa sempre più rispettosa dell'identità dell'adottato, conducendo a privilegiare forme di adozione che non comportino la perdita, da parte dell'adottato, di ogni relazione con la famiglia d'origine (salvo eccezioni come i divieti matrimoniali). La funzione assunta dall'adozione diventa, in questi casi, quella di dare al bambino una famiglia e non già quella, di segno opposto, di dare alla famiglia "un discendente"[35].

Oltre l'adozione, un altro modo dato agli ascendenti per scegliere la propria discendenza era, ed è, assicurato dall'istituto del possesso di stato. Il possesso dello *status filiationis* lo ha chi è cresciuto da un adulto che "pacificamente, pubblicamente e in modo non equivoco" si comporta come suo padre o sua madre[36] per un significativo lasso di tempo[37]. Questi sono i termini attraverso i quali il diritto francese dà valore alla dimensione pubblica della famiglia, creando i presupposti per il sorgere del vincolo giuridico della filiazione in Francia[38].

[34] RESCIGNO, cit. nota 5, p. 78.

[35] Il titolo della L. 4 maggio 1983, n. 184 "Diritto del minore ad una famiglia" è significativo del cambiamento di prospettiva che questa mira ad attuare. Si veda anche la decisione della C. cost. 24 febbraio 2022, che ha dichiarato illegittime le norme che escludono, nelle adozioni di minori "in casi particolari", l'esistenza di "rapporti civili" tra il bambino adottato e i parenti dell'adottante (articolo 55 della legge n. 184 del 1983 e articolo 300, secondo comma, del Codice civile) nella parte in cui prevedono che "l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante", perché suscettibili di violare l'articolo 3 della Costituzione. Il bambino adottato "in casi particolari" si troverebbe a essere privo, rispetto agli altri figli di quelle "relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua *identità* e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli articoli 31, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (corsivo mio). La decisione riconosce l'identità multipla, complessa di questi bambini.

[36] Si veda l'articolo 311-2 del codice francese: "*La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque*".

[37] Ai sensi dell'articolo 333 (2) "Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement." Si veda l'articolo 140 del *Codigo Civil* spagnolo che prevede la caducità dell'azione di impugnazione quando siano trascorsi quattro anni dalla registrazione della filiazione e il figlio goda durante questo periodo del "*posesión de estado correspondiente*".

[38] Si veda l'articolo 311-1: "La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités

Norme simili si trovano in Belgio[39], negli Stati Uniti[40], in Spagna, e in altri ordinamenti[41].

All'uso dell'infanzia e adolescenza ai fini di una scelta della discendenza, si contrappongono istituti di protezione di infanzia e adolescenza più moderni, ossia più conformi all'esigenza di rispettare e promuovere i diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione del 1989. Particolare importanza assume il diritto di essere cresciuti in un ambiente sano ove bambini e bambine possano sviluppare ed esprimere la propria personalità, quale che sia il contesto sociale ed economico in cui sono stati proiettati al momento della loro nascita[42]. Occorre in particolare impedire che bambini e bambine siano visti come un bene giuridico facente parte integrante del patrimonio familiare del capo famiglia e garantire loro il diritto a ricevere cure e assistenza nonché l'assunzione di una piena responsabilità nei loro confronti da parte di uno o più adulti[43].

comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue".

[39] Si vedano gli articoli 312 e seg. del codice civile belga sulla filiazione materna e paterna.

[40] Si veda anche lo Uniform Parentage Act (2017) degli Stati Uniti, Section 204 (Presumption of Parentage): "(a) An individual is presumed to be a parent of a child if (…) the individual resided in the same household with the child for the first two years of the life of the child, including any period of temporary absence, and openly held out the child as the individual's child".

[41] Si veda l'articolo 135 del *Codigo Civil* spagnolo. *Amplius* Mauricio Luis Mizrahi, La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, in *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI,* XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia 2004.

[42] Associazione Progetto Famiglia, Fondazione Affido, e Gesco, *A Babele non si parla di affido. Costruzione e gestione dei progetti individualizzati di affidamento familiare di minori*, Milano, 2011; CASSIBBA, ELIA, TERLIZZI, *L'accompagnamento del bambino e delle famiglie (biologica e affidataria) nel percorso dell'affidamento familiare*, in *Minorigiustizia*, 2012; KANEKLIN, COMELLI, *Affido familiare. Sguardi e orizzonti dell'accoglienza*, in *Vita e Pensiero*, Milano 2013.

[43] TÖNNIES, *Die moderne familie*, in *Handwörterbuch der Soziologie*, Stoccarda, 1931; BURGESS, LOCKE, *The family. From Institution to Companionship*, New York, 1945, 1960, etc.

1.2 La rivoluzione copernicana della Convenzione sui diritti dell'infanzia e i nuovi diritti dei discendenti nei confronti degli ascendenti

1.2.1 Il diritto alla cura e all'educazione quale diritto assoluto e indipendente dal vincolo della filiazione

L'art. 20 della Convenzione di New York prevede che ogni minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare ha il diritto di essere protetto e di ottenere aiuti speciali. L'articolo indica esplicitamente "Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della kafalah di diritto islamico[44], dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica"[45]. Coerentemente, si è dato progressivo riconoscimento alla kafalah islamica da parte della giurisprudenza italiana, valorizzandone la somiglianza con l'istituto italiano dell'affido etero familiare: in particolare per quanto attiene alla "funzione educativa tipica e la possibile temporaneità degli effetti"[46]. Si è potuto così affermare il il diritto al ricongiungimento familiare con la donna, cittadina italiana, alla quale era stata affidata in regime di kafalah mediante accordo omologato dal Giudice notarile di Rabat "non essendo nella specie in contestazione che S.K. si prenda cura della minore a lei affidata"[47]. La giurisprudenza di merito ha inoltre riconosciuto il congedo di maternità richiesto da una donna per accudire una

[44] La *kafalah* permette di affidare un minore (*makfoul*) a una persona (*kafil*), che si prenderà cura di lui fino alla maggiore età, garantendone il mantenimento e l'educazione. Una coppia o a una sola persona, uomo o donna, può chiedere di vedersi attribuita la responsabilità di crescere e prendersi cura di un bambino, orfano o con genitori viventi ma inadeguati, in modo che questi possa essere assistito nei suoi bisogni materiali e nell'acquisire un'educazione, fino a quando diventa adulto. L'assenza di un legame genetico e biologico comporta l'intervento di un'autorità pubblica - che può essere un giudice (*kafalah* pubblica) o un notaio (*kafalah* negoziata omologata) in modo da garantire che l'affidamento del minore risponde a un interesse dello stesso.

[45] Per una rassegna si veda: International Social Service, *Kafalah Preliminary analysis of national and cross-border practices*, Dec 21, 2020.

[46] Corte d'appello di Torino, decreto del 28 giugno 2007 (si veda http://old.asgi.it/home_asgi.php%3Fn=documenti&id=604&l=it.html).

[47] Corte di cassazione, sez. I, 24 novembre 2017, n. 28154. Si veda anche RUSSO, PARODI, *The Implementation of the Convention on the Rights of the Child in the Italian Legal Order: A Provisional* Balance, in *Dir. um. dir. int.*, 2020, p. 141 ss.

minore a lei affidata in *kafalah* alla luce della "ratio dell'istituto del congedo, che è quella di garantire al lavoratore la possibilità di dedicare un congruo tempo ed attenzione al minore da inserire nella famiglia, in considerazione delle necessità di tutela anche emotiva dello stesso di fronte all'inserimento in un nuovo contesto"[48]. Questo approccio è stato reso possibile, in primo luogo, attraverso la valorizzazione del principio del superiore interesse della minore in questione, rilevante anche in materia di immigrazione; in secondo luogo, attraverso quella che viene chiamata, in Italia, un'interpretazione delle norme giuridiche esistenti orientata al rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione[49].

1.2.2. Il diritto a conoscere le proprie origini e alla ricerca della paternità

Tra i diritti che la Convenzione riconosce a figli e figlie, vi è il diritto a conoscere le proprie origini. Tale diritto consente loro di ricercare anche a fini economici la loro ascendenza, e questo può essere indispensabile per poter fruire degli altri diritti che la comunità internazionale ha riconosciuto come fondamentali a ogni bambino e bambina. In Italia è famosa la decisione della Corte di cassazione del 1993 che ha proclamato la contrarietà all'ordine pubblico della legge inglese che non permetteva ad una madre di intentare un'azione per vedere stabilita la filiazione paterna, decorsi tre anni dalla nascita del bambino[50]. In tale caso, la Corte di cassazione ha concluso per l'applicazione della legge italiana per l'azione di accertamento della filiazione, indipendentemente dalla circostanza che tale azione fosse prescritta secondo l'ordinamento giuridico competente.

[48] Tribunale Venezia sez. lav., 24 settembre 2021, n. 542.

[49] Si vedano Cassazione civile sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310 con nota di ACETO, *Sì al ricongiungimento con l'affidatario, anche in caso di kafalah negoziale se, in concreto, non è contrario all'interesse del minore*, in *Ilfamiliarista.it*, fasc., 7 gennaio 2021; LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, p. 175; CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2008, p. 70 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante "kafalah"*, in *Gli stranieri*, 2011, p. 15.

[50] Si tratta di Corte di cassazione, S.U. 7 luglio 1993, n. 7447, che ha dichiarato contrarie all'ordine pubblico internazionale italiano le norme inglesi secondo cui la madre del figlio naturale può chiedere un accertamento giudiziale di paternità nel termine massimo di tre anni dalla nascita del figlio, ha prescritto al giudice italiano, adito da un (figlio) cittadino inglese maggiorenne di applicare la norma di cui all'art. 270 comma 1 c.c. in luogo delle norme inglesi.

2. Il vincolo della filiazione nella nuova concezione della famiglia e i tre paradigmi della filiazione dell'epoca attuale

Come ogni istituto giuridico, la filiazione esprime e riflette le esigenze politiche della società che la disciplina[51]. Le nuove norme riflettono una nuova situazione sociale e politica della famiglia, la cui funzione economica è profondamente diversa da quella dei secoli precedenti[52].

Qualche anno fa, Massimo Dogliotti riassumeva "la trasformazione della famiglia" durante il ventesimo secolo con queste parole:

> "È ben nota la trasformazione della famiglia dal modello patriarcale a quello nucleare, che si inserisce nella più generale trasformazione della società da agricola ad industriale ed urbana. La più antica è una famiglia assai estesa, in cui diverse generazioni coesistono tra loro, comunità di produzione e di consumo, dominata dalla figura carismatica del capo, che è titolare di un potere decisorio pressoché assoluto ed incontrollato, […] (si tratta in sostanza del modello […] fondato sul vincolo di sangue […]) A tale famiglia se ne sostituisce gradualmente […] un'altra assai più ristretta, spesso limitata soltanto al rapporto di coniugio e di filiazione, comunità di consumo e non di produzione, dove il potere del capo, marito e padre, non trova più una sicura legittimazione. Si affermano [...] nuovi modelli istituzionali, e soprattutto quello della famiglia, come società di uguali, cui ciascun componente (marito-moglie, genitori-figli) conferisce il suo contributo autonomo e responsabile"[53].

[51] COMMAILLE, *La famille, l'Etat, le politique: une nouvelle économie de valeurs entre tensions et contradictions*, in *Informations sociales*, 2006/8 (n° 136), p. 100 s.

[52] ULPIANO, Dig. 37.9.1.15, riteneva che la tutela del bambino rispondesse a interessi pubblici laddove osservava che un bambino va tutelato indipendentemente dalla sua appartenenza e integrazione ad una famiglia, in quanto nascerebbe anche per lo Stato. Ulpianus 41 ad ed. "*Et generaliter ex quibus causis carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producatur, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur*." Oggi diremmo che ogni bambino e bambina che nasce va tutelato per il potenziale, ignoto alla nascita, che può dare al progresso e al benessere di tutta l'umanità.

[53] DOGLIOTTI, cit. nota 2 con riferimento a BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 19, 31; BARCELLONA, *Famiglia*, in *Enc. dir*., XVI, Milano, 1967, 779; BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1980, p. 38 ss. etc.

Il modello "nuovo" di famiglia cui Dogliotti fa riferimento sarebbe allora il frutto di scelte politiche volte a colmare lo iato tra una classe sociale privilegiata e il resto della popolazione, rimasta fino ad allora sostanzialmente *corvéable à merci* anche grazie a norme giuridiche costruite per mantenere i privilegi della prima e lo stato di soggezione della seconda. Nelle società a impronta patriarcale in cui la mobilità sociale è puramente aneddotica, il divario che separa "servi della gleba" (*brevitatis causa*) e aristocrazia fondiaria, o più recentemente tra classe operaia e classe dirigente, è destinato a restare incolmabile.

Nel periodo post-bellico, una serie di circostanze ha favorito un rinnovamento della compagine sociale italiana e europea. Con il favore della crescita economica, e integrando la critica marxista al discorso liberale e a valori di matrice cristiana, l'ordinamento giuridico italiano ha creato i presupposti per un nuovo equilibro sociale, anche grazie all'emersione di una classe media capace di vivere dignitosamente del proprio lavoro[54]. L'ingresso della donna nel circuito dell'economia ha inoltre favorito l'indipendenza della coppia genitoriale, consentendole di rendersi autonoma rispetto alla famiglia del "patriarca"[55]. Questo tipo di famiglia, c.d. mononucleare, scardinando il nucleo famigliare dalla sudditanza dei genitori adulti all'ascendente più anziano (patriarca), ha anche scardinato l'istituto della filiazione dalle esigenze genealogiche e di lignaggio che sono all'origine di tutte quelle norme che garantiscono agli ascendenti il controllo sulla propria discendenza.

Il controllo sulla genealogia risulta, nelle società patriarcali, indispensabile per la tutela della discendenza, anche perché la ricchezza di figli e figlie dipende integralmente, in tali contesti, dagli ascendenti (essendo a loro riservata), giustificando in qualche modo la subordinazione di adulti giovani ad adulti più anziani. Grazie alla proliferazione della classe media, che è stata in costante aumento fino a qualche anno fa, l'importanza del

[54] BIDOU, *Les classes moyennes : définitions, travaux et controverses*, in *Education et sociétés*, vol. 2, n°14, 2004, p. 119 ss.

[55] Come osserva MAGLI, cit., anche nelle società matrilineari, come quella ebraica, l'esclusione deliberata delle donne dall'educazione è incompatibile con qualsiasi accesso reale al potere anche in pretesi contesti matriarcali. L'autrice conclude che il matriarcato è un mito maschile, che trasforma alcune caratteristiche delle società matrilineari in inesistenti istituzioni di potere; osserva che le società matrilineari non sono mai collegate al potere. Anche nei rari casi di leadership femminile, tale leadership si presenta con evidenti anomalie rispetto alla normale gestione del potere (figlie, mogli, esercizio temporaneo del potere) e confermano che la donna è stata perennemente "esclusa dalla formazione dei codici sociali di potere".

lignaggio può essere ridimensionata alla luce dell'odierna possibilità di acquisire ricchezza anche attraverso il proprio lavoro nel corso della vita, e non solo conservando la ricchezza proveniente dagli ascendenti o acquisita attraverso matrimoni. Oggi, la ricchezza dei figli di famiglie appartenenti alla classe media, assistiti dal punto di vista educativo ed economico dallo stato sociale, dipende anche dalla loro capacità di integrarsi nel tessuto sociale attraverso il proprio apporto personale[56].

L'attenzione giuridica dovrebbe allora spostarsi dall'originaria impostazione "proprietaria" di figlie e figlie ad un approccio teso a proteggere e salvaguardare l'ambiente familiare destinato ad accogliere e crescere la nuova generazione, in modo da che, garantendo a figli e figlie uno sviluppo il più armonioso possibile, queste possano creare da sole la loro ricchezza[57].

Così, proprio al fine di tutelare le relazioni affettive che si creano tra un minore affidato e la famiglia cui viene affidato, il legislatore italiano ha emanato la Legge 19 ottobre 2015, n. 173, inserendo nuove norme nella L. 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozioni. I nuovi comma 5-bis, ter e quater dell'Articolo 4 l. 184/1983, riconoscono esplicitamente il diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affido familiare. In particolare, il legislatore dà valore ai "legami affettivi significativi e [a]l rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria" e tutela "se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento".

2.1. Il *tertium genus* di filiazione oltre la filiazione biologica e quella adottiva: la filiazione multipla o complessa

Si intende per ascendenza il "complesso delle persone da cui si discende per nascita", ossia antenati, avi e ave, predecessori, progenitori e progenitrici. Conoscere la propria ascendenza significa conoscere la propria storia familiare, ma anche la propria storia biologica. Gli ascendenti di una persona nata da procreazione naturale sono il padre e la madre[58]. La

[56] Non sorprende, dunque, che "les enfants des membres de la « *service class* », les statistiques le prouvent, ont les meilleures chances de réussite scolaire". BIDOU, cit., *ibid*.

[57] NUSSBAUM, SEN, *The quality of life. Capability and Well-Being*, Oxford, 1993, p. 33.

[58] Il presente scritto usa i termini padre e madre con riferimento alla diversa funzione biologica di maschi e femmine nella riproduzione. Come osservato nel testo, per madre si intende la persona - quale che sia il suo genere e orientamento sessuale nella società – che ha generato o partorito usando del proprio apparato riproduttivo femminile, e per padre la

maggior parte degli ordinamenti vigenti prevede tre diverse modalità di costituzione del vincolo di filiazione: il primo fondato su di una piena corrispondenza tra filiazione giuridica e procreazione naturale; il secondo fondato sullo scioglimento del vincolo di filiazione con i genitori naturali e la costituzione del vincolo con i genitori adottivi; il terzo fondato sull'adattamento del vincolo di filiazione in funzione delle esigenze della procreazione medicalmente assistita. Tra questi, soltanto la prima modalità risulta necessariamente ancorata al dato biologico-genetico della procreazione, con la conseguenza di limitare l'ascendenza diretta del bambino alla bigenitorialità. Nel caso di bambini e bambine adottati o procreati attraverso l'impiego di donatori e madri surrogate la bigenitorialità è invece una conseguenza delle norme giuridiche in vigore nell'ordinamento che regola l'adozione o la tecnica di procreazione assistita. In questi casi, i genitori biologici e genetici, che possono essere già di per sé più di due, sono affiancati da genitori adottivi o di intenzione. In altre parole, nei casi di non corrispondenza tra filiazione giuridica e procreazione naturale, gli ascendenti giuridicamente attribuiti alla persona possono essere, entrambi o uno solo, diversi da quelli biologici o genetici. Al vincolo di filiazione legale, si affiancano necessariamente uno o più vincoli di filiazione biologica o genetica, con il risultato che l'ascendenza della persona è complessa, multipla.

2.2. Il metodo tradizionale di costituzione del vincolo di filiazione: l'attribuzione dello status di figlio alla madre e al suo coniuge di sesso maschile contestualmente alla nascita

La nascita è un fatto storicamente documentabile che coinvolge una madre e suo figlio o figlia. La maggior parte degli ordinamenti fa conseguire al fatto naturale del parto lo status di figlio, dando rilevanza alla relazione creata dalla gravidanza tra madre e figlio o figlia[59]. Madre del neonato è colei che lo ha partorito[60].

persona - quale che sia il suo genere e orientamento sessuale nella società – che ha generato usando il proprio apparato riproduttivo maschile.

[59] Si veda il rapporto del Consiglio Federale svizzero "De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation del 17 dicembre 2021, p. 12 "La grossesse et l'accouchement représentent une expérience intense, qui unit très étroitement la mère et l'enfant. Le Conseil fédéral est donc d'avis […] qu'il faut continuer à rattacher le droit de l'établissement de la filiation au lien émotionnel et physique étroit existant entre la mère et l'enfant. Le lien de filiation entre la mère et l'enfant doit donc toujours résulter de la naissance".

[60] Così, ai sensi dell'art. 252 del codice civile svizzero, il vincolo giuridico della filiazione risulta dalla nascita. Un gruppo di esperti recentemente incaricati dal parlamento in

La verità della nascita da una donna[61] è documentata dal personale che assiste al parto[62]. Conformemente all'articolo 7 della Convenzione di New York, alla nascita consegue la registrazione del neonato o neonata in documenti che indicano anche la madre. Per semplicità, nella stragrande maggioranza degli ordinamenti, la costituzione del vincolo in capo al padre consegue all'operare di "presunzioni di paternità". In Italia, questa opera solo nel caso di coppie coniugate in quanto, a fronte della immutabilità della relazione che crea la gravidanza tra madre e feto, quella che si crea tra il feto e suo padre è inscindibilmente legata alla relazione esistente tra il padre putativo e la gestante[63].

2.3. L'attribuzione dello status di figlio attraverso un atto unilaterale di riconoscimento

La stessa esigenza di stabilità offerta dal legame matrimoniale con la madre si ritiene soddisfatta, in assenza di matrimonio, da chi compie un atto volontario di riconoscimento del figlio, in presenza di determinate condizioni. L'autonomia della volontà delle parti viene progressivamente riconosciuta quale criterio preponderante per lo stabilimento del vincolo di

vista di una riforma della filiazione ha proposto di mantenere questa regola anche nel caso di gravidanza risultante da fecondazione eterologa. Si veda: Expertengruppe "Abstammungsrecht". Zusammensetzung und Auftrag / Groupe d'experts "Droit de la filiation". Composition et mandat (https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/expertengruppe.pdf.download.pdf/expertengruppe.pdf).

[61] Si intende per donna una persona dotata di un apparato riproduttivo femminile, qualsiasi sia il suo orientamento sessuale e eventuale cambiamento di genere sessuale nel corso della vita.

[62] La maggior parte dei paesi europei affida l'identificazione della partoriente e la registrazione del neonato come suo figlio al personale sanitario. In Germania, ad esempio, tale compito è delegato alle ostetriche e al caporeparto neonatale, che hanno l'obbligo di denunciare all'ufficio distrettuale dell'anagrafe la nascita del bambino, il suo nome e quello della madre, menzionando anche il lavoro e il domicilio di quest'ultima. Nella tradizione scandinava, le autorità vantano un potere di iniziativa nell'accertamento e nella determinazione dell'esistenza o meno del rapporto di filiazione, anche contro la volontà delle parti coinvolte. In Svizzera, fino a tempi recenti era possibile nominare un tutore al figlio di una donna che non rivelava il nome del padre o presunto padre al momento della nascita.

[63] Scomparsa la distinzione tra famiglia legittima e famiglia naturale, è verosimilmente destinato a scomparire anche il criterio di attribuzione dello *status filiationis* fondato sulla presunzione di paternità. L'abolizione della presunzione di paternità è stata preconizzata dal gruppo di esperti, cit. alla nota 61, ma il Consiglio Federale svizzero ha respinto la raccomandazione per motivi di ordine pratico. Si veda, ivi, p. 3 e il rapporto del consiglio federale, cit. nota 60.

filiazione, sia pure nel dovuto rispetto delle condizioni giuridiche necessarie a garantire al bambino il miglior quadro di vita possibile[64].

2.4. L'attribuzione dello status di figlio quale risultato di una fattispecie complessa nel caso di contratti di procreazione

Negli ordinamenti che consentono lo stabilimento del vincolo di filiazione per effetto di un contratto, l'intenzione espressa dagli adulti prima del concepimento ha valore dirimente e consente di superare il dato biologico o genetico, talvolta persino quando il consenso è stato poi ritirato al momento della nascita. Una corte californiana ha costituito il vincolo di filiazione tra una bambina e il suo genitore d'intenzione, sebbene questi avesse chiesto che la propria paternità potesse essere esclusa fondandosi sul dato genetico[65]. In altri stati americani, all'epoca dei fatti, sembra che la soluzione sarebbe stata diversa: taluni avrebbero ritenuto genitori della

[64] In Italia non si ritiene contrario all'ordine pubblico internazionale un certificato di nascita straniero che menzioni quale madre il genitore intenzionale coniugato con la madre biologica (Cassazione civile sez. I, 23/08/2021, n.23319) ma neppure si ritiene contraria alla Costituzione italiana la disciplina nazionale che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa alle coppie omosessuali civilmente unite: Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 32. Con tale sentenza interpretativa di rigetto, la Corte ha indicato l'esistenza di un vuoto legislativo da colmare attraverso una riforma dell'adozione. La Corte EDU, 16/01/2018, *Nedescu c. Romania*; 27/08/2015, Parrillo c. Italia; 28/08/2012, Costa e Pavan c. Italia, ha del resto sino ad oggi escluso la possibilità di ravvisare un trattamento discriminatorio nelle leggi nazionali che attribuiscono alla procreazione medicalmente assistita finalità esclusivamente terapeutiche.

[65] Si veda il caso deciso il 10 marzo 1998, in Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App. 1998), con il quale la Corte d'Appello della California per il Quarto Distretto, Divisione 3, ha dichiarato che i genitori intenzionali di un bambino concepito da ovuli e sperma di donatori anonimi e portato a termine da una madre surrogata sono, per legge, i genitori del bambino. Il rifiuto del padre intenzionale di dare esecuzione al contratto di procreazione, assumendo la responsabilità nei confronti della figlia programmata e poi rinnegata, non è valso ad escludere il sorgere del vincolo di filiazione nei suoi confronti. Di conseguenza, il padre è stato obbligato a sostenere economicamente la bambina accudita dalla ex moglie nonostante l'intervenuto divorzio e il conseguente abbandono del progetto di genitorialità. Il progetto era stato formalizzato in un accordo scritto intervenuto successivamente alla fecondazione e all'impianto dell'embrione. La soluzione avrebbe potuto essere diversa se la madre surrogata e suo marito avessero rivendicato un diritto sul bambino.

bambina la madre surrogata e suo marito (Arizona[66], Florida[67], Nord Dakota[68] e Virginia[69]); altri avrebbero determinato la paternità alla luce di una valutazione in concreto del migliore interesse del bambino (Michigan[70] e Utah[71]); altri avrebbero costituito il legame di filiazione con il donatore di sperma (Nebraska[72]). Nello stato canadese della British Columbia si prevede che, alla nascita del bambino, la persona designata come il genitore dall'accordo sulla procreazione diventi genitore solo se la madre surrogata dà, al momento della nascita, un ulteriore consenso scritto a cedere il bambino al genitore o ai genitori d'intenzione e purché questi si prendano cura del bambino. Come si è appena visto, nei rari casi in cui nessuno intenda prendere in affidamento il bambino, il problema giuridico diventa insormontabile e suscettibile di condurre a un'adozione. Nel caso opposto, si ammette anche una genitorialità plurima[73].

2.4.1 Maternità e paternità nei casi di fecondazione eterologa

Nel caso più semplice di fecondazione eterologa, i gameti di un donatore sono inseriti nel corpo dell'aspirante madre per favorire l'incontro spontaneo con i gameti della madre, presenti in utero su ciclo spontaneo o farmacologicamente stimolato[74].

[66] Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218.
[67] Fla. Stat. Ann. § 742.15.
[68] N.D. Cent. Code § 14-18-05.
[69] Va. Code Ann. § 20-158.
[70] Mich. Comp. Laws Ann. § 722.861.
[71] Utah Code Ann. § 76-7-204.
[72] Neb. Rev. Stat. § 25-21, 200.
[73] *Infra*, sub. 2.4.3.
[74] In Italia, l'ammissibilità delle tecniche di fecondazione eterologa risulta dal superamento del divieto posto dall'art. 4, terzo comma, l. n. 40 del 2004 grazie alla nota sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014 n. 162. A voci inizialmente critiche (CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1117 ss.; TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2593 ss.) si è sostituita una sostanziale unanimità della dottrina anche a fronte delle scelte legislative successive. Si veda, PELLIZZONE, Il riconoscimento della 'libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli', in D'AMICO, COSTANTINI (a cura di), *L'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa. Analisi critica e materiali*, Milano, 2014 e più di recente, BUGETTI, Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: *disorientamenti applicativi, commento alla pronuncia della Cass. 3 aprile 2017, n. 8617*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 845 ss.

Quando il padre biologico del bambino è un donatore, non sorge un vincolo di filiazione tra lui e il nato, ma solo un diritto della persona nata a conoscere la propria identità. L'attribuzione del vincolo di filiazione con la persona legata alla madre avviene contestualmente alla nascita, senza bisogno di ulteriori atti giuridici. In questi casi, il matrimonio, in luogo di fondare una presunzione di paternità biologica facilmente superabile, serve piuttosto a garantire la volontà del coniuge di assumere il ruolo di genitore e di accogliere il figlio in una famiglia stabile. In questi casi, la costituzione del legame di filiazione è condizionata all'esistenza di una manifestazione di volontà espressa già prima della procreazione e vincolante per chi l'ha espressa. Questo stabilisce l'art. 9 comma 1 della legge italiana n. 40/2004[75], che preclude a chi abbia prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita mediante fecondazione eterologa, l'azione di disconoscimento di paternità[76] e l'impugnazione per difetto di veridicità[77].

2.4.2 Maternità e paternità nei casi di coppie omosessuali femminili

Le coppie omosessuali femminili desiderano fare operare la presunzione di paternità anche nei confronti della donna sposata con la madre, specialmente nei casi in cui c'è un legame genetico tra la seconda madre e la persona appena nata e si può dunque prescindere dal richiederle una dichiarazione volontaria. Questo interesse non è ritenuto meritevole di tutela in tutti i paesi in cui è ammessa la donazione di ovociti e la procreazione assistita per scopi diversi da quelli terapeutici. In Spagna, ad esempio, l'iscrizione della doppia maternità richiede una dichiarazione della coniuge della madre contestualmente alla nascita, indipendentemente dalla sua partecipazione al contratto con il donatore di gameti maschili (attraverso la prestazione del consenso alla fecondazione della coniuge), e indipendetemente dal suo apporto personale, ossia anche nei casi in cui la coniuge ha rivestito un ruolo nella procreazione attraverso la donazione dei gameti femminili[78].

[75] Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

[76] Si veda l'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile.

[77] Si veda l'articolo 263 dello stesso codice.

[78] Si veda il novellato articolo 44(5) della Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: "Si registra anche come filiazione matrimoniale quando la madre è sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna e quest'ultima dichiara di acconsentire alla determinazione in suo favore della filiazione per il figlio nato dal suo coniuge". La traduzione è mia. Si veda anche la *Resolución de 8 de febrero de 2017 (1ª) Dirección General de Nacionalidad y Estado Civil*.

2.4.3 Altri casi di maternità e paternità plurime

Con le attuali tecniche di procreazione assistita, gli ascendenti biologici di un bambino possono essere tre: due femmine e un maschio. Dal punto di vista medico, non si può andare oltre la doppia maternità con le tecniche attuali di procreazione assistita[79].

L'intervento di più persone nella procreazione ha creato le premesse per un riconoscimento giuridico del loro rispettivo ruolo e per l'attribuzione a ciascuna di diritti e doveri nei confronti della discendenza. Nel caso di coppie omosessuali, la plurigenitorialità – che è una diretta conseguenza dell'assenza di complementarietà tra i gameti degli aspiranti genitori – è rimediata sia attraverso l'impiego di donatori, sia attraverso scelte di "genitorialità collaborativa". Questo accade quando la procreazione è programmata da coppie omosessuali di sesso complementare o dall'accordo della coppia omosessuale con una persona dell'altro sesso[80].

Ai sensi di una riforma entrata in vigore nel 2013 nello stato della British Columbia, un bambino può avere una pluralità di madri e padri. La legge contiene una lista dettagliata delle diverse possibilità. Tra queste si segnalano i vincoli di filiazione che possono essere costituiti tra una bambina o bambino e:

a) Tre madri

Una persona ha tre madri e nessun padre quando la madre biologica, colei che ha partorito, desidera essere riconosciuta come madre assieme alle due donne che hanno concluso il contratto relativo alla gestazione con lei[81];

b) Due madri e un padre

Se i committenti sono una coppia eterosessuale, la persona ha, oltre la madre che l'ha partorita, una seconda madre e un padre (che siano, entrambi o uno solo di essi, genitori genetici del bambino oppure no)[82]. E

[79] La madre biologica e genetica potrà essere affiancata da una madre "mitocondriale" attraverso una tecnica di fecondazione che permetterà a una donna di dare alla luce un figlio con il suo normale DNA nucleico, ma non quello mitocondriale quando questo è portatore di talune malattie. Il dna mitocondriale sarebbe dunque dall'ovulo di un'altra donna.

[80] BREMNER, *Gay and Lesbian Collaborative Co-parenting: Recognising Multiple Parents in the Netherlands and the UK*, in WAHLSTRÖM HENRIKSSON, GOEDECKE, *Close Relations. Crossroads of Knowledge*, Singapore, 2021.

[81] Sezione 30 (1) (b) (i) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [*FLA*] entrato in vigore nel 2013.

[82] Sezione 30 (1) (b) (i) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [*FLA*] entrato in vigore nel 2013.

anche possibile riconoscere la paternità del donatore di gameti che acconsente di essere genitore assieme alla coppia di donne che ha richiesto la donazione[83].

c) Due padri e una madre

Se un donatore di gameti maschili acconsente di essere genitore assieme alla coppia eterosessuale che ha richiesto la donazione, il neonato o la neonata avrà due padri e una madre[84]. Avrà due padri e una madre anche chi è stata partorita da una madre biologica che si è accordata con una coppia omosessuale maschile nell'ambito di un contratto relativo alla gestazione con lei[85].

Il mancato esplicito riferimento a casi di genitorialità collaborativa che prescindono dalle tecniche di fecondazione assistita, avvenuta mediate da un atto medico, ha fatto ritenere queste nuove disposizioni lacunose, e ha dato luogo ad una decisione suppletiva. La questione è emersa in una famiglia formata da una coppia di donne e un uomo[86].

Il superamento del paradigma della bigenitorialità appare una conseguenza logica dell'ammissione del ricorso a procreazione medicalmente assistita per finalità diverse da quelle esclusivamente terapeutiche.

2.5 Madri, padri e genitori non binari

I termini "padre" e "madre" restano oggi pertinenti per motivi che non appaiono più ovvi e meritano dunque una spiegazione accurata. Per garantire un'adeguata rappresentazione al genere non binario, si è fatta strada l'idea di impiegare in preferenza il termine neutro di "genitore". Questa opzione di dirigismo linguistico si presta a diverse critiche sebbene muova da giuste considerazioni. Da tempo si ritiene corretto intervenire sulla lingua per promuovere cambiamenti sociali. É stato infatti dimostrato che la lingua non riflette "intrinseci principi di verità" ma piuttosto la visione

[83] Sezione 30 (1) (b) (ii) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [*FLA*] entrato in vigore nel 2013.

[84] Sezione 30 (1) (b) (ii) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [*FLA*] entrato in vigore nel 2013.

[85] Sezione 30 (1) (b) (i) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [*FLA*] entrato in vigore nel 2013.

[86] In the Matter of the *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, Section 31 and In the Matter of a Male Child, British Columbia Birth Registration No. 2018-XX-XX5815.

della realtà di chi la usa - ossia, sostanzialmente delle opinioni "sedimentate attraverso i secoli" in ciascuna comunità[87]. Questa osservazione è alla base della c.d. ipotesi Sapir-Whorf, secondo la quale un intervento sulla lingua, che privilegi talune espressioni in luogo di altre, è in grado di condizionare e guidare la nostra visione della realtà[88]. In Italia, è apparso particolarmente importante contrastare l'attuale impostazione androcentrica della lingua per scardinare la visione stereotipata e riduttiva della donna che essa veicola[89]. L'importanza di un'adeguata rappresentazione delle donne nella lingua ha da tempo suggerito "una modificazione degli usi linguistici tale da rendere visibile la presenza di donne nelle istituzioni, riconoscendone la piena dignità di *status* ed evitando che il loro ruolo venga oscurato da un uso non consapevole della lingua"[90]. Se è dunque oramai dato per acquisito che è opportuno raccomandare un uso più consapevole della lingua in senso inclusivo, appare invece criticabile l'opzione di cancellare ogni distinzione di genere, privilegiando un genere neutro che rischia di cancellare la funzione sociale della donna - nelle famiglie tradizionali e non - e, nel contempo, di non far emergere adeguatamente la figura del genitore non binario, ancora sostanzialmente assente dalla rappresentazione linguistica in quanto il genere non binario si affaccia ora pubblicamente nelle (sole) società occidentali. In queste società, peraltro, anche tra le persone che rivendicano l'appartenenza a questo "genere non binario", non emerge un consenso sociale che avvalori l'uso di termini specifici per indicare questo terzo genere. Si conosce anzi una pluralità di "terzi generi"

[87] Entrambe le citazioni sono di SABATINI, *Più che una prefazione*, in COMMISSIONE NAZIONALE PER LA PARITÀ E LE PARI OPPORTUNITÀ TRA UOMO E DONNA, *Il sessismo nella lingua italiana*, Roma 1993.

[88] È nota la stigmatizzazione di KLEMPERER, Lingua tertii imperii. *La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, 2001 p. 32: «Le parole possono essere come minime dosi di arsenico: ingerite senza saperlo sembrano non avere alcun effetto, ma dopo qualche tempo ecco rivelarsi l'effetto tossico. Se per un tempo sufficientemente lungo al posto di eroico e virtuoso si dice 'fanatico', alla fine si crederà veramente che un fanatico sia un eroe pieno di virtù e che non possa esserci un eroe senza fanatismo».

[89] SABATINI, *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana. Per la scuola e per l'editoria scolastica*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1986, riedito nel volume *Il sessismo nella lingua italiana*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1987; FUSCO, *Il potere delle parole e le parole al potere: qualche spunto sul ruolo del 'femminile' nella comunicazione istituzionale*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* (Il), 2016, pag. 699 ss.; DUMAIS, *L'occultation des femmes dans les textes officiels du Québec*, in *Dans Nouvelles Questions Féministes*, 2007/3 (Vol. 26), p. 39 ss.; COULOMB-GULLY, RENNES, *Genre, politique et analyse du discours. Une tradition épistémologique française gender blind*, in *Mots. Les langages du politique* [on line], 2010, p. 175 ss.

[90] Atto di Sindacato Ispettivo n. 1-00107 del Senato della Repubblica, 31 maggio 2007.

di solito espressa dall'acronimo TIQA: transessuali, intersessuali, *queer* e asessuati. L'assenza di una convenzione linguistica per il terzo genere trova una conforma nella triste circostanza che, tra i paesi che riconoscono l'esistenza di un genere diverso oltre a quelli maschile e femminile, si indica questo terzo genere con la stigmatizzante lettera X, che evoca tutto ciò che è indistinto come la firma di una persona analfabeta e, per questo motivo, non tutti coloro che desiderano sfuggire alla categorizzazione binaria chiedono che sia iscritta nei loro documenti di identità.

2.5.1 Il problema della rappresentazione linguistica del genitore non binario

Per realizzare una maggiore inclusione è opportuno che la rappresentazione linguistica rifletta la ricchezza che la "diversità" dà alla compagine sociale. L'ampliamento linguistico previene anche il rischio che la neutralizzazione si risolva nella riesumazione, camuffata, di quel "maschile universale" da tempo riprovato da linguisti e epistemologi. Al di là del fatto che appare paradossale, già dal punto di vista terminologico, scegliere la strada della neutralizzazione "in senso inclusivo", il problema resta quello di un'adeguata rappresentazione dei generi delle persone nel linguaggio. L'uso di termini come madre o genitore non binario è suscettibile di garantire un cambiamento in positivo che vada di pari passo con una maggior consapevolezza sull'uso della lingua[91].

Il linguaggio giuridico riveste, da questo punto di vista, un ruolo fondamentale nell'assicurare il cambiamento sociale che si persegue attraverso una maggiore attenzione alla lingua[92]. Muovendo da questa consapevolezza, è chiaro che l'inclusione delle persone che non si identificano nello schema binario corrente, richiede l'aggiunta di un *tertium genus* senza alcuna pretesa di cancellazione degli altri due. In luogo di optare, come taluni ordinamenti, verso l'abbandono dei termini padre e madre a favore di espressioni neutrali dal punto di vista del genere ma artificiose e poco aderenti alla realtà – quali ad esempio "primo genitore" e "secondo

[91] Fondamentali sono stati i lavori di HELLINGER, BUßMANN (eds.), *Gender across languages: The linguistic representation of women and men*, Philadelphia, 2001, ai quali si rinvia per le regole sulla formazione del femminile in varie lingue; ANTHONY, *The Hidden Harms of the Family and Medical Leave Act: Gender-Neutral Versus Gender-Equal*, in *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2007, p. 459 ss.

[92] TESO, CROLLEY, *Gender-based linguistic reform in international organisations*, in *Language Policy*, 2013, 12, p. 139.

genitore"[93]. Bambine e bambini continuano a rivolgersi ai genitori con l'espressione "mamma" o "papà", "babbo", in attesa che termini nuovi diventino di uso comune. Una vera modernizzazione del diritto può essere agevolata – se l'ipotesi Sapir-Whorf tiene – aggiungendo un terzo termine, neutro, ai due già esistenti. Per usare una terminologia inglese oggi in voga, l'esigenza di un linguaggio – e di norme - "*gender-fair*" non implica necessariamente l'adozione di un linguaggio – o di norme - "*gender-neutral*"[94]. In parole povere, per garantire alle persone transessuali, intersessuali, asessuali o *queer* l'opportunità di essere riconosciuti come genitori senza per questo doversi classificare come padri o madri occorrerà creare un termine nuovo che consenta di rappresentare questa terza categoria.

Diversamente, l'abolizione del termine "madre" rappresenterebbe un innegabile passo indietro e una nuova occasione di cancellare le donne

[93] Merita di essere riprodotto l'articolo 9 della Legge regionale dell'Emilia Romagna 27 giugno 2014, n. 6, "Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere": "Art. 9 Linguaggio di genere e lessico delle differenze 1. La Regione riconosce, ai fini di uno sviluppo coerente delle proprie politiche di genere, che la lingua rispecchia la cultura di una società e ne è una componente fortemente simbolica e che *l'uso generalizzato del maschile nel linguaggio è un potente strumento di neutralizzazione dell'identità culturale e di genere che non permette un'adeguata rappresentazione di donne e uomini nella società*. 2. La Regione Emilia-Romagna opera per riconoscere, garantire e adottare un linguaggio non discriminante, rispettoso dell'identità di genere, identificando sia il soggetto femminile che il maschile in atti amministrativi e corrispondenza, denominazioni di incarichi, funzioni politiche ed amministrative. 3. Al fine di cui al comma 2, sarà predisposta idonea informativa al personale che tenga conto di una efficace semplificazione linguistica degli atti e di una redazione fedele ad un linguaggio comprensibile e veritiero oltre che rispettoso del genere. 4. Per stimolare e promuovere nuova coscienza linguistica finalizzata a riconoscere la piena dignità, parità, importanza del genere femminile e maschile le strutture generali competenti in materia di semplificazione, pari opportunità, comunicazione, predispongono una rivisitazione del lessico giuridico e amministrativo di atti, provvedimenti, comunicazioni, nella direzione impressa dall'orientamento europeo e nazionale sul punto mediante raccolta e analisi di buone pratiche, formazione sulle strategie di comunicazione interne-esterne, applicazione di linee guida che potenzino il ruolo della comunicazione di genere, diffusione e promozione dei risultati". Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 27 marzo 1997, Azioni volte a promuovere l'attribuzione di poteri e responsabilità alle donne, a riconoscere e garantire libertà di scelte e qualità sociale a donne e uomini (GU Serie Generale n.116 del 21-05-1997).

[94] Si veda ANTHONY, cit. nota 92, e GERSTEL, MCGONAGLE, *Job Leaves and the Limits of the Family and Medical Leave Act: The Effects of Gender, Race, and Family*, in *Work & Occupations*, 1999, p. 528, secondo cui talune leggi ispirate alla non-discriminazione tra padri e madri finiscono per esacerbare le disuguaglianze che intendono neutralizzare, in quanto non tengono conto della diversa posizione sociale di uomini e donne.

dalla rappresentazione sociale, esacerbando le discriminazioni nei confronti della donna[95], con il rischio di perpetrare ben noti problemi sociali[96]. Del resto, le persone bisessuali, transessuali, intersessuali, asessuali o *queer* non meritano di essere cancellate dalla rappresentazione collettiva nella loro rivendicazione dell'esigenza di un genere terzo, che gli consenta di avere un'identità propria e estranea alla logica binaria.

La rappresentazione dei tre generi nel linguaggio giuridico consente di meglio comprendere la complessità dell'ascendenza con l'avvento delle nuove tecnologie di riproduzione e dei cambiamenti sociali in senso inclusivo.

2.5.2 Maternità e paternità nei casi di madri di sesso maschile

La diversa funzione biologica di maschi e femmine nella riproduzione è il dato da cui partire. Si intende allora per madre biologica l'ascendente biologico del nato - quale che sia il suo genere e orientamento sessuale nella società - il cui apparato riproduttivo è femminile, e per padre biologico l'ascendente biologico del nato - quale che sia il suo genere e orientamento sessuale nella società - il cui apparato riproduttivo è maschile. Occorre però tenere presente che il genere, come categoria giuridica si è distaccato dal concetto puramente biologico originario per accogliere i dati psicosociali che contribuiscono alla percezione della propria identità. Negli ultimi anni, la denaturalizzazione è diventata più radicale, portando taluni paesi ad ancorare la definizione unicamente su questi ultimi e facendo coincidere il genere di una persona con la percezione che questa ha della propria identità sessuale, senza riguardo al dato biologico. Accade così che

[95] A tutt'oggi, le statistiche sono chiare sulla frequenza con cui le madri cambiano lavoro, lavorano part-time o rinunciano del tutto a lavorare per accudire i figli, in ragione delle minori opportunità professionali e delle diseguaglianze di salario rispetto ai padri. Per una panoramica americana, si veda GLASS, ESTES, *The Family Responsive Workplace*, in *Annual Review of Sociology*, 1997, p. 300.

[96] Si veda ROBUSTELLI, *Linguaggio e discriminazione. E femminicidio*, in ACCADEMIA DELLA CRUSCA, *Lingue e Diritti. Le parole della discriminazione, Atti del convegno Diritto e letteratura* , Firenze, 14 e 16 novembre 2013, p. 69, che conclude, con riferimento a SABATINI, cit. nota 90, sulla necessità "che il ruolo della donna nella società venga pienamente riconosciuto e testimoniato anche attraverso il linguaggio, così che la sua inclusione nella società e la sua conquista della cittadinanza non sia più soltanto parziale e che, soprattutto, «le nozioni riduttive e restrittive della immagine della donna» e «il reiterato e pervasivo concetto base della centralità e universalità dell'uomo e della marginalità e parzialità della donna» svaniscano grazie a un uso della lingua più adeguato e consapevole."

alcune donne che hanno cambiato sesso nel corso della vita senza rinunciare, per il fatto della transizione verso il genere maschile, al loro apparato riproduttivo, diventino madri e manifestino il loro desiderio di essere registrate quali "padri" di figli e figlie da loro partoriti[97]. La Germania ha recentemente riconosciuto come madre di sesso maschile, l'uomo che ha partorito un bambino[98]. La scelta è senz'altro da approvare in quanto risponde alle esigenze di veridicità che sono connaturate alla certificazione: trattandosi senza dubbio di una persona di sesso maschile che ha dato alla luce un figlio grazie ad un apparato riproduttivo femminile.

Per evitare che, nei casi di genitori transessuali, intersessuali, asessuali o *queer*, la scelta dell'appellativo nel registro di nascita comporti una negazione dell'identità percepita e manifestata di sé dal genitore in relazione al vincolo di filiazione[99], è probabile che taluni paesi prevedano procedimenti di rettifica facilmente attuabili, che contemplino la possibilità di ricorrere a formule neutre – per esempio "genitore" (auspicabilmente non la X) – o più semplicemente la sostituzione della dicitura "madre di sesso maschile" con la dicitura "padre" nei documenti di identità di figli e figlie partorite prima o dopo il cambiamento di genere.

3. Il diritto a conoscere le proprie origini e i nuovi limiti alla ricerca di paternità e maternità

3.1. Il diritto a conoscere le proprie origini

Ogni ascendente partecipa e contribuisce all'identità della persona che fa nascere e, viceversa, ogni persona nata da una pluralità di ascendenti ha il diritto di conoscere e costruire la propria identità avendo piena consapevolezza di quella dei propri ascendenti. La mancanza parziale o totale di informazioni e di accesso ai dati relativi alle proprie origini influisce sulla

[97] Si veda il caso 8650/12 *Y.P. c Russia* del 18 gennaio 2012 introdotto da una donna in seguito al rifiuto delle autorità russe di registrarla quale "padre" del figlio partorito prima della transizione.

[98] KG Berlin, 12 gennaio 2021, Az. 1 W 1920/20 che ha deciso il caso di un cittadino austriaco, nato donna e che aveva mutato il proprio nome e genere nel registro della stato civile austriaco.

[99] Il primo «pregnant man» noto è stato Thomas Beatie, alias Tracy Lehuanani La Gondino, che ha dato alla luce tre figli nel corso di un primo matrimonio con una donna. Nel corso di un matrimonio successivo, Thomas ha avuto un altro figlio, dato alla luce, questa volta, dalla seconda moglie. A quanto si legge dalla stampa, l'uomo si qualifica "padre" di tutti e quattro i figli.

capacità di bambini e bambine di sviluppare la propria personalità. Si è osservato, ad esempio, che bambini e bambine abbandonate non cercano necessariamente un legame di filiazione, ma la formazione della loro identità genetica e sociale[100].

Il diritto a conoscere le proprie origini è oggi universalmente riconosciuto da diverse norme sovranazionali. Come è ovvio, particolare significato assumono quelle contenute nell'articolo 7 della Convenzione ONU del 1989 sul "diritto a conoscere l'identità dei propri ascendenti" e nell'articolo 8 che include, tra gli elementi costitutivi dell'identità di ogni minore, le sue relazioni familiari[101]. Tra le norme sovranazionali che riconoscono questo diritto vi è l'articolo 30 della Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (come emendata nel 2008); la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 gennaio 2000, n. 1443,oltre che la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 27 giugno 2008, che invitano gli Stati a favorire il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.

Riconoscere e garantire questo diritto rappresenta un indispensabile strumento di contrasto alle adozioni illegali e alla tratta di esseri umani che sono suscettibili di nascondere[102].

[100] O'DONOVAN, *Interpretations of Children's Identity Rights*, in *Revisiting Children's Rights: 10 Years Of The UN Convention on The Rights of the Child*, Brill, 2000, p. 79-80. Studi clinici hanno evidenziato una preoccupante frequenza di comportamenti autodistruttivi, ansia o depressione, tra gli adottati: KEYES; SHARMA; ELKINS et al, *The Mental Health of US Adolescents Adopted in Infancy*, in *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 2008.

[101] Si vedano anche le decisioni della Corte EDU del 13 luglio 2006, Jäggi c Svizzera, n. 58757/00 e 30 maggio 2006, Ebrü c Turchia, n. 60176/00; STEWART, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, in 26 *Fam. L. Q.* 221, 1992; CRC, art. 8; BESSON, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention's on the right of the child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, p. 137 ss. In Italia si veda la Corte di Cassazione, ordinanza del 9 agosto 2021, n. 22497 con la quale è stato riconosciuto il diritto a conoscere l'identità della madre da parte di una figlia, nata da parto anonimo, valutandone le conseguenze con riferimento alle condizioni di salute, personali e familiari di madre e figlia.

[102] UNICEF, *Combating Child Trafficking*, in *Handbook for Parliamentarians No. 9*, 2005, p. 12; *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution, and child pornography*, Add. 2, *Report on the Mission to Guatemala*, E/CN.4/2000/73/Add.2, 10-13 (27 Jan. 2000). LANDAU, *The Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel and Elsewhere*, in *Human Reproduction* 1998, p. 3268 ss.; WILKINSON, *Commodification*, in ASHCROFT,

3.1.1. L'anonimato della madre

Il diritto all'anonimato della madre è pienamente comprensibile in contesti caratterizzati da una rigida cultura repressiva della sessualità femminile. In tali contesti, questo diritto protegge la vita di lei e di suo figlio. In ogni altro contesto, il diritto all'anonimato appare sempre più anacronistico[103]. Anche nei paesi che garantiscono l'anonimato della madre, per rispettare il diritto di ogni bambino o bambina a conoscere le proprie origini deve comunque essere sempre assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati che identificano la madre biologica e la cartella clinica custodita presso il luogo in cui è avvenuto il parto, proprio per rendere possibile risalire all'identità della madre tramite accesso ai dati sanitari[104].

In Italia, queste regole sono scaturite dalla condanna dell'anonimato assoluto da parte della Corte di Strasburgo, dovendo essere garantito il diritto di avere accesso a un minimo di informazioni sull'identità della madre

DAWSON, DRAPER, MACMILLAN (eds.), *Principles of Health Care Ethics*, 2nd edn., Chichester, 2007, p. 285 ss.

[103] Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838 e Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6963, che estende ai fratelli e sorelle il procedimento di interpello al fine di acquisire il consenso all'accesso ai dati richiesto dall'adottato. Si noti, tuttavia, che la presenza di altri figli ed eredi della madre deceduta ha indotto all'accoglimento di diversa soluzione e finito per impedire l'accesso ai dati da parte dell'adottato per tutelare coloro che potrebbero non conoscere la sua esistenza (Trib. min. Genova, 23 maggio 2019). Il diritto all'anonimato è riconosciuto alle madri da paesi come la Francia e l'Italia, ed è stato introdotto in paesi come la Slovacchia e la Russia.

[104] In Italia, si veda l'allegato al D.M. 16 luglio 2001 n. 349 "Deve essere comunque assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati idonei a identificare la donna che non consente di essere nominata con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto in modo da rendere sempre tecnicamente possibile l'individuazione della madre biologica". Significativa è l'evoluzione della legge britannica, avvenuta attraverso vari passaggi: dall'assenza di disciplina (Adoption of Children Act 1926) compensata dall'intervento discrezionale della giurisprudenza; al riconoscimento di un diritto di accesso molto limitato (Adoption of Children Act 1949) fino ad una specifica regolamentazione (Adoption Act 1976) e al riconoscimento del diritto dell'adottato maggiorenne a conoscere i dati e i dettagli del procedimento adottivo (Adoption and Children Act 2002). In altri paesi, come la Svizzera si è suggerito di introdurre regole volte a proteggere la confidenzialità del parto senza giungere a riconoscere un diritto all'anonimato che viene percepito come una violazione del diritto del bambino a conoscere le proprie origini. Si vedano le *Recommandations du groupe d'experts, motivation ad recommandations*, cit., p.3.

anonima[105]. Nel frattempo, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle norme sull'adozione nella parte in cui non prevedono – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata– su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione[106].

3.1.2 L'anonimato di donatori e donatrici di gameti

Le stesse esigenze e gli stessi diritti appartengono a bambini e bambine di ascendenza complessa. Dal 2001 la Svizzera si è dotata di un registro di donatori di gameti maschili per assicurare a bambine e bambini nati da fecondazione eterologa il diritto di chiedere l'accesso ai dati relativi all'identità del loro genitore, raggiunta l'età di 18 anni[107]. Nel 2019, la procedura di accesso all'identità di un donatore è stata ulteriormente semplificata.

Il 12 aprile 2019, il Consiglio d'Europa ha adottato la raccomandazione 2156 (2019) intitolata "*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*" che enuncia i seguenti

[105] Si veda la decisione della Corte EDU del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, n. 33783/09 "la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue".

[106] Si vedano l'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

[107] I discendenti possono richiedere informazioni sul donatore presso l'Ufficio federale dello stato civile (UFSC), pagando una tassa amministrativa di 200 franchi. Il registro dei dati contiene le informazioni personali di chi ha ceduto il proprio sperma, il suo stato di salute al momento della donazione e indicazioni sull'aspetto fisico. Il donatore è interpellato e può accettare o rifiutare una richiesta di contatto e un eventuale incontro. Tale ricerca è spesso un momento chiave nella vita di queste persone, sottolineano in una nota odierna la commissione FertiForum della Società svizzera di medicina riproduttiva (SGRM) e la fondazione Salute sessuale Svizzera. Le due associazioni raccomandano agli interessati di rivolgersi a uno specialista per farsi accompagnare durante questo delicato processo, che può avere pesanti conseguenze emotive per figli e figlie, il padre biologico e i famigliari di entrambi.

principi[108]: i) "la donazione di gameti deve restare un atto volontario e altruista, compiuto con lo scopo precipuo di aiutare gli altri e quindi senza un guadagno finanziario o altro vantaggio simile per il donatore"; ii) la rinuncia all'anonimato per ogni futura donazione di gameti negli Stati membri del Consiglio d'Europa; iii) il divieto di utilizzo di spermatozoi e ovociti donati anonimamente; iv) il divieto per donatori e donatrici di contattare la propria discendenza genetica a fronte del diritto della persona concepita tramite donazione di contattare il genitore e eventuali fratelli o sorelle, a determinate condizioni; v) l'obbligo per gli Stati membri del Consiglio d'Europa che autorizzano la donazione di spermatozoi e ovociti di "creare e mantenere un registro nazionale dei donatori e delle persone concepite tramite donazione" al fine di assicurare: "lo scambio di informazioni", di "imporre un limite massimo al numero di donazioni possibili da parte dello stesso donatore", di "controllare che parenti prossimi non possano sposarsi", e infine di "tenere traccia dei donatori in caso di necessità mediche"; vi) l'obbligo per cliniche e prestatori di servizi di tenere "adeguata documentazione e metterla a disposizione dei registri nazionali", vii) l'introduzione di un "meccanismo per assicurare lo scambio transfrontaliero di informazioni tra registri nazionali". Da ultimo si prevede il principio transitorio secondo il quale "l'anonimato dei donatori di gameti non deve essere cancellato in maniera retroattiva se garantito al momento della donazione, ad eccezione di motivazioni mediche o se il donatore acconsente a rinunciare all'anonimato e, di conseguenza, all'iscrizione nel registro dei donatori e delle persone concepite tramite donazione. I donatori dovrebbero ricevere consulenza e orientamento prima di decidere se accettare o meno di rinunciare all'anonimato"[109].

[108] Dibattito in Assemblea del 12 aprile 2019 (18o seduta) (V. Doc. 14835, Relazione della Commissione affari sociali, sanità e sviluppo sostenibile, Relatrice: On. Petra De Sutter; Doc. 14854, parere della Commissione affari giuridici e diritti umani, Relatore: On. Pierre-Alain Fridez). Testo adottato dall' Assemblea il 12 aprile 2019 (18° seduta). È seguita una risposta del Comitato dei Ministri del 14 ottobre 2019.

[109] Il documento, in originale e nella versione francese e italiana, si legge qui: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/Documenti/DocumentiParlamentari/parser.asp?idLegislatura=18&categoria=012bis&tipologiaDoc=documento&numero=114&doc=intero.

3.2. La ricerca della maternità e paternità quale garanzia del diritto all'identità personale di figlie e figli di ascendenza multipla o complessa

Nella maggior parte dei casi di ascendenza complessa appare preclusa a figli e figlie ogni possibilità di intervento nella definizione della propria ascendenza rispetto agli adulti che hanno contribuito alla loro nascita.

La scelta degli ascendenti vincola i discendenti. Nella maggior parte degli ordinamenti si esclude che i discendenti possano adire l'autorità giudiziaria con azioni in contestazione o constatazione della paternità o maternità, nei casi di fecondazione eterologa e maternità surrogata[110]. Anche negli ordinamenti, come quello della British Columbia, in cui vi è la possibilità di riconoscere un ruolo genitoriale ai donatori di gameti o alle madri surrogate, la scelta compete all'ascendente e diventa definitiva[111]. La reintegrazione delle figure di donatore e donatrice nella relazione genitoriale, già preconizzato dalla legislazione canadese, non attribuisce ai soggetti nati dal dono il diritto ad ottenere il riconoscimento giuridico della relazione biologica che pure hanno con il donatore o la madre surrogata.

Alla luce della ricostruzione che qui si è data, un ripensamento della genitorialità dovrebbe conto del rischio di un'involuzione in senso antistorico dell'istituto della filiazione, contrario all'interesse superiore dei minori di ascendenza multipla o complessa. Una riforma della filiazione dovrebbe invece valorizzare i diritti fondamentali di questi bambini e bambine in prospettiva diacronica: riconoscendo all'infanzia il diritto assoluto alla cura da parte delle persone, tra gli ascendenti, meglio in grado di soddisfarne i bisogni, anche attraverso un controllo sulla costituzione del vincolo[112]; e riconoscendo all'adolescenza, e senza limiti di età, il diritto di ricercare la propria identità biologica.

La naturale soggezione dei figli ai loro genitori e la particolare vulnerabilità di bambini e bambine di ascendenza multipla o complessa, richiede una protezione speciale e l'attribuzione ai discendenti di diritti specifici sia

[110] Si veda il Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference intitolato "A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements", spec. p. 15.

[111] PENNA, *Cenni storici sulla PMA eterologa: la morale sessuale cattolica e il modello bioetico francese*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, Milano, 2019, p. 235 ss.

[112] Si vedano, per la necessità di tener conto dell'interesse superiore del minore anche ai fini della costituzione del vincolo di filiazione – ergo in quelli di una sua contestazione – le recenti decisioni del Tribunale Sulmona sez. I, 8 febbraio 2022, n.17 e Cassazione civile sez. I, 30 giugno 2021, n. 18600.

nei confronti di tutti i loro ascendenti, sia nei confronti degli Stati ove si è realizzata la loro procreazione e in cui si esplica il loro sviluppo[113].

[113] O'DONOVAN, cit. nota 101, con riferimento ai c.d. esperimenti di "social engineering" consistenti nell'assicurare un flusso di bambini da Gran Bretagna e Irlanda agli USA tra la seconda metà dell'XIX e la prima metà del XX secolo (fino ai primi anni '70): "The exported children, in general, were already separated from their parents, not necessarily forcibly. However, the effects on the children were similar [:] loss of knowledge of genealogy, parents, and roots, loss of contact with families, mistreatment and abuse in the new situation and uprooted emotional lives".

Finito di stampare nel mese di settembre 2022
presso Grafica Elettronica srl, Napoli