

Tecnologie riproduttive, progetti genitoriali, e questioni di diritto internazionale privato concernenti lo *status filiationis**

di Sara Tonolo

Assisted Reproductive Technologies, Parenting Projects and Private International Law Issues concerning the status filiationis.

In Italy all forms of surrogacy are forbidden, whether it be traditional or gestational, commercial or altruistic. Act n. 40 of 19/2/2004, entitled «Rules about medically-assisted reproduction», introduces a prohibition on employing gametes from donors, and specifically incriminates not only intermediary agencies and clinics practising surrogacy, but the intended parents and the surrogate mother too. Other penal consequences are provided by the Criminal Code about the registration of a birth certificate where parents are the intended ones, as provided by the *lex loci actus* (art. 567 of the Italian Criminal Code, concerning the false representation or concealment of *status*). Apart from the mentioned criminal problems, several aspects of private international law are involved. In the cases where national rules forbid the transcription of birth certificates for public policy reasons, specifically the prohibition of surrogacy, Italian Judges often seek solutions to enforce the *status filiationis*, in view of the fundamental principle of the «*best interest of the Child*». Focusing on the recent evolution of the notion of international public policy, in some cases the inherent adoptive parental *status* acquired by a homogenitorial couple is not contrary to international public policy, when the effects of the act from which this *status* derives are not incompatible with the limits that cannot be exceeded constituted by the founding principles of the relational choices between intended parents and child (Article 2 of the Constitution, Article 8 ECHR), by the Best interest of the child as codified in the Italian Law 219/2012, by the principle of non-discrimination, by the principle of solidarity that is the basis of social parenting. Splitting the problem of the surrogacy, sometimes the adoption is the remedy suggested in the Italian case-law to enforce the *status filiationis*. Many private international law problems are highlighted by this paper, above all considering the interesting insights elaborated by the Italian Constitutional Court, in the recent Judgments n.32/2021 and n.33/2021, despite the declared inadmissibility of the question of constitutional legitimacy of art. 12, paragraph 6 l. 40/2004, art. 64 letter. g l. 218/95, art. 18 d.P.R. 396/2000 (by contrast through art. 117 of the Constitution of articles 2, 3, 7, 8, 9, 18 Conv. on the rights of the child and art. 24 Charter of fundamental rights, and art. 2,3, 30 and 31 of the Constitution).

Keywords: Surrogacy; Private international law; Human rights; Public Policy; Best interest of the child; Adoption

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. L'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. L'orientamento della Corte Costituzionale italiana. – 4. L'orientamento della giurisprudenza italiana. – 5. Osservazioni conclusive.

* Contributo sottoposto a valutazione.

1. Osservazioni introduttive

I progetti di genitorialità non tradizionali e gli *status filiationis* ad essi riconducibili sono da tempo oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza nazionale ed internazionale, entro il dibattito coinvolgente il diritto alla genitorialità, l'ordine pubblico internazionale e la tutela del superiore interesse del minore.

L'evoluzione biotecnologica, concernente le tecniche di procreazione medicalmente assistita, evidenzia la necessità, ma al contempo l'incertezza delle soluzioni internazionalprivatistiche sia con riguardo alla previsione del divieto di surroga di maternità disposto entro molti ordinamenti, sia relativamente alle condizioni dell'adozione omoparentale¹, talvolta proposta quale alternativa al diniego di riconoscimento della filiazione estera da surroga di maternità (Rossolillo 2014).

L'attenzione della disciplina internazionalprivatistica per i temi in esame deriva innanzitutto dalla circostanza che nell'ordinamento italiano e in altri sistemi giuridici le prescrizioni restrittive vigenti incidono negativamente sui progetti di genitorialità, escludendo che gli stessi possano avere realizzazione interna, determinandone pertanto la forzata localizzazione all'estero: in ragione del divieto della surroga di maternità, dei limiti posti all'operatività della fecondazione eterologa dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40², nonché della previsione normativa che consente l'adozione solo alle coppie unite in matrimonio, le problematiche concernenti i progetti di genitorialità connessi a tali istituti non vengono infatti in considerazione nell'applicazione diretta dell'ordinamento italiano, ma sul piano del riconoscimento di situazioni costituite all'estero, delineando un possibile conflitto con l'ordine pubblico, rispetto al quale si è da tempo delineata una complessa giurisprudenza (Villani 2008). Pertanto, sia con riferimento alla trascrivibilità degli atti esteri da tecniche di procreazione

¹ In molti paesi europei, si esclude la possibilità di adozione congiunta per i membri di unioni differenti dal matrimonio (come ad es. in Finlandia, Irlanda, Repubblica ceca, Ungheria, Austria, Germania, si v. però in senso diverso la l. maltese *Civil Union Act* 14 aprile 2014, che equipara le unioni ai matrimoni, consentendo ai partners anche l'adozione congiunta), mentre è ampiamente consentita l'adozione da parte di un partner dei figli dell'altro (ad es. in Germania, Finlandia e Austria). L'adozione omoparentale è invece generalmente ammessa entro gli ordinamenti in cui si prevede una forma di matrimonio indipendente dal sesso dei coniugi, come ad es. in Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Olanda, Regno Unito, Spagna, Svezia, Germania (in Portogallo invece ai coniugi del medesimo sesso è preclusa l'adozione). È possibile dunque che, entro lo stesso sistema giuridico, si delineino situazioni differenti, come ad es. in Francia, ove le coppie unite in matrimonio omosessuale possono adottare e quelle unite da un PACS no, o in Germania ove solo le coppie unite in matrimonio sono legittimate all'adozione, mentre in Belgio e in Olanda possono adottare sia le coppie che hanno contratto matrimonio omosessuale sia le coppie che hanno registrato un partenariato.

² L. 19 febbraio 2004, n. 40 «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*», in *G.U.*, 24 febbraio 2004, n. 45.

medicalmente assistita, sia con riguardo alla riconoscibilità delle adozioni omoparentali, appare centrale il ruolo del principio della riconoscibilità degli *status* familiari, elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quale corollario del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³ (Sudre 1998; Prebensen 2000; Di Noto 2012). Tale principio rileva anche con riguardo allo *status* di figlio e alla pari dignità giuridica di tutti i nati entro l'ordinamento italiano⁴, in stretta continuità ideale con il principio del «*child's best interest*» (Alston 1994; Focarelli 2010)⁵, che deve essere tutelato in maniera prevalente rispetto ad altre istanze, quali la verità biologica del rapporto di filiazione, la corrispondenza della situazione giuridica con le situazioni reali⁶, e la stessa potestà genitoriale, sostituita da tempo dalla responsabilità genitoriale, con effetti diversamente coinvolgenti i genitori nella vita del minore, in quanto titolare di diritti fondamentali (Lopes Pegna 2014).

In tale contesto, non è chiaro se il principio della riconoscibilità degli *status* personali e familiari e quello del superiore interesse del minore conducano al medesimo risultato (Syndres 2015, 429; Fulchiron 2014, 563; Winkler 2015, 245) entro le applicazioni giurisprudenziali internazionali e nazionali che verranno esaminate nell'ambito di questo scritto (Marongiu Buonaiuti 2016, 49 e ss.).

È certo che in seguito al necessario riconoscimento dello *status filiationis* si stia assistendo da tempo a un ampliamento delle varie declinazioni del «superiore interesse del minore»⁷ quale criterio fondante dei rapporti familiari, non potendosi ad es. negare che si stia attenuando il principio tradizionalmente accolto entro molti ordinamenti, tra i quali anche quello italiano, in base al quale è la famiglia composta da genitori di

³ Consiglio d'Europa, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 4 Novembre 1950, ETS/5, per l'Italia, l. n. 848 del 4 agosto 1955, in *G.U.*, n. 221 del 24 settembre 1955.

⁴ D. lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013 recante «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012 n. 219», in *G.U.* 8 gennaio 2014 n. 5.

⁵ Il superiore interesse del minore, sancito espressamente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si pone alla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel quadro dell'art. 8 della Convenzione del 1950, secondo la lettura propria della giurisprudenza di molti paesi, ad es. Trib. Bruxelles, 6 aprile 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, 1171 ss.

⁶ Si pensi ad es. alle recenti preclusioni introdotte nel d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, per l'azione di disconoscimento di stato di figlio solo in capo ai genitori, mentre in capo al figlio l'azione rimane imprescrittibile.

⁷ Tale tema è oggetto di crescente attenzione in diversi ambiti; si veda lo studio del Parlamento europeo, *Directorate General for internal Policies, Policy Department, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, A comparative Study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

nesso diverso l'unica a poter assicurare ai minori un ambiente favorevole nel quale crescere. Infatti, anche se un sistema giuridico (come quello italiano) non consente la surroga di maternità, o l'adozione omoparentale, pare difficile che entro lo stesso si possa negare il riconoscimento a un rapporto già creatosi all'estero, perché, nel caso specifico, l'interesse del minore coinvolto sarebbe pregiudicato, privando il minore delle relazioni nel frattempo costituite e delle prerogative identitarie dallo stesso assunte (Distefano 2015), come nei noti casi concernenti «i figli di due madri»⁸ o «i figli dei due padri»⁹; sempre in nome di tale interesse, vengono suggerite soluzioni alternative, quale l'adozione del figlio del partner, o del coniuge, che, ove possibile, mira a realizzare la conservazione del rapporto genitoriale eventualmente esistente tra il minore e il genitore c.d. “di intenzione”.

2. L'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nell'analisi delle problematiche connesse alla riconoscibilità degli *status filiationis* derivanti dai progetti di genitorialità non tradizionale, rileva, in primo luogo, l'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Prendendo le mosse dall'affermazione secondo la quale è la nascita a far sorgere il legame tra genitore e figlio ed è tale legame che deve essere protetto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche nel caso in cui manchi la coabitazione familiare¹⁰, o vi sia stato ritardo nel riconoscimento da parte del padre naturale, o affidamento del figlio ad altri parenti¹¹, la Corte definisce obblighi positivi a carico degli Stati al fine di assicurare il rispetto del diritto alla vita privata e familiare, ribadendo al contempo l'equilibrio tra il diritto dei singoli e gli interessi

⁸ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 813 ss.; Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 408 ss.

⁹ App. Trento, 2 febbraio 2017, concernente la trascrizione dell'atto di nascita dei gemelli nati negli Stati Uniti tramite surroga di maternità contratta da un uomo, padre biologico, e indicati alla nascita come figli anche del suo consorte secondo la legge del luogo di nascita dei minori. Si veda inoltre App. Milano 28 ottobre 2016, consultabile all'indirizzo <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/01/Corte-app-Milano-trascrizione-nascita-gemelli.pdf>, per la trascrizione dell'atto di nascita dei gemelli nati tramite surroga di maternità nati dalla fecondazione di due distinti ovuli con il seme dei due aspiranti padri, riconosciuti tali secondo le prescrizioni della legge californiana.

¹⁰ Sentenza 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90; in questo caso, si afferma che il figlio, nato dall'unione di due persone non sposate, si inserisce nella loro famiglia e gode di un legame garantito dall'art. 8, anche se alla nascita i genitori già non convivono più; pertanto si considera contrario all'art. 8 il diritto irlandese poiché prevede la possibilità di adozione senza il consenso del padre naturale. Si veda inoltre sul punto: sentenza 21 giugno 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*, ricorso n. 10730/84.

¹¹ Sentenza 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ricorso n. 22070/93, par. 35.

della collettività¹², soprattutto nell'interpretazione della disposizione del par. 2 dell'art. 8, secondo il quale «Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Si tratta di un equilibrio suscettibile di variare a seconda delle circostanze del caso di specie, come dimostra l'evoluzione della giurisprudenza della Commissione e della Corte europea, particolarmente significativa alla luce della considerazione peculiare del superiore interesse del minore. Ad es., mentre nella sentenza *Marckx*¹³, la Corte ha ritenuto prevalente il diritto della figlia di una madre non coniugata ad avere una normale vita familiare, rispetto all'interesse dello Stato di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio, per affermare l'obbligo per il Belgio di realizzare il riconoscimento automatico dei legami familiari (nel caso negato dalla circostanza che i legami familiari erano subordinati al riconoscimento cui era tenuta la madre), nella sentenza *X, Y e Z c. Regno Unito*¹⁴, fondandosi sulla libertà di apprezzamento degli Stati, la Corte ha invece negato che il diritto al rispetto della vita familiare comportasse per lo Stato l'obbligo di riconoscere alla figlia di un transessuale (nata tramite fecondazione assistita) la possibilità di avere nel certificato di nascita l'indicazione di un padre diverso da quello biologico.

Interessante è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine ai progetti genitoriali delle coppie omosessuali: la Corte ne ha circoscritto la possibilità di protezione con riguardo ai figli biologici, nel caso in cui ha condannato il Portogallo per la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU, a causa della negazione ad un padre dell'autorità parentale sulla propria figlia, nata nell'ambito di un precedente matrimonio con una donna, in ragione di una successiva relazione sentimentale dallo stesso intrapresa

¹² Sentenza 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, ricorso n. 9532/81, par. 37, in cui la Corte introduce il concetto di proporzionalità nel controllo del rispetto degli obblighi positivi tra interessi dei singoli e interesse della collettività, nell'equilibrare i quali «les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle».

¹³ Sentenza 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso 6833/74, par. 31: «This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the régime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies [...] the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine under paragraph 2».

¹⁴ Sentenza 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, ricorso n. 21830/93, par. 52.

con un uomo¹⁵. Tale orientamento è stato confermato nel caso in cui la Corte ha ritenuto legittimo il rifiuto da parte delle autorità francesi di concedere l'adozione ad un omosessuale, in forza del margine di discrezionalità ancora riconosciuto agli Stati al fine di proteggere la salute e i diritti dei bambini¹⁶. La Corte ha infatti osservato che la tutela dei diritti degli adottandi costituisce una fondata giustificazione per escludere determinate categorie di persone dal godimento del diritto di adottare, come previsto dall'ordinamento francese, riconoscendo ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali anche alla luce dell'assenza di accordo, nella comunità scientifica, sugli effetti dell'adozione posta in essere da persone omosessuali¹⁷. Si potrebbe ritenere che in questo caso la Corte abbia ripensato alle conclusioni cui era pervenuta nel caso *Salgueiro da Silva Mouta*; in realtà, si tratta di due sentenze che non si pongono sullo stesso piano, dal momento che differente è la fattispecie in cui rileva il riconoscimento del legame di filiazione (Willoughby–Stone, 2003). Nel caso *Salgueiro da Silva Mouta*, la potestà parentale viene richiesta rispetto a una figlia biologica del padre omosessuale; nel caso *Fretté*, si tratta invece di costituire un nuovo rapporto di filiazione, e risulta quindi più agevole invocare i «migliori interessi del minore» per giustificare la diversità di trattamento rispetto al caso *Salgueiro da Silva Mouta* (in senso critico si v. tuttavia Campiglio 2003, 120).

Nel caso *E.B. c. Francia*¹⁸, la Grande Camera della Corte europea ha modificato il proprio orientamento in un caso coinvolgente un soggetto che ha una stabile relazione omosessuale e che intende adottare un minore. In questa decisione, la Corte valorizza il fatto che il rigetto della domanda da parte delle autorità interne si è fondato, in realtà, sulla circostanza che il richiedente fosse omosessuale. È stata, dunque, la considerazione che, alla base del provvedimento di rigetto della domanda, si ponessero ragioni fondate sull'orientamento sessuale dell'adottante, ad indurre la Corte a ritenere esistente la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea. Se, infatti, la legislazione francese ammetteva l'adozione da parte del *single*, il divieto a porre in essere l'adozione, opposto ad una persona omosessuale, contrastava con tali disposizioni, in quanto fondato sull'orientamento sessuale.

Tuttavia, nel caso *Gas e Dubois*¹⁹, concernente una coppia omosessuale unita da un PACS francese, all'interno della quale una partner aveva chiesto l'adozione del figlio, nato con le tecniche di fecondazione artificiale dalla compagna, e l'adozione era stata rifiutata dalle autorità

¹⁵ Sentenza 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso 33290/96.

¹⁶ Sentenza 26 maggio 2002, *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515/97.

¹⁷ Sentenza 26 maggio 2002, *Fretté c. Francia*, cit., par. 41.

¹⁸ Sentenza 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*, ricorso 435466/02.

¹⁹ Sentenza 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07.

nazionali in quanto contraria all'interesse superiore del minore, la Corte europea ha escluso la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevede che i conviventi abbiano diritti identici a quelli delle persone coniugate e che la stessa consente l'adozione alla coppia sposata ma non alla coppia unita in base ai PACS (Campiglio 2009, 602).

Il superiore interesse del minore assume un ruolo più significativo nella sentenza pronunciata il 19 febbraio 2013 nel caso *X e altri c. Austria*²⁰, in cui la Corte afferma che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione non può ritenersi perseguire uno scopo legittimo. Secondo la Corte, infatti, non può esservi dubbio che, in assenza di *common ground* tra gli Stati rispetto a questioni moralmente o eticamente sensibili, il margine di apprezzamento spettante agli Stati è ampio, ma tale margine si riduce progressivamente, quando entra in gioco la discriminazione fondata su ragioni di orientamento sessuale, dato che, tra l'altro, il sistema austriaco ammette l'adozione da parte di un *single*, anche se omosessuale e riconosce così potenzialmente che un minore possa vivere all'interno di una coppia omosessuale.

Pare dunque che l'interesse del minore diventi determinante solo nei casi in cui l'adozione è già stata costituita: in un rapporto già consolidato all'estero (come nei casi *Fretté* e *X e altri*), il mancato riconoscimento dell'adozione comporterebbe, infatti, conseguenze gravi sul minore, sulla sua identità e sulla sua vita personale e familiare.

Tale soluzione è stata confermata nella sentenza concernente l'adozione posta in essere da una *single* eterosessuale, nel caso *Wagner*²¹, nell'ambito della quale, la Corte perviene alla conclusione che le autorità lussemburghesi abbiano violato sia gli articoli 6 e 8 che l'art. 14 della CEDU non riconoscendo una sentenza peruviana di adozione a favore di una cittadina lussemburghese non coniugata²², in considerazione della situazione che si sarebbe venuta a creare in capo alla minore, che comunque nel paese di origine aveva interrotto i legami con la famiglia naturale per effetto della pronuncia del provvedimento da riconoscere (D'Avout 2008, 187; Flauss 2007, 1920; Kinsch 2007, 807; Marchadier 2007, 2700; Pirrone 2009, 151).

²⁰ Sentenza 19 febbraio 2013, *X e a. c. Austria*, ricorso n. 19010/07.

²¹ Sent. 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01.

²² La sentenza, di cui si chiedeva il riconoscimento in Lussemburgo, non aveva richiamato la legge competente secondo il diritto internazionale privato lussemburghese, che, tramite l'operatività del collegamento della cittadinanza dell'adottante, avrebbe determinato l'applicazione dell'art. 367 del codice civile. Questa norma stabilisce che l'adozione 'piena' possa essere pronunciata solo a favore di coppie coniugate e non di singoli, i quali possono ottenere esclusivamente l'adozione 'semplice', che però, a differenza dell'adozione piena, da una parte non interrompe i legami giuridici tra l'adottato e la sua famiglia di origine, dall'altra non integra del tutto l'adottato nella famiglia d'adozione.

Tale orientamento viene poi ulteriormente sviluppato nella sentenza pronunciata nel caso *Negrepontis – Giannisis*²³, in cui l'art. 8 CEDU è chiaramente considerato quale controlimite all'ordine pubblico, richiamato dalle autorità greche per negare il riconoscimento di una sentenza statunitense di adozione in ragione del fatto che l'adottante era un monaco ortodosso (Franzina 2011, 609). Il diritto all'identità personale dell'adottato che vede pregiudicata la possibilità di continuare a utilizzare il nome d'uso, in seguito al mancato riconoscimento del provvedimento di adozione, viene ritenuto prevalente rispetto al divieto di adozione previsto dal sistema giuridico greco nei confronti dei religiosi (Kinsch 2011, 820 e ss.).

Appare dunque evidente che, nell'opinione della Corte di Strasburgo, l'esigenza di tutelare lo *status* acquisito tramite l'adozione, soprattutto nel caso in cui sia quello di un minore, con specifico riguardo a tutte le conseguenze ad esso ricollegabili (alimentari, ereditarie, identitarie, ecc.), riduce inevitabilmente la discrezionalità dello Stato in merito ai limiti opponibili al riconoscimento di tali adozioni, e più in generale ridimensiona il tradizionale limite internazionalprivatistico dell'ordine pubblico. La Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea il ruolo della c.d. «realità sociale», del legame affettivo instauratosi all'estero, rispetto alle politiche legislative nazionali volte a promuovere la famiglia fondata sul matrimonio e afferma che «l'interprétation par le juge [...] de la notion d'ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée»²⁴.

La necessità di tutelare lo *status* di figlio è stata considerata dalla Corte europea anche relativamente alle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche se a tale riguardo inizialmente la stessa Corte ha dimostrato particolare cautela nella valutazione dell'interesse del minore, non riscontrando ad es. la violazione dell'art. 8 della CEDU, relativamente a una negata possibilità di accesso alle tecniche di procreazione artificiale a una coppia inglese costituita da un detenuto quarantenne e da una donna più matura che alla fine della pena detentiva del compagno avrebbe avuto 51 anni²⁵. Decisiva, in tal caso, la considerazione che porre le premesse per la realizzazione di un progetto genitoriale in cui sia coinvolto un detenuto avrebbe significato negare a un minore una vita familiare normale (Codd 2006, 110; Jackson 2007, 239).

²³ Sentenza 3 maggio 2011, *Negrepontis – Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08.

²⁴ Sentenza 3 maggio 2011, *Negrepontis – Giannisis c. Grecia*, cit., par. 90.

²⁵ Sentenza 18 aprile 2006, *Dickson v. Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; si v. in particolare la *concurring opinion* del giudice Bonello, par. 15: «The particular circumstances of this case lead me to believe that permitting offspring to be born to the applicants would not be fostering the best interests of the desired child. It would, on the contrary, be injurious to the 'rights of others'».

In seguito, la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani, nel caso *H. S. c. Austria*²⁶ non rileva, anche alla luce del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in un ambito particolarmente delicato e controverso come quello in esame, alcuna violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU nel divieto previsto entro la legge austriaca del ricorso ad alcune forme di fecondazione eterologa, nel caso rilevante nell'ambito di procedure di procreazione assistita richieste da due coppie eterosessuali infertili. Il ragionamento della Grande Camera attribuisce particolare rilievo al margine di apprezzamento nazionale, nel regolare questioni attinenti alla procreazione medicalmente assistita. La Corte, pur riconoscendo che tale margine si assottiglia quando un aspetto essenziale della vita dell'individuo è coinvolto (e quello di formare una famiglia attraverso il concepimento di un figlio rientra certamente tra questi), ribadisce che, qualora la questione interessi aspetti etico-sociali particolarmente sensibili, lo stesso margine di discrezionalità goduto dagli Stati nel bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti non può che allargarsi, anche alla luce della rilevata mancanza, sul piano europeo, di un consenso in materia di fecondazione assistita eterologa o di utilizzo di «madri in affitto» (Scherpe 2012, 276; Viviani 2012, 179).

Nei casi *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*²⁷, la Corte di Strasburgo afferma la violazione del diritto al rispetto della vita privata dei figli (art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo) da parte delle autorità francesi, che impediscono a due minori, nati da procedure di surroga di maternità, poste in essere negli Stati Uniti, di vedere rispettato il diritto alla identità personale, non consentendo la trascrizione dei loro certificati di nascita esteri nei registri di stato civile francesi, in ragione del divieto di surroga di maternità, previsto entro l'ordinamento francese (art. 16-7 code civil: «toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»). La Corte interviene in maniera chiaramente orientata a tutelare il diritto dei minori nati da maternità surrogata a vedere riconosciuto il loro legame di filiazione, in ragione del fatto che «le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain»²⁸. È significativo che la Corte precisi che l'art. 8 della CEDU trovi applicazione con riguardo all'identità personale e non rispetto alla vita familiare, che le minori coinvolte nei casi vedono limitata dalla mancata registrazione degli atti di nascita nei registri dello stato civile (Tonolo 2015, 202), ma la Corte ritiene tali limiti compatibili con il margine di apprezzamento lasciato agli Stati europei, considerando pertanto legittimo il rifiuto da parte delle autorità francesi di trascrivere l'atto di

²⁶ Sentenza 3 novembre 2011, *H.S. e a. c. Austria*, ricorso n. 57813/00.

²⁷ Sentenza 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, e *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65942/11.

²⁸ Sentenza 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, cit., par. 38.

nascita nei confronti del genitore (nel caso di specie la madre) privo del legame biologico con il figlio. Successivamente, la Corte di Strasburgo sviluppa tale ragionamento affermando che la tutela del diritto alla vita privata del figlio, garantita dall'art. 8 della CEDU, comprende il diritto alla registrazione dello *status filiationis* rispetto al genitore titolare del legame biologico ma non rispetto all'altro, con la motivazione, espressa anche nell'ambito di altri casi²⁹ (Winkler 2015, 245), e ripresa nel parere del 10 aprile 2019 sempre originato dai casi *Labassee e Mennesson c. Francia*³⁰, che l'altro genitore c.d. "intenzionale" (nel caso specifico, la madre designata nell'atto di nascita straniero come "madre legale") possa porre in essere l'adozione del figlio del coniuge/compagno.

L'indicazione di riconoscere il rapporto di filiazione solo in presenza del legame biologico, elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo dapprima con riguardo a casi di surroga di maternità realizzata da coppie eterosessuali è stata in seguito sviluppata in alcuni casi considerando il divieto di surroga previsto da alcuni ordinamenti come inderogabile e suscettibile di rendere la situazione dei minori nati tramite tale procedura oggettivamente diversa da quella di altri minori nati all'estero, e comunque risolvibile tramite l'adozione da parte del genitore di intenzione³¹. Con

²⁹ Sentenza 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, n. 9063/14; sentenza 19 gennaio 2017, *Laborie c. Francia*, n. 44024/13; sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, § 195, sentenza della Grande Camera, che ha peraltro rovesciato la sentenza del 27 gennaio 2015, pronunciata nello stesso caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Nel caso, pur in assenza di un legame genetico di entrambi i genitori con il minore nato tramite surroga di maternità in Russia, la Corte europea ha censurato le decisioni italiane in seguito alle quali si è disposto l'allontanamento del minore dai genitori, ritenuti inadeguati dal punto di vista educativo, con l'effetto di privare il minore della sua identità per più di due anni, ritenendo però di non incidere sul provvedimento di allontanamento per tutelare le relazioni affettive nel frattempo instaurate dal minore. Come più ampiamente chiarito dalla Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 148, e par. 157 «la Corte accetta, in determinate situazioni, l'esistenza di una vita familiare *de facto* tra un adulto e un minore in assenza di legami biologici o di un legame riconosciuto giuridicamente, a condizione che vi siano legami personali effettivi». Tuttavia, nel caso specifico «in considerazione dei fattori sopra esposti, vale a dire l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico, e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami effettivi, la Corte ritiene che le condizioni per poter concludere che esiste una vita familiare *de facto* non siano soddisfatte».

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, parere consultivo 10 aprile 2019, concernente il riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite il ricorso ad un'operazione di maternità surrogata e la madre d'intenzione, richiesta n. P16-2018-001, consultabile all'indirizzo: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%5C%22003-6380431-8364345%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5C%22OPINI%20ONS%22%5D%2C%22languageisocode%22:%5C%22FRE%22%5D%2C%22display%22:%5C%220%22%5D%7D>

³¹ Sentenza 12 dicembre 2019, *C e E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18: in questi casi, la Corte ritiene che il divieto di trascrizione degli atti di nascita esteri con l'indicazione del genitore di intenzione, non consentita alla luce del divieto francese di surroga di maternità, non sia in contrasto con le norme della Convenzione europea

riguardo ai minori nati da coppie omosessuali tramite surroga di maternità, sono tuttora pendenti alcuni casi dinanzi alla Corte europea, e sarà interessante vedere se verrà seguito lo stesso orientamento costantemente applicato per le coppie eterosessuali³². Ciò, alla luce della giurisprudenza precedentemente elaborata dalla Corte di Strasburgo, con riguardo all'adozione del figlio del partner nato tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita, rispetto alla quale si afferma che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea: ciò, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime³³ (Johnson 2012).

3. *L'orientamento della Corte Costituzionale italiana*

La Corte Costituzionale italiana è intervenuta sulla realizzazione dei progetti genitoriali basati sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), secondo due ambiti: da un lato la formazione di atti di filiazione entro l'ordinamento italiano e dall'altro lato il riconoscimento di atti di filiazione posti in essere all'estero, nel quadro di una generale attenzione alla l. 40/2004³⁴.

tutelanti i rapporti familiari, in ragione della possibile alternativa per il genitore di intenzione; 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18: in questo caso, la situazione è complicata dal fatto che la madre di intenzione era in realtà madre genetica, ma dichiarata nell'atto di nascita ucraino come madre di intenzione, motivo per il quale faceva valere tale circostanza discriminatoria dinanzi alla Corte europea.

³² *Casi Schlittner-Hay c. Polonia*, ricorso n. 56846/15 e 56849/15; *Valdis Fjolnisdottir e a. c. Islanda* ricorso n. 71552/17; *A.L. c. Francia*, ricorso n. 13344/20; *Bortolato c. Italia*, ricorso n. 35967/19.

³³ Corte eur. dir. uomo 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07. Il caso riguarda una coppia omosessuale unita da un PACS francese, all'interno della quale una delle *partners* aveva chiesto l'adozione del figlio, nato con le tecniche di fecondazione artificiale, dell'altra, le autorità nazionali avevano rifiutato l'adozione ritenendola contraria all'interesse superiore del minore: la Corte europea esclude la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevede che i conviventi abbiano diritti identici a quelli delle persone coniugate, consentendo l'adozione alla coppia sposata, ma non alla coppia unita in base ai *pacs*.

³⁴ L'attenzione della Corte costituzionale per la L. n. 40/2004 si declina in maniera significativa nell'ambito della sentenza n. 45/2005 del 13 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 626, in merito alla ammissibilità del referendum popolare per l'abrogazione della L. n. 40/2004, ritenuta invece dalla Corte «una disciplina costituzionalmente necessaria» (par. 6). Dopo l'ord. n. 369/2006, del 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 698, in cui la Corte evita di decidere sulla questione di legittimità incidentalmente proposta in merito alla previsione dell'art. 13, L. n. 40/2004 relativo al divieto di accertare mediante diagnosi pre-impianto le malattie genetiche degli embrioni da trasferire nell'utero della donna,

Il presupposto da cui muove tale evoluzione giurisprudenziale è la sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa, ammettendo così alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, L. n. 40 del 2004³⁵ (Tonolo 2014a, 81 ss.; Tonolo 2014b, 1123 ss.). Per quanto concerne lo *status* del figlio, nella sentenza 162 del 2014, la tutela della posizione dello stesso viene in considerazione con particolare riguardo all'identità genetica, rispetto alla quale la Corte si richiama alla sua precedente decisione sul parto anonimo³⁶ e, in via analogica, alla disciplina dell'adozione. La successiva sentenza n. 96 del 2015³⁷ ha considerato e consentito l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro («accertate da apposite strutture pubbliche»). Si è eliminata, con ciò, l'altra «palese antinomia» già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 28 agosto 2012, nel caso *Costa e Pavan contro Italia*³⁸. La l. 40/2004 vietava, infatti, alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della

rileva invece, per l'affermazione della necessità di tutelare il diritto alla salute della donna, la sent. 8 maggio 2009, n. 151, in *Corriere Giuridico*, 2009, 1213. Sul punto si veda inoltre l'ord. 12 marzo 2010, n. 97, in *Corriere Giuridico*, 2010, 1635, in cui si richiama la sent. n. 151/2009 per affermare l'inammissibilità della questione proposta; meno significativa l'ord. 7 giugno 2012, n. 150, in *Foro it.*, 2012, I, 2249. In tale ultima ordinanza, la Corte restituisce gli atti ai giudici rimettenti, alla luce del mutato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. c. Austria* del 3 novembre 2011, ric. 57813/00.

³⁵ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, *www.giurcost.org*, par. 3.2 diritto.

³⁶ Corte cost. 18 novembre 2013, n. 278, sul parto anonimo. In questa sentenza la Corte sancisce l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 28, comma 7, L. n. 184/1983, nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale per i minorenni di Catanzaro, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 117, comma 1, Cost. Sul tema, la Corte si ricollega alla rilevante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nella sentenza 25 settembre 2012, nel caso *Godelli contro Italia*, ricorso n. 33783/09, ha dichiarato che la normativa italiana rilevante violi il predetto art. 8 della Convenzione, non adeguatamente bilanciando fra loro gli interessi delle parti contrapposte.

³⁷ Corte cost. 14 maggio 2015, n. 96, in *Giur. cost.*, 2015.

³⁸ Sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ricorso n. 54270/10.

legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)»³⁹.

Quanto ai titolari del diritto alle genitorialità, la Corte, nella sentenza 162 del 2014, ritiene che l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa non «determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto», riguardando la stessa esclusivamente le ipotesi già considerate per la fecondazione omologa all'art. 5, n. 1, L. n. 40/2004, in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute: «nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi... quindi alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»⁴⁰. Si esclude pertanto che il diritto alla genitorialità possa estendersi a donne non coniugate e a coppie omosessuali. Tuttavia poiché la disciplina della fecondazione eterologa e surroga di maternità è differente nei vari Paesi, era facile prevedere che alcuni cittadini italiani dello stesso sesso si recassero all'estero per realizzare il loro progetto di genitorialità e ne chiedessero poi il riconoscimento in Italia. Alla luce delle indicazioni della Corte sulla necessità di tutelare lo *status* di figlio, sono infatti aumentate le richieste di trascrizione di atti di nascita esteri realizzati tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita, una volta caduto il divieto di fecondazione eterologa.

In seguito alla proposizione di casi problematici per gli ufficiali di stato civile italiani e per la giurisprudenza competente nel quadro della procedura prevista dal d.P.R. n. 396/2000⁴¹ per la trascrizione degli atti esteri, la Corte costituzionale ha però mantenuto fermo il proprio orientamento nel rigettare come infondate le questioni di costituzionalità che riguardavano la discriminazione delle coppie omosessuali che chiedevano accesso alle tecniche di PMA, come nel caso della sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221⁴², originata dalle azioni instaurate dinanzi ai Tribunali di Pordenone e di Bolzano da due coppie di donne, unite civilmente le une, e sposate le altre in Danimarca con matrimonio trascritto come unione civile in Italia. Rilevante in tal senso anche l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo precedentemente esaminata⁴³.

Il tema dei legittimati alla richiesta di formazione di un atto di nascita tramite tecniche di PMA ritorna nella sentenza della Corte cost. n. 237 del 2019⁴⁴. Nel caso, si tratta però della formazione di un atto di nascita

³⁹ Corte cost. 14 maggio 2015, n. 96, cit., par. 9 diritto.

⁴⁰ Corte cost. 10 giugno 2014 n. 162, cit., par. 11.1 diritto.

⁴¹ D.P.R. n. 396/2000, del 3 novembre 2000, in *G.U.*, s.o. al n. 303 del 30 dicembre 2000.

⁴² Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *CorG*, 2019, 1460.

⁴³ Si veda sul punto *supra* il par. 2.

⁴⁴ Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. e dir.*, 2020, 325 ss.

in Italia su richiesta di due donne, una cittadina italiana, madre intenzionale, e una cittadina statunitense, madre gestazionale, che avevano fatto ricorso alla fecondazione eterologa in Danimarca e il consenso della madre intenzionale era stato prestato in quella sede⁴⁵. La Corte ritiene la questione inammissibile per un'erronea prospettazione del tribunale che non considera le norme di applicazione necessaria (art. 33, comma 4, L. n. 218/1995 e art. 36-*bis*, L. n. 218/1995)⁴⁶.

In maniera analoga, con la sentenza n. 230/2020, la Corte interviene sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Venezia in merito alla L. n. 76/2016 sulle unioni civili⁴⁷ e al d.P.R. n. 396/2000, rispetto agli artt. 2 e 3 Cost. e, tramite l'art. 117 Cost., rispetto agli artt. 24, par. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, agli artt. 8 e 14 della CEDU, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo⁴⁸, con riguardo ai diritti del nato tramite procreazione medicalmente assistita da una donna italiana, unita civilmente con la sua compagna, anche essa cittadina italiana, in un caso in cui il procedimento da cui è originata la nascita è stato posto in essere all'estero. La Corte ritiene inammissibili tali questioni per il fatto che la procreazione medicalmente assistita può essere attuata in base alla legge italiana solo da coppie di sesso diverso. La Corte respinge la questione di incostituzionalità del combinato disposto delle norme della L. n. 76/2016, che esclude l'operatività delle norme sulla filiazione con riguardo ai membri delle unioni civili e rende conseguentemente impossibile applicare ad esse l'art. 29, d.P.R. n. 396/2000, alla luce del dibattito, intercorso all'epoca, sull'estensione dell'adozione ai membri delle unioni civili. Pertanto per tutelare la situazione dei nati da tali tecniche, la Corte rimette l'intervento al legislatore italiano

⁴⁵ L'ufficiale di stato civile del comune di Pisa si rifiuta di ricevere la dichiarazione delle madri, circostanza dalla quale trae origine il ricorso al Tribunale di Pisa che pone la questione di legittimità costituzionale degli artt. 449 c.c., 29, comma 2, e 44, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 250 c.c. e artt. 5 e 8, L. n. 40/2004, per il fatto di non consentire la formazione in Italia di un atto di nascita in cui vengono riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33, L. n. 218/1995.

⁴⁶ Art. 33, comma 4, L. n. 218/1995: Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio. Art. 36-*bis*, L. n. 218/1995: Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che: *a*) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale; *b*) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio; *c*) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio.

⁴⁷ L. 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *G.U.*, 21 maggio 2016 n. 118.

⁴⁸ La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata a New York, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. n. 176/1991, in *G.U.*, n. 135 del 11 giugno 1991 - Suppl. Ordinario n. 35.

richiamando l'art. 44 l. adozione⁴⁹, aprendo così uno spiraglio al progetto di genitorialità delle coppie omosessuali, tramite l'affermazione che l'esclusione dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali sia il frutto di una scelta di politica legislativa contingente, contestualizzata e dunque modificabile, in quanto ancorata a un quadro di riferimento culturale legittimo ma non universalmente condiviso.

L'orientamento della Corte viene poi successivamente sviluppato nelle sentenze gemelle n. 32 e 33 del 2021⁵⁰, che, seppure in casi differenti – anche se entrambi concernenti atti di nascita da procreazione medicalmente assistita – raggiungono la medesima conclusione sottolineando il valore dell'atto di nascita come istituto rivolto ad attribuire efficacia giuridica al rapporto genitoriale.

Nella sentenza n. 32, rileva la genitorialità di una madre intenzionale che aveva prestato il proprio consenso alla fecondazione eterologa della propria compagna e aveva pertanto chiesto al Tribunale di Padova l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale di stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8, L. n. 40 del 2004 o di essere dichiarata tale per aver prestato il proprio consenso alla fecondazione eterologa ai sensi dell'art. 6, L. n. 40 del 2004, o infine di essere autorizzata a riconoscere davanti all'ufficiale di stato civile le minori quali proprie figlie ai sensi dell'art. 250, comma 4, c.c., in luogo del consenso da lei stessa prestato e rifiutato dalla madre, che ne aveva dichiarato la nascita e le aveva riconosciute, all'atto della crisi del rapporto intercorrente con la compagna. Si pone pertanto il problema di costituzionalità di tali disposizioni rispetto agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, e agli artt. 8 e 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tramite il richiamo dell'art. 117 Cost. Nella sentenza n. 33, viene in considerazione la genitorialità di due padri, cittadini italiani, coniugati in Canada (British Columbia), che chiedono la trascrizione in Italia del provvedimento canadese che modifica l'atto di nascita estero, indicando entro lo stesso non solo il padre biologico, ma anche il padre c.d. di intenzione. La Cassazione, investita della questione dall'impugnazione del Sindaco di Verona rispetto alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia, pone la questione di costituzionalità dell'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, dell'art. 64, L. n. 218/1995, e dell'art. 18, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, tramite l'art. 117 Cost. rispetto agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e con riguardo all'art. 24 della Carta dell'Unione europea dei diritti fondamentali⁵¹, nonché rispetto agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

⁴⁹ Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, par. 9.1 diritto.

⁵⁰ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *infra* in questa stessa voce e in *Corriere Giuridico*, 2019, 8-9, 1034 e ss.

⁵¹ La Carta è stata proclamata da Parlamento europeo, Commissione e Consiglio, a Nizza, il 7 dicembre 2000; con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona questa versione è

Nella sentenza n. 32 del 2021, viene dichiarata inammissibile la questione concernente la legittimità degli artt. 8 e 9, L. n. 40 del 2004 e dell'art. 250, comma 4, c.c., rispetto alle norme evocate dal giudice *a quo*, sulla base di motivazioni analoghe a quelle sottese alla sentenza n. 230/2020, cui si fa riferimento per ribadire l'esclusione dell'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso⁵². In tale ultimo caso, però, forse per la coincidenza temporale della pronuncia di tale sentenza con la gemella n. 33 del 2021, in cui ricorrono ben più complessi profili giuridici internazionalprivatistici, la Corte ha prestato grande attenzione al superiore interesse del minore, come declinato nelle fonti internazionali, preannunciando «l'urgenza di una 'diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale', invocando l'intervento del legislatore».

Nella sentenza n. 33 del 2021, la Corte esamina diverse questioni, partendo dalla necessità di tener fede al divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata⁵³, che quindi supporta la decisione di inammissibilità della proposta questione di legittimità costituzionale, rispetto alla quale viene ampiamente esposto il ragionamento di tutelare l'interesse del minore con un intervento legislativo adeguato. Osserva la Corte come «non v'è dubbio, in proposito, 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 il riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata»⁵⁴. Seguendo questo ragionamento, pare interessante l'affermazione secondo la quale la soluzione alternativa, suggerita anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero l'adozione del minore da parte del genitore intenzionale «[...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati»⁵⁵. L'adozione in casi particolari, infatti, non attribuisce la

stata sostituita con quella proclamata da tali istituzioni a Strasburgo il 14 dicembre 2007, «avente lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, par. 1, Trattato UE). Fondamentale è la tutela del superiore interesse del minore come principio centrale della Carta, richiamato peraltro da un'ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, entro la quale si veda ad es. Corte di Giustizia UE 5 ottobre 2010, in causa C-400/10, *J. McB*, par. 60, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 500 ss.

⁵² Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, par. 2.4.1.3 diritto.

⁵³ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.6, diritto.

⁵⁴ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.4, diritto.

⁵⁵ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.8, diritto.

genitorialità all'adottante e il completo inserimento dell'adottato nella famiglia dell'adottante. Pertanto la Corte rimette al legislatore il 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 legittimità finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori»⁵⁶.

Nell'ambito dell'ampia motivazione alla sentenza n. 33/2021, sorprende la contrapposizione tra ordine pubblico e superiore interesse del minore; si delinea un problematico contrasto tra il riconoscimento dell'unicità di *status* del minore, che appare essere un principio di ordine pubblico, e la natura imperativa del divieto di maternità surrogata, affermata sin dalla sentenza n. 45/2005 ove la L. n. 40/2004 viene definita come «costituzionalmente necessaria»⁵⁷. La Corte non trova, però, la soluzione della tutela del superiore interesse del minore nell'operatività dell'ordine pubblico, che consentirebbe invece la declinazione effettiva di tale principio, ma rimette la necessità di tutelare i minori nati da surroga di maternità al legislatore, evidenziando anche la non completa coerenza a tal fine dell'art. 44 della legge 183/84⁵⁸. È dunque legittimo chiedersi se la protezione giurisprudenziale così attuata degli interessi dei figli sia adeguata alla rilevanza costituzionale e internazionale degli stessi; sembra quasi che il diritto allo *status* di filiazione sia condizionato alla necessità di sanzionare la condotta dei genitori per il ricorso della maternità surrogata all'estero (Tonolo 2021, 1043 ss.). Al riguardo, pare opportuno ricordare che il tema della contrapposizione tra la sanzione dei progetti di genitorialità illegittima e la tutela dello *status* dei minori era già stato affrontato nel caso dei figli incestuosi: a tale riguardo, la Corte costituzionale aveva superato il tema della sanzione della condotta dei genitori consentendo il riconoscimento dello *status* ai figli⁵⁹, ponendo le premesse per la riforma dell'art. 251 c.c.

Condivisibile appare l'analisi della Corte costituzionale rispetto all'alternativa dell'adozione in casi particolari, meno condivisibile la rimessione al legislatore della soluzione della tutela dei minori nati da surroga di maternità, ribadita peraltro, come si è detto, anche nella sentenza n. 32 del 2021. Ciò, in ragione del fatto che, nella maggior parte dei casi, i

⁵⁶ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9, diritto.

⁵⁷ Corte cost. 13 gennaio 2005, n. 45, cit., par. 4, diritto.

⁵⁸ È curioso notare come nella sent. 15 novembre 2019, n. 237, cit., concernente il caso di due donne, una italiana e l'altra statunitense, che chiedono la formazione dell'atto di nascita da surroga in Italia, la Corte richiami un altro limite tradizionalmente operante nel diritto internazionale privato, seppure per dichiarare la questione inammissibile, ovvero quello delle norme di applicazione necessaria rilevanti in tema di filiazione, che non sarebbero state prese in esame dal giudice *a quo*. La Corte quindi evidenzia una certa sensibilità per le soluzioni internazionalprivatistiche, sfiorando temi che potrebbero condurre a una soluzione giurisprudenziale.

⁵⁹ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro it.*, I, 1053, e in *Familia*, 2003, 841.

nati da maternità surrogata vengono concepiti nell'ambito delle coppie omosessuali, e rispetto a tali coppie le scelte normative operate in Italia, all'atto dell'emanazione della L. n. 76/2016, non sembrano presupporre ora una possibile definizione positiva del riconoscimento dello *status* di figlio (Biagioni 2017, 496 ss.; Lopes Pegna 2017, 527 ss.), essendo stata esclusa entro tale normativa l'adozione delle coppie omosessuali⁶⁰. Peraltro pare opportuno osservare che in altri casi in cui era in discussione la tutela di valori fondamentali, non adeguatamente considerati dal legislatore, la Corte ha rimesso la valutazione a quest'ultimo in maniera alquanto stringente ovvero rinviando la trattazione della questione di costituzionalità al fine di consentire al Parlamento «ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale», nel noto caso del suicidio assistito di DJ Fabo⁶¹.

Difficile ritenere, nel caso dei bambini nati da surroga di maternità, che i valori fondamentali in gioco non siano così rilevanti da stimolare il legislatore in maniera più stringente di quanto sia stato in realtà effettuato nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021. Visto che la Corte aveva anche affermato che l'esclusione delle coppie omosessuali dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita era frutto di una scelta politica legislativa, maturata all'interno di una legge marcatamente espressiva di una delle soluzioni possibili in un campo eticamente sensibile, suscetti-

⁶⁰ La L. 20 maggio 2016, n. 76, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» (in *G.U.*, 21 maggio 2016, n. 118), precisa all'art. 1, comma 20, che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono [...] si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente, [...] nonché alle disposizioni di cui alla L. 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.

⁶¹ Ordinanza n. 207/2018 del 24 ottobre 2018 depositata il 16 novembre 2018, rinviando il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale al 25 settembre 2019. Con la sentenza n. 242 del 22 novembre 2019 la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

bile di ripensamenti all'esito anche delle evoluzioni tecniche e sociali⁶², e che l'interesse del minore appare declinato dalla Corte nelle sent. 32 e 33 del 2021 come sicuramente collegato alla continuità dell'ambiente familiare, più coerente sarebbe stato invitare il legislatore a una revisione effettiva della L. n. 40/2004, analogamente a quanto effettuato nel caso DJ Fabo; in assenza di ciò, sono possibili e già si sono manifestate alcune interpretazioni costituzionalmente orientate della norma dell'art. 8 della l. 40/2004 a tutela dello stato del figlio⁶³, senza una garanzia normativamente codificata a tutela di tutti.

4. *L'orientamento della giurisprudenza italiana*

Nell'ordinamento italiano, il riconoscimento del provvedimento straniero che attribuisce lo *status* di figlio, condizione necessaria ai fini della registrazione del minore quando i genitori si trasferiscano in Italia o chiedano di esercitare l'affidamento o il diritto di visita, avviene ai sensi dell'art. 65, L. n. 218 del 31 maggio 1995, qualora detto provvedimento provenga dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata o produca effetti nell'ordinamento richiamato, purché non sia contrario all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti della difesa, ovvero ai sensi dell'art. 66 per i provvedimenti di giurisdizione volontaria (Baratta 2004, 115 e ss.). La recente giurisprudenza in materia di atti di filiazione esteri dimostra, infatti, la tendenza a favorire il ricorso all'art. 65, che concorre con l'art. 64, L. n. 218/1995, nel caso in cui l'attribuzione dello *status* di figlio venga effettuata con sentenza straniera, anziché con atto pubblico o privato riconosciuto dallo Stato⁶⁴.

Rileva, come si è detto, il contrasto dell'atto di nascita estero con il limite di ordine pubblico, attribuito dalla giurisprudenza alla norma dell'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, che vieta e sanziona penalmente la surroga di maternità, e pone pertanto problemi alla rico-

⁶² Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit., par. 13.1, diritto: «la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in *subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi sociale della fenomenologia considerata».

⁶³ Come nel caso deciso da App. Cagliari, 21 aprile 2021, concernente il rigetto dell'impugnazione di riconoscimento di figlio naturale *ex art. 95 Reg. DPR 396/2000*, effettuato dalla madre di intenzione rispetto al figlio nato dalla compagna tramite fecondazione eterologa posta in essere all'estero; centrale nella sentenza la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. 40/2004, in seguito alla sentenza 32/2021 della Corte costituzionale.

⁶⁴ Per l'interpretazione, prevalente in giurisprudenza del carattere complementare delle procedure previste negli artt. 64 e 65, L. n. 218/1995, Cass. civ. 28 maggio 2004, n. 10378, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 129.

noscibilità del provvedimento estero di filiazione⁶⁵. La recente affermazione di tale carattere nell'ambito della sentenza della Cassazione (SS. UU. civ.) del 6 novembre 2018, depositata l'8 maggio 2019, n. 12193⁶⁶, chiude il dibattito da tempo aperto sulla natura del divieto di surroga di maternità sancito dall'art. 12, L. n. 40/2010 (Baruffi 2020). Diversa è invece la soluzione adottata in merito agli atti di nascita derivanti da fecondazione eterologa, e pertanto trascritti in Italia, nei noti casi dei figli delle due madri⁶⁷.

Più in generale, è noto che nell'ordinamento italiano i casi di trascrizione degli atti di nascita esteri hanno determinato vari problemi, ampiamente analizzati dalla dottrina (Baratta 2016, 309; Tonolo, 2017, 1070; Marongiu Buonaiuti, 2017, 1141 ss.), alcuni anche di rilevanza penale, quali ad es. le condanne per il reato di alterazione di stato *ex art.* 567, comma 2 c.p., o per il reato previsto dall'art. 71, L. n. 184/1983, che incrimina le condotte di affidamento definitivo di un minore a terzi in violazione delle norme di legge in materia di adozione⁶⁸.

Si tratta di casi problematici anche nel confronto con quanto accade entro altri ordinamenti, come evidenziato dal fatto che accanto alla registrazione dell'atto di nascita estero, previsto in sedici dei diciannove Stati membri del Consiglio d'Europa nell'ambito dei quali la surroga di maternità è tollerata o ammessa (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaigian, Belgio, Georgia, Grecia, Moldavia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Regno Unito, Repubblica di Macedonia del Nord e Ucraina), e in sette dei ventiquattro, entro i quali la surroga è vietata (Germania, Austria, Finlandia, Islanda, Malta, Norvegia e Turchia), è possibile far stabilire o riconoscere il legame di filiazione con i genitori c.d. intenzionali tramite una procedura giudiziaria, diversa dalla adozione in diciannove Stati tra quelli nell'ambito dei quali la surroga per maternità è consentita o tollerata e nei nove dei ventiquattro nell'ambito dei quali essa è vietata. L'adozione è possibile in cinque degli Stati che ammettono o tollerano la surroga di maternità (Albania, Belgio, Paesi

⁶⁵ Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 427 ss.: in questo caso si trattava di minore nato in Ucraina e dichiarato figlio di genitori eterosessuali entrambi privi di legame genetico con lo stesso.

⁶⁶ Cass. civ. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corriere Giuridico*, 2019, 1110 ss.

⁶⁷ Cass. civ. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 813 ss.; Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 408 ss.: in quest'ultimo caso l'attribuzione della genitorialità alla compagna della madre gestazionale avviene anche in assenza di legami biologici della prima con il figlio.

⁶⁸ Si veda ad es. Trib. Trieste 6 giugno 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000064963>. Nel caso il reato si sarebbe determinato dalla trascrizione in Italia di certificati di nascita ideologicamente falsi, in quanto relativi a due gemelli nati in Ucraina da madre surrogata, di cittadinanza ucraina, ma recanti indicazione della madre italiana già all'atto della certificazione formato dall'ufficio di stato civile di Zythomir.

Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca), e in dodici dei ventiquattro che la vietano (Germania, Bulgaria, Croazia, Estonia, Spagna, Finlandia, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Slovenia, Svezia e Turchia); ciò soprattutto con riguardo ai genitori che non hanno alcun legame genetico con i minori⁶⁹.

Nell'ordinamento italiano, la trascrizione degli atti esteri di nascita ha riguardato, come noto, vari progetti di genitorialità di coppie omosessuali, determinando una giurisprudenza che distingue le soluzioni in base alla fattispecie posta alla base degli atti di nascita, ovvero tra atti derivanti da fecondazione eterologa in caso di donne aspiranti genitori, e da surroga di maternità rispetto a uomini aspiranti genitori, con la conseguenza di giungere a soluzioni che discriminano i nati in base alla procedura utilizzata dai genitori, e i genitori in base a ragioni fisiologiche. Con riferimento ai genitori entrambi uomini, è evidente la situazione di svantaggio rispetto ai genitori di sesso femminile, dato che il divieto penalmente sanzionato di surroga di maternità e la configurazione dello stesso entro l'art. 12, L. n. 40/2004 come norma di ordine pubblico, ha escluso la trascrivibilità degli atti esteri di nascita, ponendo la necessità di ricercare soluzioni alternative, come nella sentenza della Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019.

Con riguardo ad atti di nascita derivanti da procreazione medicalmente assistita, non ascrivibili alla surroga di maternità, ma alla fecondazione eterologa, la trascrizione è infatti stata ritenuta possibile nei casi dei c.d. "figli delle due madri"⁷⁰, anche in assenza di legami biologici di una delle due madri con il figlio⁷¹, a differenza di quanto ritenuto dalla Cassazione per la formazione degli atti di nascita da procreazione medicalmente assistita in Italia, rispetto ai quali la Cassazione ha ritenuto fondamentale la prescrizione dell'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004, per escludere la possibilità del ricorso a tali tecniche da parte delle coppie omosessuali⁷², indicazione talora disattesa dalla giurisprudenza di merito che ha declinato l'interesse del minore con riferimento alla necessità di vedere indicato anche il genitore di intenzione nell'atto di nascita⁷³. Nel caso delle

⁶⁹ *A Comparative Study in the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Doc. PE 474.403 del 15 maggio 2013, in [http://www.europarl.europa.eu/thinkthank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)](http://www.europarl.europa.eu/thinkthank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)).

⁷⁰ Cass. civ. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 813 ss.; Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 408 ss.

⁷¹ Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, cit., 408 ss.

⁷² Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029; Cass. civ., 3 aprile 2020, n. 7668; Cass. civ., 16 giugno 2021, n. 23320.

⁷³ Trib. Roma, decr. 18 aprile 2021, in un caso concernente una dichiarazione di riconoscimento *ex art. 254 c.c.* effettuata dinanzi l'ufficiale di stato civile di un comune diverso da quello di nascita e che il tribunale ha ritenuto annotabile nell'atto di nascita nonostante il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di tale comune, stante l'assenza di discrezionalità dell'ufficiale che riceve l'annotazione effettuata da un altro ai sensi degli art. 42 e 102 del d.P.R. 396/2000; App. di Cagliari, decr. 29 aprile 2021. In alcuni casi si

trascrizioni degli atti di nascita esteri, un provvedimento straniero che riconosca lo *status filiationis* in relazione ad una coppia omosessuale può determinare l'effetto della filiazione (derivante da fecondazione eterologa) nello Stato italiano, grazie anche a una diversa lettura dell'ordine pubblico (Feraci 2017, 169 *ess.*). L'efficacia del provvedimento si impone se l'atto è validamente formato all'estero e non contrasta con i diritti fondamentali sanciti nella Costituzione (Salerno 2019, 47 *ss.*). Anche recentemente la Cassazione ha infatti distinto i due casi spiegando che «le limitazioni previste dalla legge n. 40 del 2004 costituiscono infatti espressione non già di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche, la cui individuazione, avente portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni»⁷⁴.

Nel caso della filiazione da surroga di maternità, la Cassazione, invece, richiamando la natura di ordine pubblico della norma dell'art. 12, comma 8, L. n. 40/2004⁷⁵, ha di recente affermato la necessità di risolvere il diritto dei figli al riconoscimento del loro *status* tramite procedimenti diversi dal riconoscimento dei provvedimenti esteri di nascita, quale ad es. l'«adattamento» delle norme in materia di adozione. Evidente allora il nesso motivazionale con la sentenza n. 19599/2016, rispetto alla quale la contiguità risulta definita dalla considerazione che la illegalità della surroga di maternità non può ripercuotersi sul destino del nato, al quale deve essere garantito lo *status filiationis* e la continuità affettiva (Di Biase 2018, 841).

Appare inoltre evidente l'influenza del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019, emanato appena un mese prima del deposito della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana⁷⁶. Pur non essendo espressamente citato nella motivazione, non potendo nemmeno esserlo, risalendo formalmente la decisione della Cassazione al novembre del 2018, e pur non avendo l'Italia ratificato il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul quale si fonda la competenza consultiva della Corte di Strasburgo (il parere peraltro non è vincolante nemmeno negli Stati aderenti al Protocollo – sino

è invece seguita l'indicazione che a tutela dell'interesse del figlio occorra un intervento del legislatore che superi il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso, come nel caso di Trib. di Pisa, 6 maggio 2021.

⁷⁴ Cass. civ., 16 giugno 2021, n. 23319.

⁷⁵ Cass. civ., SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. in cui si risolve in maniera non del tutto priva di qualche criticità la questione posta da due sentenze concernenti temi diversi (Cass. civ. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., in tema di filiazione, e Cass. civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1049 *ss.*, in tema di riconoscimento di sentenza di condanna a *punitive damages*).

⁷⁶ Sul quale si v. *supra* il par. 2.

ad ora: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, Slovenia, Ucraina), è chiara l'importanza interpretativa dello stesso. Nella sentenza della Cassazione, si ribadisce la necessità di garantire la continuità dello *status filiationis*, suggerendo la possibilità di attribuire rilievo al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184 del 1983. Allargandosi la nozione di ordine pubblico, che viene così a ricomprendere ora con certezza la norma che vieta la surroga di maternità, ed apparendo necessario individuare un'alternativa per garantire lo *status filiationis*, la Cassazione conferma la necessità dell'adattamento suggerito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo all'interpretazione flessibile della clausola che consente di porre in essere tale tipologia di adozione, subordinandola alla «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi «non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo»⁷⁷.

5. Osservazioni conclusive

Dopo alcuni mesi dalle pronunce gemelle della Corte Costituzionale, n. 32 e 33 del 2021, non è intervenuta alcuna modifica normativa volta a tutelare i figli nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita all'estero, a conferma del fatto che l'invito al legislatore contenuto entro tali pronunce non era – come si è detto⁷⁸ – così motivatamente stringente.

Si è tuttavia posta l'esigenza di tutelare i minori che nel frattempo nascono incolpevolmente, e a tal fine pare ora opportuno esaminare alcune alternative che si prospettano dall'analisi della giurisprudenza successiva alle sentenze della Corte Costituzionale, e in particolare dalla sentenza della Cass. civ., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006, concernente la genitorialità di due uomini realizzata tramite surroga di maternità e successivo provvedimento di adozione previo consenso dei genitori naturali, pronunciato dalla *Surrogate Court* dello Stato di New York. Nel provvedimento che incide sull'atto estero di nascita – adozione a favore di una coppia di uomini di cui uno cittadino americano e l'altro cittadino italo-americano rispetto a un minore nato tramite surroga e senza legame genetico con i due aspiranti genitori – si dà atto non solo del consenso dei genitori naturali, ma anche delle procedure seguite, che hanno rispettato il diritto di difesa di tutti i soggetti coinvolti. Si ritiene possibile la trascrizione del provvedimento estero di adozione incidente sull'atto di nascita da surroga, una volta accertato che essa è conforme

⁷⁷ Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 451 ss.

⁷⁸ Si v. *supra* par. 3.

all'ordine pubblico internazionale, con riferimento agli effetti che l'atto è destinato a produrre nel nostro ordinamento, e non con riferimento al suo contenuto e alla conformità della legge estera alla legge italiana. Si richiama, nel caso specifico, la nozione di ordine pubblico di cui alla sentenza n. 12193/2017, che consente di implementare principi universalmente riconosciuti quale il diritto alla continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare⁷⁹, come peraltro già riconosciuto dalla Cassazione con la sentenza n. 14007 del 2018⁸⁰ relativa alla trascrizione di una sentenza francese con cui era stata pronunciata l'adozione piena ed incrociata dei figli biologici, minori, di due donne cittadine francesi coniugate in Francia e residenti in Italia. Si tratta di una indicazione ormai costante in ordine al riconoscimento delle adozioni alle coppie omosessuali, fondata sulla considerazione del superiore interesse del minore, inteso in maniera evolutiva, ovvero non secondo l'interpretazione da taluni prospettata, come necessità di crescere in una famiglia tradizionale in cui sono definiti chiaramente i ruoli dei genitori, bensì quale interesse, più ampiamente inteso, a non venire privato delle relazioni interpersonali già costituite (all'estero) tramite il rapporto di adozione, dopo aver già interrotto i rapporti con la famiglia naturale (Lopes Pegna 2013, 357). Seguendo tale giurisprudenza, si è affermata in maniera molto chiara la riconoscibilità dei provvedimenti esteri di adozione omoparentale, anche se concernenti adottanti italiani⁸¹; pare dunque essa lo stimolo più significativo⁸², rispetto alle caute aperture offerte dalle sentenze italiane concernenti l'affidamento di minori a persone omosessuali⁸³, a conferma dell'osmosi interpretativa che ha influito

⁷⁹ Cass. civ. 31 marzo 2021, n. 9006, par. 16.2.

⁸⁰ Cass. civ. 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.*, 2018, 2375 ss.

⁸¹ Cass. civ., Sez. I, sent., 16 giugno 2017, n. 14987, in <http://www.dirittifondamentali.it/media/1954/cass-civ-n-14987-2017.pdf>; Trib. minorenni Firenze, decreto 7 marzo 2017, n. 211/2015 e Trib. minorenni Firenze, decreto 7 marzo 2017, n. 212/2015 (in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Trib-min-fi-1.pdf>) e Trib. minorenni Firenze, decr., 7 marzo 2017, n. 105/2015, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Trib-min-fi-2.pdf>.

⁸² Ciò, nonostante la cautela della Corte, che, nella sent. 7 aprile 2016, n. 76, in *Riv. dir. int.*, 2016, 950 ss., ha ritenuto di non decidere, dichiarando l'inammissibilità della questione concernente gli artt. 35 e 36, L. n. 184/1983, per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. (quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), nel caso concernente il riconoscimento della sentenza estera di adozione del minore figlio del coniuge omosessuale, in ragione della cittadinanza straniera di tutti i soggetti coinvolti al momento della pronuncia dell'adozione, pur avendo l'adottante acquisito la cittadinanza e residenza in Italia, al momento dell'instaurazione del procedimento volto a ottenere il riconoscimento della sentenza estera dinanzi al Tribunale dei minorenni di Bologna.

⁸³ Cass. civ., Sez. I, sent., 11 gennaio 2013, n. 601, in <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-cassazione-prima-sezione-civile-sentenza-dell8-novembre-2012-11-gennaio-2013-n-601/>; Trib. minorenni Bologna, decr., 31 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it/7286-2/>; Trib. minorenni Palermo, decr. 4 dicembre 2013, in <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-per-minorenni-di-palermo-decreto-del-4-dicembre-2013>.

sulle soluzioni concernenti la riconoscibilità dello *status* di figlio entro gli ordinamenti nazionali.

Particolarmente significativi appaiono essere, a tale riguardo, i casi decisi dal Tribunale dei minorenni di Firenze il 7 marzo 2017, con riferimento alla riconoscibilità, in un caso, dei provvedimenti di adozione pronunciati dalla *Family Court* di Kingston-upon-Hull a favore di due uomini, cittadini italiani, coniugati nel Regno Unito (in seguito alla richiesta conversione della *civil partnership* precedentemente ivi contratta), ove risultano residenti, e ove hanno inteso adottare due minori inglesi secondo le previsioni dell'*Adoption Children Act* 2002, e, nell'altro caso, del provvedimento di adozione statunitense disposto a favore di una coppia di uomini italo-americani, residenti negli Stati Uniti, che ha posto in essere l'adozione di una minore, secondo la normativa *ivi* in vigore. In entrambi i procedimenti, il riferimento normativo è dato dall'art. 36, comma 4, L. n. 184 del 1983, secondo il quale il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione è possibile una volta verificato il rispetto dei principi della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, tra i quali, il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 24 viene ritenuto non violato (Rossolillo 2014, 245), in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «[...] che ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare *ex-art.* 8 CEDU e alle relazioni instaurate con le figure genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare [...]»⁸⁴.

Nello sviluppare il ragionamento sul controllo del limite dell'ordine pubblico ai fini della riconoscibilità dei provvedimenti esteri di adozione omoparentale, è significativo il riferimento alla giurisprudenza rilevante in tema di trascrivibilità degli atti di nascita da maternità surrogata, e, nello specifico, la considerazione ampiamente sviluppata che non è sufficiente il contrasto con una singola prescrizione normativa contenuta entro l'ordinamento italiano per definire una violazione dell'ordine pubblico. Richiamando la sentenza n. 19599/2016, in cui si è affrontato il problema della configurabile violazione dell'ordine pubblico in ragione del mancato rispetto della norma dell'art. 269, comma 3, c.c. italiano, in base alla quale può essere considerata madre solo colei che partorisce il figlio, per affermare invece la riconoscibilità dell'atto di nascita spagnolo, recante l'indicazione delle c.d. "due madri", si è infatti affermato che «un contra-

⁸⁴ Trib. minorenni Firenze, decr., 7 marzo 2017, n. 211/2015 e Trib. minorenni Firenze, decr., 7 marzo 2017, 212/2015, cit., par. 3C1. I riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sono specificamente alle sentenze *Labassee c. Francia* e *Menesson c. Francia*, e *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

sto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali».

Richiamando la giurisprudenza in materia di adozione, viene pertanto suggerito agli aspiranti genitori omosessuali di porre in essere la surroga di maternità entro gli ordinamenti ove poi sia possibile realizzare, in seguito ad essa, l'adozione del minore nato in seguito a tale procedimento, per poi riconoscere tale ultimo provvedimento in Italia, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza in materia. Ciò, con la conseguenza che le difformità economiche degli aspiranti genitori diventeranno sempre più rilevanti ai fini della attuazione dei progetti genitoriali, a meno di non individuare diverse soluzioni interpretative⁸⁵.

Rimane inoltre incerta l'attuazione del principio del superiore interesse del minore che invece, nel quadro dell'interpretazione che lo configura quale parametro "eclettico" di definizione dell'ordine pubblico, in funzione di garanzia, o portato necessario della nuova concezione c.d. "funzionale" della famiglia (Tonolo 2017, 1100), meriterebbe ancora una volta una diversa e migliore considerazione applicativa.

Sara Tonolo
Dipartimento di Scienze politiche e sociali
Università di Trieste
Piazzale Europa, 1
I-34127 Trieste
sara.tonolo@dispes.units.it

⁸⁵ Ad es. la trascrizione degli atti di nascita derivanti da forme altruistica di surroga, o l'operatività dell'art. 33, L. n. 218/1995, che richiama la legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, affermando la necessaria priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione. Seguendo il richiamo dell'art. 33, lo *status* di filiazione risultante dalla legge straniera di uno dei genitori che riconosca il legame di genitorialità a favore della coppia si estende anche al cittadino italiano legato al genitore biologico da rapporto coniugale (come nel caso della cittadina italiana unita in matrimonio celebrato nello Stato del Wisconsin - USA con la cittadina statunitense, madre gestazionale, da cui l'ordinanza del Trib. Pisa che ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 250, 449 c.c., 29, comma 2, 18, d.P.R. Stato civile, di cui alla sent. n. 237 del 2019, cit.). Tra l'altro l'art. 315 c.c. riconosce a tutti i figli il medesimo stato e anche il medesimo diritto all'accertamento dello stato; naturalmente ciò tutelerebbe i cittadini stranieri in maniera difforme dai cittadini italiani per non dire dei soggetti che siano anche in possesso della cittadinanza italiana.

Riferimenti bibliografici

- Alston, Philip. 1994. *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*. Oxford: Unicef International Child Development Centre.
- Baratta, Roberto. 2004. *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*. Milano: Giuffrè.
- Baratta, Roberto. 2016. «Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore». *Diritti umani e diritto int.*, 309-334.
- Baruffi, Maria Caterina. 2020. «Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione e altre corti». *Riv. dir. int. priv. proc.*, 290-324.
- Biagioni, Giacomo. 2017. «Unioni *same-sex* e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017». *Riv. dir. int.*, 496-526.
- Campiglio, Cristina. 2003. *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*. Padova: Cedam.
- Campiglio, Cristina. 2009. «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità». *Riv. dir. int. priv. proc.*, 589-604.
- Codd, Helen. 2006. «Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law». *Genomics, Society and Policy*, 110-115.
- D'Avout, Louis. 2008. «Arrêt Wagner et J.M.W.L. C. Luxembourg». *Journal du droit international, Clunet*, 187-198.
- Di Biase, Antonietta. 2018. «Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione». in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 839-869.
- Di Noto, Romuald. 2012. *Le droit au respect de la vie privée et familiale, nouveau paradigme en droit international privé des personnes?*, in Alleweldt, Ralf, Callsen, Raphael, e Dupendant, Anne (a cura di) *Human Rights Abuses in the Contemporary World: Tri-national Workshop*. Berne: Peter Lang Ltd. International Academic Publishers, 145-168.
- Distefano, Marcella. 2015. «Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre». *Genius*, 160-173.
- Feraci, Ornella. 2017. «Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 15999/2016». *Riv. dir. int.*, 169-181.
- Flauss, Jean-François. 2007. «Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mars - août 2007), L'exequatur des jugements étrangers». *Actualité juridique - Droit Administratif*, 1920-1926.
- Focarelli, Carlo. 2010. «La convenzione di New York e il concetto di best interests of the child». *Riv. dir. int.*, 981-993.
- Franzina, Pietro. 2011. «Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad». *Diritti umani e diritto int.*, 2011, 609-616.

- Fulchiron, Hughes. 2014. «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?». *Journal du droit international*, 563-588.
- Honorati, Costanza. 2018. *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in Di Stasi, Angela (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*. Napoli: Editoriale Scientifica, 137-160.
- Jackson, Emily. 2007. «Prisoners, their Partners and the Right to Family Life». *Child and Family Law Quarterly*, 239-246.
- Johnson, Paul. 2012. «Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v. France». *Modern Law Review*, 2012, 1136-1157.
- Kinsch, Patrick. 2007. «Arrêt Wagner et J.M.W.L. C. Luxembourg». *Revue critique de droit int. privé*, 815-822.
- Kinsch, Patrick. 2011. «La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme». *Revue critique de droit int. privé*, 817-823.
- Lopes Pegna, Olivia. 2013. «L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003». *Riv. dir. int. priv. proc.*, 357-384.
- Lopes Pegna, Olivia. 2014. «Riforma della filiazione e diritto internazionale privato». *Riv. dir. int.*, 394-418.
- Lopes Pegna, Olivia. 2017. «Effetti dei matrimoni *same sex* contratti all'estero dopo il "riordino" delle norme italiane di diritto internazionale privato». *Riv. dir. int.*, 527-549.
- Marchadier, Fabien. 2007. «La protection européenne des situations constituées à l'étranger». *Recueil Dalloz*, 2700-2703.
- Marongiu Bonaiuti, Fabrizio. 2016. «La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti». *Diritti umani e diritto int.*, 49-88.
- Marongiu Buonaiuti, Fabrizio. 2017. *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di Cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in *Dialoghi* con U. Villani, E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (eds). Bari: Cacucci, vol. II, 1141-1153.
- Pirrone, Pasquale. 2009. «Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati il caso Wagner nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner». *Diritti umani e diritto int.*, 151-168.
- Prebensen, Søren C.. 2000. *Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*. Köln/Berlin/Bonn/München: C. Heymann, 1123-1137.
- Rossolillo, Giulia. 2014. «Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano». *Cuadernos de derecho transnacional*, 245-254.

- Salerno, Francesco. 2019. *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Studi in onore di P. Benvenuti*. Roma: 29-61.
- Scherpe, Jens M.. 2012. «Medically Assisted Procreation: this margin needs to be appreciated, ECtHR, Grand Chamber, 3.11.2011». *Cambridge Law Journal*, 276-279.
- Sudre, Frédéric. 1998. *Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*. Bruxelles: Bruylant, 687-706.
- Sindres, David. 2015. «Le tourisme procréatif et le droit international privé». *Journal du droit international*, 429-504.
- Tonolo, Sara. 2014a. «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore». *Riv. dir. int. priv. proc.*, 81-104.
- Tonolo, Sara. 2014b. «Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte Costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni». *Riv. dir. int.*, 1123-1147.
- Tonolo, Sara. 2015. «Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo». *Diritti umani e diritto int.*, 202-209.
- Tonolo, Sara. 2017. «L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore». *Riv. dir. int.*, 1070-1102.
- Tonolo, Sara. 2021. «La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative». *Corriere Giuridico*, 2021, 8-9, 1034-1056.
- Villani, Ugo. 2008. *L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in Zaccaria, Alessio (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia* Padova: Cedam, 1828-1840.
- Viviani, Alessandra. 2012. «Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e... i passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani». *Diritti umani e diritto int.*, 196-205.
- Willoughby-Stone, Thomas. 2003. *Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in Fretté v. France to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation*, *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2003, Paper 9, consultabile all'indirizzo: http://lsr.nellco.org/uconn_cpilj/9.
- Winkler, Matteo. 2015. «Senza identità: il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*». *Genius*, 225-243.