

Antonietta Di Blase *

Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione

La possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita è limitata nell'ordinamento italiano, nonostante le eccezioni che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Oggetto del presente lavoro è il riconoscimento dello *status* di figlio del bambino nato all'estero mediante tecniche riproduttive non consentite in Italia. In base al diritto internazionale privato italiano, la filiazione è stabilita sulla base della legge nazionale del bambino o di uno dei genitori: il riconoscimento ai sensi della legge straniera richiamata, non può essere contrastato invocando quale limite di ordine pubblico la necessità di bloccare il fenomeno dell'aggiramento delle restrizioni imposte dalla legge italiana oppure il fine di preservare le caratteristiche tradizionali della famiglia. La prevalenza dell'interesse del minore al riconoscimento della filiazione non può essere ostacolata nemmeno dalla disciplina sulle unioni civili.

1. *Introduzione*

La rivisitazione della tematica dell'ordine pubblico internazionale compiuta da Paolo Benvenuti, soprattutto nella sua prima monografia, offre lo spunto per dedicare alcune riflessioni ai problemi sollevati dal fenomeno del ricorso a metodi di procreazione medicalmente assistita (*d'ora in poi*: PMA) all'estero allorché venga richiesto il riconoscimento in Italia dello *status* di figlio. La trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero nei registri di stato civile ha incontrato degli ostacoli, che gli organi competenti hanno motivato in base alla sussistenza di limiti di ordine pubblico internazionale. In questo contributo si cercherà di fornire una ricostruzione complessiva della disciplina applicabile in materia, alla luce dei valori fondamentali dell'ordinamento italiano e presenti nell'ordinamento internazionale.

Il fenomeno del ricorso alle tecnologie riproduttive presenta aspetti di

* Professore nell'Università degli studi Roma Tre.

particolare complessità sotto il profilo giuridico, per l'insieme delle implicazioni connesse alla eterogeneità delle figure genitoriali che si possono configurare¹. Ciò spiega la presenza di una legislazione di orientamento restrittivo sia in Italia, sia in altri Stati europei ed extra-europei².

In Italia la fecondazione assistita, originariamente consentita soltanto se omologa (ossia con materiale genetico esclusivamente della coppia), è ora possibile anche in forma eterologa (che coinvolge soggetti estranei alla coppia) a seguito di pronunce della Corte Costituzionale, in caso di infertilità, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, o in caso di coppie fertili, ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, così come modificato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 162/2014 e 96/2015)³. Tra i requisiti soggettivi ai fini del ricorso ai metodi di procreazione medicalmente assistita figura il carattere eterosessuale delle coppie (art. 5 della legge n. 40/2004). Quanto alla gestazione per altri, definita anche maternità surrogata, la legge stabilisce un divieto assoluto, sanzionato anche con pena detentiva, oltre che pecuniaria (art. 12, par. 6 della stessa legge)⁴.

¹ Nello svolgimento dell'indagine, pur incentrata sulla tematica del riconoscimento del bambino, si farà riferimento al concetto di genitorialità, non potendo il diritto del figlio alla propria identità venire inteso separatamente dal contesto familiare nel quale è inserito e dai rapporti con i genitori.

² Un quadro comparato della normativa e della giurisprudenza nazionale si trova nel rapporto della Corte Costituzionale del marzo 2014 dal titolo: *La fecondazione eterologa*, a cura di PASSAGLIA, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf.

³ Cfr. Corte Cost., 9 aprile 2014 n. 162 (avente ad oggetto il ricorso per illegittimità costituzionale degli artt. 4, 3° comma; 9, 1° e 3° comma; 12, 1° comma della l. 19 febbraio 2014 n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita) e 5 giugno 2015 n. 96.

⁴ Il ricorso alla PMA può comportare la partecipazione di più di due soggetti. Una coppia di coniugi o di conviventi, in relazione ad un progetto comune di genitorialità, può utilizzare il metodo dell'inseminazione eterologa con materiale di un donatore esterno (normalmente anonimo) e dell'ovulo fecondato nell'utero della moglie (fecondazione eterologa) o di una donna estranea (maternità surrogata). Anche l'ovulo fecondato potrebbe appartenere a persona estranea alla coppia. Nel caso di coppie femminili, l'ovulo di una delle donne, fecondato da donatore esterno, potrebbe essere impiantato nell'utero della compagna che porta avanti la gravidanza (cd. madre biologica o gestazionale, mentre la donatrice dell'ovulo si configurerebbe quale madre genetica). In caso di coppie omosessuali di sesso maschile, uno dei membri della coppia o un estraneo potrebbero fornire il materiale genetico per fertilizzare l'ovulo della donna che porterà avanti la gestazione o l'ovulo di una donatrice che viene poi impiantato nell'utero della gestante (in entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un caso di gestazione per altri).

Le limitazioni imposte dalla normativa italiana rispetto al ricorso alle tecniche di PMA spiegano il cd. 'turismo procreativo'. In molti dei casi sottoposti al vaglio della magistratura si tratta di persone di diversa nazionalità o residenza, che possono giovare di una legislazione più permissiva in vigore all'estero. I dati relativi alle dimensioni del fenomeno non sono facilmente reperibili⁵. Si registra tuttavia un significativo incremento delle pronunce dei giudici di merito e della Cassazione che riguardano le ripercussioni giuridiche nell'ordinamento italiano.

Le questioni di diritto internazionale privato inerenti alla filiazione che emergono a seguito del ricorso all'estero a forme di PMA non consentite dalla legge italiana riguardano il riconoscimento degli effetti del provvedimento straniero che attribuisca lo *status* di figli, condizione necessaria ai fini della registrazione del minore allorché i genitori o uno di essi si trasferiscano in Italia o quando si richieda l'affidamento o la regolamentazione del diritto di visita in caso di patologia del rapporto tra coniugi o conviventi. Il provvedimento straniero da riconoscere può assumere diverse forme. Ad esempio, nel Regno Unito, in caso di gestazione per altri, si apre un procedimento giudiziario, che si conclude con l'emissione del cd. *parental order* (sulla base del *Surrogacy Arrangements Act* del 1985), mentre in altri Stati, come l'Ucraina, il codice di famiglia riformato (2002) stabilisce che il nato a seguito di impianto dell'embrione è considerato figlio della coppia dei coniugi committenti, senza alcun intervento giudiziario, e come tale risulta dal certificato rilasciato dalle autorità competenti. In entrambi i casi è utilizzabile l'art. 65 della legge n. 31 maggio 1995 n. 218, che stabilisce l'efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza dei rapporti di famiglia (e dunque anche in materia di filiazione), quando provengano dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata o producano effetti nell'ordinamento richiamato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. Le stesse condizioni sono richieste per il riconoscimento dei

⁵ Cfr. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, a cura del Parlamento dell'UE (Doc. PE 474.403 del 15 maggio 2013), che riporta una serie di dati sia ricavati dai contributi esistenti relativamente agli aspetti sociali e giuridici del fenomeno della maternità surrogata, sia forniti da cliniche specializzate o associazioni private (in [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2013\)_474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)_474403), Questo documento e le pagine web citate nelle note successive sono stati consultati il 9 gennaio 2019). Altri dati sono forniti, sempre con riferimento alla surrogazione di maternità, nel Rapporto dal titolo *Children's rights related to surrogacy*, del 21 settembre 2016, a cura di Petra De Sutter, per il Comitato degli affari sociali, salute e sviluppo sostenibile dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (Doc. 13562, Ref. 4071 del 3 ottobre 2014), par. 10.

provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, ai sensi dell'art. 66 della legge n. 218/1995. La recente giurisprudenza in materia di PMA dimostra la tendenza a favorire il ricorso all'art. 65, che concorre con l'art. 64 legge 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 Stato.⁶

Va anche considerata l'ipotesi che il bambino nasca in Italia. In base all'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995, si applica in materia di filiazione "la legge nazionale del figlio o, se più favorevole, la legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita". Sarà dunque necessario fare riferimento a quella legge nazionale che consenta di stabilire la filiazione e che dovrà regolare i presupposti e gli effetti dell'accertamento, nonché della contestazione dello stato di figlio (art. 33 comma 2). L'individuazione dell'ordinamento straniero richiamato consente altresì di dare efficacia *ex art. 65* legge n. 218/1995 ai provvedimenti in esso emanati o a quelli resi dalle autorità di uno Stato terzo, quando questi ultimi siano efficaci nell'ordinamento richiamato.

I giudici italiani e la Corte europea dei diritti dell'uomo si sono pronunciati sulla attribuzione dello *status* di figlio in entrambe le ipotesi considerate e valutato la compatibilità dello stabilimento della filiazione con la normativa applicabile in materia di PMA.

Nel presente contributo verrà presa in esame la tesi, sostenuta in particolare dal rappresentante del Governo italiano davanti alla Corte di Cassazione, favorevole alla presenza di limiti di ordine pubblico che ostacolerebbero il riconoscimento in Italia della filiazione costituita all'estero e la registrazione dell'atto di nascita nei casi nei quali si sia fatto ricorso a tecniche di PMA non consentite nell'ordinamento italiano. La giurisprudenza nazionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur avendo fornito delle indicazioni favorevoli al superamento di detti limiti, non consentono di ritenere definitivamente superate tutte le perplessità esistenti.

Con specifico riferimento ad un caso di ricorso alla gestazione per conto di una coppia omosessuale composta da due uomini, la questione della riconoscibilità dello *status* di filiazione acquisito all'estero è stata portata davanti alle sezioni unite della Cassazione con ordinanza del febbraio 2018⁷. Fra i motivi del ricorso presentati dal Procuratore generale presso

⁶ L'interpretazione prevalente nella giurisprudenza è favorevole al carattere complementare delle procedure previste negli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995.

⁷ Ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018 n. 4382. Sul problema si tornerà *infra*. La Corte di Cassazione dovrà affrontare, oltre alle questioni della definizione dell'ordine

la Corte d'Appello di Trento vi sarebbe l'erronea interpretazione da parte di quest'ultima del concetto di ordine pubblico, per non aver tenuto conto dei principi costituzionali e dei "più importanti istituti giuridici" che rappresentano i "cardini della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale e della sua inconfondibile fisionomia" ricavabili dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, nonché dalla legge n. 40/2004 e dal codice civile italiano⁸.

Quanto alla registrazione di un atto di nascita in territorio italiano di un figlio nato da PMA, questo tema impegnerà la Corte Costituzionale, essendo stata investita dal Tribunale di Pisa (ordinanza 15 marzo 2018) della questione di legittimità della legge n. 40/2004 e di altre norme del codice civile nella parte in cui non consentono di formare in Italia un atto di nascita di un figlio nato da PMA a favore di una coppia formata da persone dello stesso sesso, delle quali una di nazionalità straniera. Una pronuncia della Corte Costituzionale, pur non risolvendo i problemi che sorgono in sede di registrazione, potrebbe agevolare il superamento delle incertezze oggi presenti riguardo alla portata delle norme sulla PMA ed alla possibilità di attribuire la genitorialità a coppie omosessuali⁹.

2. Riconoscimento dello status di figlio acquisito all'estero a seguito di ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita non consentita in Italia

Ai fini del riconoscimento dello *status* di figlio riveste un ruolo fondamentale il principio del *favor filiationis*. Si è già richiamato l'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995 riguardante la determinazione della filiazione, che dà espressione al principio della applicazione della legge più favorevole tra quelle indicate in concorso fra loro: la legge nazionale del minore e le leggi nazionali di ciascuno dei genitori. Il principio viene ribadito

pubblico e della legittimità del riconoscimento della filiazione derivante da ricorso al metodo di procreazione della gestazione per altri, anche le seguenti problematiche: la competenza giurisdizionale del Tribunale, la legittimazione passiva del Sindaco di Trento, del Ministro degli interni e del Procuratore generale.

⁸ Par. 1.1.2. dell'ordinanza. La frase riportata nel testo è presente, fra l'altro, nella sentenza Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss., relativa ad un caso nel quale è stato ravvisato un limite di ordine pubblico internazionale all'applicazione della legge straniera che impediva il riconoscimento del figlio adulterino.

⁹ Nell'ordinanza del Tribunale di Pisa, pubblicata in *Foro it.*, 2018, I, p. 782, *sub Stato civile*, n. 6490, è stata sollevata questione di costituzionalità anche con riferimento agli artt. 250 e 449 cod. civ., 29 comma 2 del d.p.r. n. 396/2000. Si veda *infra*, par. 6.

nell'art. 33 comma 2 sull'accertamento e la contestazione dello stato di figlio e nell'art. 35 sul riconoscimento di figlio. Esso esprime l'obiettivo materiale preminente, che condiziona anche la disciplina del rinvio di cui all'art. 13 (cfr. art. 13 comma 3: rinvio *in favorem*)¹⁰.

Il *favor* per il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero costituisce una modalità di espressione della tendenza a livello internazionale ed europeo all'accoglimento generalizzato del principio del mantenimento della stabilità delle situazioni personali, presente – con riferimento agli *status* personali in genere – nella legislazione italiana e dell'Unione europea, essendo strumentale alla circolazione delle persone nello spazio di giustizia e libertà. A tale scopo è funzionale il metodo automatico di riconoscimento delle sentenze o dei provvedimenti adottati all'estero: questi ultimi possono acquisire efficacia *ex art.* 65 e art. 66 legge n. 218/1995 se presentati direttamente all'ufficiale di stato civile, ai fini della registrazione.¹¹ Solo in caso di dubbio ragionevole l'ufficiale di stato civile deve chiedere l'intervento del magistrato¹². Un sistema analogo è stato instaurato con il regime di riconoscimento automatico delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale di cui al regolamento (CE) n. 2201/2003.

Va nella medesima direzione la disciplina relativa al valore della certificazione estera di stato civile, regolamentata dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri, che circoscrive il controllo da parte dell'operatore italiano ai casi in cui siano presenti dubbi sulla provenienza e l'autenticità. Anche il regolamento UE n. 2016/1191, in vigore dal febbraio 2019, riguarda la semplificazione dei requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'ottica della agevolazione della libera circolazione dei cittadini europei¹³.

¹⁰ Sul metodo delle considerazioni materiali, con specifico riferimento alla tematica qui considerata, cfr. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 92 ss., e ID., *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, pp. 296-300. Sui riflessi in ordine alla disciplina del rinvio cfr. anche DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, t. 352, 2010, p. 460 ss.

¹¹ L'art. 19 del d.p.r. 396 del 3 novembre 2000 stabilisce: "1. Su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero. Tali atti devono essere presentati unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritta, da parte della competente autorità straniera".

¹² Cfr. la circolare del Ministro di Grazia e giustizia del 7 gennaio 1997 ai Procuratori Generali della Repubblica presso le Corti di appello, contenente istruzioni per gli Uffici dello stato civile per l'applicazione degli articoli dal 64 al 71 della legge n. 218/1995, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 224.

¹³ V. Corte di giustizia, 2 dicembre 1997, in causa C-336/94, *Dafeki*, nella quale la Corte

Il riconoscimento della filiazione risponde all'esigenza di dare stabilità e continuità allo statuto individuale del minore, che riveste un valore peculiare trattandosi dei membri più vulnerabili nel contesto familiare e sociale. Ciò spiega il risalto attribuito alla condizione del minore nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, che prevede l'obbligo di registrazione e di assicurare una cittadinanza al bambino (art. 24 par. 2 e 3), nella Convenzione di New York del 1989 (specialmente par. 7 e 8), che pone l'accento sul diritto del minore a possedere una propria identità – anche sotto il profilo delle relazioni familiari – e una nazionalità, e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*d'ora in poi*: CEDU), nella interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 8 par. 1, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, richiamata anche nella Carta dei diritti e doveri fondamentali dell'Unione europea (cfr. il preambolo, quinto cpv.)¹⁴.

Queste convenzioni danno veste normativa alla tendenza generalizzata della comunità internazionale e degli Stati dell'Unione europea, condivisa dall'ordinamento italiano, a ritenere preminente l'obiettivo di assicurare la continuità della filiazione costituitasi all'estero, evitando situazioni claudicanti, che consistono nella privazione dei diritti personali e familiari garantiti nell'ordinamento di origine.

Si tratta ora di verificare se le esigenze di identità e di stabilità dei legami familiari, che si esprimono nel *favor filiationis*, consentano di assicurare il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero sacrificando altri principi invocabili sulla base della normativa italiana in materia di PMA, più restrittiva rispetto a quella dello Stato di costituzione della filiazione. Le attuali divergenze nella disciplina in materia di PMA esprimono uno scollamento tra i valori tutelati nei diversi ordinamenti. Occorre dunque valutare se il limite dell'ordine pubblico internazionale possa impedire il riconoscimento dello *status* di figlio ottenuto all'estero.

In realtà, alla luce del *favor filiationis*, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico al riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di filiazione assume connotati diversi a confronto dei casi nei quali esso viene più

di giustizia ha deciso che gli enti nazionali competenti – nel caso specifico si trattava degli enti in materia di previdenza sociale – e i giudici nazionali di uno Stato membro sono obbligati ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso considerato.

¹⁴ Carta dei diritti e dei doveri fondamentali dell'Unione europea, Art. 24: "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

frequentemente invocato, che in genere valgono ad impedire l'applicazione di leggi straniere più limitative dei diritti garantiti dall'ordinamento italiano¹⁵. Si può menzionare, ad esempio, il principio della equiparazione degli *status* di figlio, che rappresenta un principio fondamentale della normativa attualmente vigente, laddove invece la legge straniera mantenga una distinzione fra varie forme di filiazione¹⁶. La problematica del riconoscimento della filiazione acquisita all'estero non può essere considerata soltanto alla luce dell'esigenza del coordinamento tra ordinamenti mediante le norme di conflitto, secondo l'impostazione proposta, in materia di *status*, dalla teoria cd. del "metodo del riconoscimento" o della prossimità¹⁷, ma partendo dal ruolo centrale che riveste la protezione dei diritti fondamentali del minore¹⁸: l'insieme dei diritti fondamentali del minore riconosciuti a livello internazionale e costituzionale rappresenta infatti un vero e proprio 'statuto'¹⁹, rispetto al quale compito dell'interprete è quello di definire

¹⁵ Cfr. FOYER, *Problèmes des conflits de lois en matière de filiation*, in *Recueil des Cours*, t. 193, 1985-IV, pp. 90-92, che si riferisce a questa problematica in termini di "ordre public inversé" nel senso che la legge del foro potrebbe apparire inconciliabile con un principio di ordine pubblico prevalente (nella specie il principio della tutela del minore) (ivi, p. 92). Per una riflessione sul tema si veda, fra gli altri, BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *DUDI*, 2016, spec. p. 333 s.

¹⁶ Ad es. se per la legge richiamata non sia possibile il riconoscimento del figlio adulterino.

¹⁷ Cfr. *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du Colloque internationale La Haye du 18 janvier 2013, a cura di Lagarde, Paris, 2013. Sulla teoria della prossimità esiste una vasta letteratura. Sulla esigenza di continuità delle relazioni familiari alla luce delle diverse teorie applicabili al riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero, cfr. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale*, in *DUDI*, 2016, p. 70. Sulle analogie che quella teoria presenta con la *Inlandsbeziehung* di matrice tedesca, o con la teoria dell'ordine pubblico attenuato si vedano, con particolare riguardo alla tematica della filiazione, BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss., spec. p. 272; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, pp. 12-18. Queste teorie sono state riconsiderate dall'Institut de droit international alla sessione di Cracovia del 2005: "Filiation. Les Etats pourront opposer l'ordre public aux lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation hors mariage, en tout cas lorsque l'enfant se rattache par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l'Etat du for ou à un Etat permettant l'établissement de cette filiation".

¹⁸ In tal senso cfr. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 1028 ss.; e FRANZINA, *Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad*, in *DUDI*, 2011, p. 612 s.

¹⁹ L'espressione 'statuto' riferita all'insieme dei diritti del minore è ripresa da Cass., n. 14878/2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 408 ss.

l'ordine di priorità relativamente ad altri principi etici identificativi della comunità statale²⁰. Al *favor filiationis* si possono attribuire le caratteristiche di un insieme di principi di "ordine pubblico positivo", a differenza dei principi limitativi della PMA che esprimono istanze di "ordine pubblico negativo": il primo riveste una posizione di preminenza e va attuato anche attraverso norme di un diverso ordinamento statale, se queste ne garantiscono l'attuazione²¹.

Nel bilanciamento tra la salvaguardia dell'interesse del minore e le necessità di garantire altri valori fondamentali l'interprete può ritenere prevalente l'esigenza di tutelare il minore e individuare in tal modo dei 'contro-limiti' all'applicazione di norme nazionali che rappresentino un ostacolo al riconoscimento della filiazione ottenuta a seguito del ricorso a tecniche di PMA, pur se queste ultime non siano consentite dall'ordinamento nazionale²². In tal senso lo stesso concetto di 'interesse superiore del minore' acquisisce una dimensione concreta e il ruolo di metodo di valutazione da effettuare caso per caso, alla luce degli elementi a disposizione, tenendo

²⁰ Con specifico riferimento ai principi di ordine pubblico applicabili in materia di filiazione, cfr. Cass., 30 settembre 2016 n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 813 ss., par. 7, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale è da intendersi come "complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"; la sentenza precisa inoltre che "i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta Costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario". Secondo la Cassazione, dunque, i principi fondamentali desumibili dai trattati, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sono soggetti comunque alla verifica della compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Per un commento critico di questa posizione, cfr. FERACI, *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. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, pp. 169-181.

²¹ Cfr. SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 786 ss.; e ID., *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, *ibidem*, 2018, p. 259 ss., che, partendo dal pensiero di BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi*, Padova, 1969 e dalla concezione universalistica di BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977, formula una ricostruzione critica della impostazione del limite dell'ordine pubblico nella recente giurisprudenza italiana.

²² Sul termine 'contro-limiti', accolto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e utilizzato con riferimento alla tematica del riconoscimento delle sentenze straniere cfr. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *DUDI*, 2016, p. 347; e SALERNO, *La costituzionalizzazione cit.*, p. 275 ss.

conto del principio fondamentale della esigenza dell'identità e della stabilità dei rapporti del minore all'interno della famiglia.

Si procederà di seguito a considerare gli elementi di possibile contrasto al riconoscimento della filiazione conseguente al ricorso ad una PMA non consentita dall'ordinamento italiano e i termini del bilanciamento da effettuare alla luce degli orientamenti prevalenti della giurisprudenza italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. Elementi di valutazione del limite dell'ordine pubblico internazionale al riconoscimento della filiazione stabilita all'estero

3.1. Incidenza della illegittimità delle tecniche di procreazione utilizzate

Nelle cause *Mennesson e Labassée c. Francia*, decise dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel giugno 2014, il Governo francese aveva giustificato il mancato riconoscimento della filiazione ottenuta in California da una coppia di nazionalità francese a seguito di maternità surrogata non consentita dalla legislazione, in base alla esigenza di tutelare l'ordine e di contrastare gli effetti del ricorso a pratiche vietate per prevenire i reati e le violazioni di regole etiche considerate fondamentali dallo Stato.²³ Il contratto in base al quale una donna estranea alla coppia si era impegnata a portare avanti la gravidanza e a rinunciare alla maternità dopo il parto era infatti contrario alla normativa francese, che fa divieto di disporre del corpo umano e dello *status* delle persone. Pertanto, il provvedimento straniero non era stato riconosciuto, con il conseguente rifiuto di attribuzione ai minori della cittadinanza francese²⁴.

La Corte ha riconosciuto il diritto di ciascuno Stato di disciplinare la materia riguardante le tecniche di procreazione in conformità con i propri principi fondamentali, anche considerando l'insussistenza di una uniformità di atteggiamento al riguardo nei diversi ordinamenti degli Stati

²³ Sentenze 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e, rispettivamente, 2 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

²⁴ Un'ampia analisi della giurisprudenza francese anteriore alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sui casi *Mennesson* e *Labassée* è in SINDRES, *Le tourisme procréatif et le droit international*, in *Clunet*, 2015, p. 429 ss.

parti della CEDU²⁵. Tuttavia, ha ritenuto che le autorità francesi avrebbero dovuto risolvere la questione garantendo un bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'osservanza delle leggi e i diritti fondamentali del minore, pur in presenza di un comportamento censurabile tenuto dagli aspiranti genitori.²⁶ In tal senso, come ha precisato la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, possono essere necessarie delle attenuazioni dei margini di discrezionalità dello Stato²⁷. In questa ottica, la non registrazione della genitorialità per salvaguardare l'osservanza delle norme in materia di PMA e reprimere pratiche di aggiramento di tale disciplina deve considerarsi una misura sproporzionata, dal momento che impedisce la certezza dei legami familiari (nel caso di specie esisteva un legame genetico del padre con il bambino), l'acquisizione della cittadinanza e dei diritti successori e pertanto è lesiva del diritto alla salvaguardia della identità personale del minore²⁸. Alla luce delle circostanze del caso, la Corte europea ha ravvisato nel comportamento delle autorità francesi una violazione dell'art. 8 par. 1 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata dei minori²⁹.

²⁵ Cfr. spec. par. 77 ss. della sentenza *Mennesson*; e par. 54 della sentenza *Labassée*.

²⁶ Anche nella giurisprudenza italiana sono state espresse considerazioni analoghe legate all'interesse superiore del minore: cfr. Corte di Appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699 ss. e Tribunale di Napoli, decreto 14 luglio 2011. Al riguardo cfr. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 415 ss.

²⁷ Cfr. par. 80 della sentenza *Mennesson*: "However, regard should also be had to the fact that an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned. The margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case therefore needs to be reduced".

²⁸ *Mennesson c. Francia* cit., par. 99 s.; e *Labassée c. Francia* cit., par. 77 ss. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che non si configurasse una violazione della vita familiare, essendo quest'ultima in ogni caso garantita di fatto ai minori. Cfr. le osservazioni della CAMPIGLIO, *Valori fondamentali dell'ordinamento interno e scelte di cura transfrontaliere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 386 ss., che considera il problema del mancato riconoscimento anche nell'ottica delle conseguenze della frode alla legge, istituto al quale la dottrina francese ha dedicato particolare attenzione, anche alla luce del codice civile che stabilisce il divieto d'"ordre public" della maternità surrogata. Come chiarisce l'a., la giurisprudenza sia francese, sia tedesca, hanno accolto soluzioni favorevoli alla trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato a seguito di maternità surrogata all'estero.

²⁹ La Corte europea dei diritti dell'uomo è pervenuta al medesimo risultato (violazione della vita privata del bambino ex art. 8 par. 1 CEDU) nella sentenza del 21 luglio 2016 nei casi *Foulon c. Francia* e *Bouvet c. Francia*, ric. n. 9063/14 e ric. n. 10410/14; e del 19 gennaio 2017 nel caso *Laborie c. Francia*, ric. n. 44024/13, anche essi per il mancato riconoscimento di certificati di filiazione relativi a bambini nati con la tecnica della maternità surrogata, rispettivamente in India e in Ucraina, per una coppia eterosessuale di

Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in prima istanza il 27 gennaio 2015 e, davanti alla Grande camera, il 24 gennaio 2017³⁰, a differenza dei casi *Mennesson e Labassée*, era assente un legame biologico con entrambi i genitori committenti. Oggetto della valutazione della eventuale violazione delle norme CEDU è stato l'allontanamento del bambino dai genitori qualche mese dopo il rientro della coppia in Italia, con la conseguente dichiarazione dello stato di abbandono ai fini dell'avvio di una procedura di adozione da parte di un'altra coppia³¹.

Nella prima pronuncia del 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato che le misure adottate dalle autorità italiane, consistenti nell'allontanamento del bambino dal contesto familiare costituivano una misura sproporzionata rispetto agli interessi prevalenti del minore a non interrompere il suo rapporto con gli aspiranti genitori, con i quali aveva vissuto nei primi otto mesi di vita. Si tratta di una misura estrema che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, può essere presa soltanto come ultimo rimedio³². In tal senso, la Corte ha ritenuto rilevante il legame di tipo sociale instaurato tra gli aspiranti genitori e il bambino, sia pure per un breve periodo. Ha quindi ravvisato che lo Stato italiano aveva compiuto una ingerenza nella vita familiare della coppia e dunque una violazione dell'art. 8 par. 1 CEDU.

La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo alle ripercussioni della illegittimità della PMA nello Stato richiesto non è stata modificata nella successiva sentenza della Grande camera del 2017. Tuttavia la Corte ha riformato la decisione di condanna dello Stato italiano, sulla base di una diversa valutazione circa l'operato degli organi italiani in termini

committenti, in presenza di legame biologico di uno di essi con il figlio.

³⁰ Ric. n. 25358/12.

³¹ La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo si è concentrata sulla eventuale violazione da parte delle autorità italiane del diritto dei genitori intenzionali al rispetto della loro vita privata, anziché sulla conservazione dell'unità familiare e gli interessi del minore (cfr. par. 157 e 158 della sentenza): le pretese degli aspiranti genitori apparivano dunque meno difendibili a fronte della riprovazione suscitata dal loro comportamento e ciò ha determinato l'esito finale della causa. La mancata registrazione in Italia del certificato di nascita relativo al bambino nato a seguito di PMA all'estero non è stata considerata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal momento che la questione non era stata sollevata nei giudizi esperiti in Italia e dunque mancava il presupposto dell'esaurimento dei ricorsi interni necessario ai fini della sottoposizione della questione alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

³² Cfr. par. 80 ss. della sentenza *Paradiso e Campanelli* del 2015.

di bilanciamento degli interessi in gioco, ritenendo che la brevità della permanenza con i genitori committenti non fosse sufficiente a configurare una vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU³³.

Dalle sentenze emanate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi qui citati si può desumere che, in linea di principio, le norme che fanno divieto di praticare tecniche di PMA, consentite invece nel luogo di nascita del minore, non giustificano il mancato riconoscimento dello *status* di figlio. La illegalità della pratica di procreazione seguita non può ripercuotersi sul destino del nato, il quale deve essere tutelato e al quale devono essere garantite la conservazione dello *status filiationis* e della continuità affettiva. Come è precisato nella sentenza della Corte di Cassazione 30 settembre 2016 n. 19599³⁴, lo stesso legislatore era ben consapevole di ciò allorché ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo non consentite, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità³⁵.

L'impiego di tecniche di PMA non consentite dall'ordinamento italiano non può costituire di per sé un ostacolo al riconoscimento della filiazione stabilita all'estero, nonostante talune limitazioni imposte dalla normativa italiana. In tal senso, le disposizioni riguardanti il divieto della inseminazione eterologa non esprimono un principio fondamentale irrinunciabile in base al quale non sia possibile fare eccezione in sede di richiesta di riconoscimento della filiazione sorta all'estero.

Si tornerà sulla problematica relativa alla possibilità di configurare limiti di ordine pubblico al riconoscimento della filiazione ottenuta all'estero connessi alla violazione delle norme che disciplinano il ricorso alla PMA, con specifico riferimento alla gestazione per altri (o maternità surrogata). Occorre tuttavia preliminarmente qualificare il contesto nel quale va inquadrato il problema della compatibilità di questa tecnica con i principi

³³ In questa ottica, il comportamento delle autorità è risultato giustificabile in base all'interesse pubblico di proteggere la maternità e i figli da pratiche considerate illegali dall'ordinamento italiano (cfr. par. 215).

³⁴ Cit., spec. par. 10.3.

³⁵ Art. 9 della legge n. 40/2004: "1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice".

di ordine pubblico, alla luce delle forme assai diversificate secondo le quali può esprimersi la genitorialità.

3.2. *Segue. Il rapporto di genitorialità nella concezione della famiglia emergente dalla prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza nazionale.*

Nelle sentenze sopra citate la Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre a esprimere un orientamento generale riguardo alle conseguenze sullo *status* di figlio del ricorso a tecniche di PMA illecite nello Stato del riconoscimento, ha valorizzato una definizione di famiglia che nega la necessità del carattere biologico del rapporto tra il minore e i genitori. In particolare, nella prima sentenza *Paradiso e Campanelli* del 2015, la Corte ha valorizzato il legame affettivo sorto tra il minore e la coppia di genitori committenti, valutando il comportamento delle autorità italiane alla luce dell'esigenza di tutelare la comunità di affetti e solidarietà e di assicurarne la continuità³⁶. Nella seconda pronuncia della Grande camera del 2017, ai fini dell'esito della decisione è stata determinante la considerazione della brevità del periodo trascorso tra la nascita e l'allontanamento del bambino dagli aspiranti genitori, sicché la Corte ha ritenuto che non fosse idoneo a creare un rapporto consolidato a fronte della mancanza di legami genetici³⁷. In entrambi i casi si riscontra una conferma dell'orientamento favorevole a considerare che un rapporto di famiglia può sorgere anche in assenza di legami di tipo genetico, purché sussista una sufficiente stabilità e una adeguata continuità temporale.

Tale evoluzione è in sintonia con la definizione di 'famiglia' presente nella stessa legislazione italiana. Per citare un esempio rilevante nel contesto della registrazione anagrafica, si può richiamare il d.p.r. 30 maggio 1989 n. 223 "Approvazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente", che all'art. 4 contiene la seguente definizione di famiglia anagrafica: "Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da

³⁶ Con riferimento all'argomento della falsità dell'atto di nascita redatto in Russia che attribuiva il figlio nato a seguito di maternità surrogata alla coppia italiana, va rilevato che la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla legalizzazione dei documenti stranieri emanati da pubbliche autorità obbliga a non prescrivere ulteriori requisiti oltre a quelli previsti dalla Convenzione, ma non elimina la facoltà per lo Stato ricevente di verificare i contenuti dell'atto e la sua veridicità.

³⁷ Cfr. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande camera), 2017, sul caso *Paradiso e Campanelli* cit., par. 208.

vincoli di matrimonio, unione civile, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune”.

Alla luce della normativa italiana sulla PMA, il legame biologico non costituisce una condizione indispensabile ai fini dello stabilimento della filiazione³⁸: l'art. 8 della legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita prevede la possibilità che il marito acquisisca la genitorialità a seguito della fecondazione eterologa dell'ovulo della moglie o della convivente da parte di donatore anonimo³⁹: come si è visto, il consenso prestato a tale pratica fa sorgere la genitorialità, precludendo la possibilità di un eventuale disconoscimento di paternità (art. 9). L'attribuzione della genitorialità anche in assenza di vincoli biologici (o adottivi) comporta una deroga rispetto alla impostazione tradizionalmente seguita ai fini della qualificazione dell'istituto della famiglia, consentendo di ricomprendere i rapporti affettivi e la continuità dei legami di solidarietà tra persone conviventi nella nozione di famiglia, pur in mancanza di legami biologici. Tale sviluppo, che trae alimento dalla evoluzione delle tecniche riproduttive cui si può ricorrere secondo le norme dei diversi ordinamenti, trova espressione nella possibilità di accogliere una nozione di genitorialità estesa a rapporti di famiglia che si fondano su unioni tra persone dello stesso sesso.⁴⁰ Non è tuttavia scontato

³⁸ L'argomento è invece stato utilizzato nella giurisprudenza italiana per negare la riconoscibilità dello stato di filiazione: cfr. Cass. (sezioni unite), 11 novembre 2014 n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015 (v. anche *infra*, nota 50). Va tuttavia considerato che la sentenza è stata emanata in un momento nel quale non era ancora in vigore la legge sulle unioni civili, e tuttavia nelle motivazioni si fa riferimento alla necessità di tener conto degli interessi del minore, e del divieto di discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali nella valutazione della adozione non legittimante che viene concessa al coniuge in una coppia eterosessuale.

³⁹ Art. 8 della legge n. 40/2004: “I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6”, e dunque la genitorialità viene estesa al marito consenziente. Tale rapporto di genitorialità sussiste anche quando si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e quando il consenso del coniuge o del convivente sia ricavabile da atti concludenti (art. 9 comma 1): in tal caso non è possibile esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. È altresì stabilito che in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (art. 9, 3° comma).

⁴⁰ App. Perugia, decreto 22 giugno 2018 n. 573, che si pone nel solco delle recenti pronunce dei Tribunali di Pistoia e Bologna e della Corte d'Appello di Napoli che, come noto, hanno sostenuto la piena applicabilità dell'art. 8 della legge n. 40/2004 anche ai nati con PMA da una coppia omogenitoriale.

che tale estensione sia possibile quando nessuno dei membri della coppia presenti legami genetici con il bambino.

Una delle ipotesi considerate nella giurisprudenza italiana si riferisce a casi di dissociazione tra maternità da gestazione (laddove invece l'art. 269 cod. civ. attribuisce la maternità alla gestante) e maternità di carattere affettivo riferibile alla donna vincolata da rapporto coniugale o di convivenza con la madre gestazionale⁴¹. Taluni casi di questo tipo sono stati risolti dalla giurisprudenza ricorrendo all'adozione non legittimante ex art. 44 comma 1 lett. *d* della legge n. 184/1983 in materia di adozione a favore del genitore non biologico⁴². È stato sottolineato tuttavia che questa soluzione non corrisponde pienamente all'interesse del minore ad essere considerato membro a tutti gli effetti della famiglia dell'adottante.

Due recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno affermato la riconoscibilità del rapporto di filiazione nei confronti sia della madre gestazionale, sia della madre 'affettiva', escludendo che motivi di ordine pubblico impediscano di riconoscere la filiazione stabilita all'estero laddove in base alla legge n. 218/1995 venga richiamata la norma straniera del minore o di uno dei genitori. Si tratta, in particolare, delle sentenze 30 settembre 2016 n. 19599 e 15 giugno 2017 n. 14878⁴³.

La prima si riferisce al caso relativo al riconoscimento della filiazione del bambino partorito da una delle due donne coniugate in Spagna, della quale una di nazionalità italiana. Un certificato di nascita rilasciato in Spagna riconosceva lo *status* di figlio di entrambe le donne al bambino nato a seguito dell'impianto dell'ovulo donato dalla compagna alla madre gestazionale. La Corte di Cassazione ha affermato il diritto del minore ad essere registrato quale figlio sia della madre di nazionalità spagnola, sia della donatrice dell'ovulo di nazionalità italiana, con la conseguenza di rendere possibile il conferimento della cittadinanza italiana, ritenendo che dall'art. 2 della Costituzione italiana discende il diritto di vivere la vita familiare

⁴¹ Al rapporto affettivo può accompagnarsi, in ipotesi, la donazione dell'ovulo che viene trapiantato nella gestante. Al riguardo cfr. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss.

⁴² Sul punto vi è una notevole giurisprudenza. Cfr., tra i precedenti più rilevanti, Cass., 22 giugno 2016 n. 12962, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, p. 451 ss.: la Corte ha ritenuto che un provvedimento di adozione a favore della coppia omosessuale si potesse fondare sull'art. 44, comma 1 lett. *d*) della legge n. 184/1983, a motivo della impossibilità ad adottare di carattere giuridico anziché di fatto, dato il difetto dello stato di abbandono.

⁴³ Queste decisioni (*supra*, note 19 e 20), unitamente alla sent. n. 12962/2016 (*supra*, nota 42), sono state battezzate come le 'sentenze delle due madri'.

indipendentemente dalla identità sessuale, anche tenuto conto del principio del superiore interesse del minore cui ha fatto riferimento la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia UE. La Corte di Cassazione ha inquadrato questa soluzione nel contesto della libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge a persone di sesso diverso, sottolineando l'evoluzione che ha riguardato l'istituto della famiglia, sempre più intesa come una comunità incentrata su rapporti affettivi e di solidarietà tra i suoi componenti, e nell'ambito della quale il rapporto genetico non può essere ormai considerato requisito essenziale per l'attribuzione della filiazione⁴⁴. In tale quadro, la sentenza ha ritenuto che fosse superabile anche l'aspetto relativo alla omosessualità della coppia, affermando che, essendo presente un legame biologico di entrambe le donne con il bambino, il caso presenterebbe analogie con la fecondazione eterologa cui può ricorrere una coppia eterosessuale⁴⁵.

Ancora più significativa, ai fini della rilevanza dei legami familiari di tipo 'sociale', è la soluzione alla quale è pervenuta la Corte di Cassazione nella sentenza n. 14878 del 15 giugno 2017, sempre riguardante l'attribuzione della genitorialità alla compagna della madre gestazionale. Nel caso di specie erano assenti legami biologici della prima con il figlio: la sentenza sottolinea il "diritto [del minore] al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare"⁴⁶. Anche in questo caso, come in quello deciso dalla Cassazione con sentenza 19599 del 2016, l'interesse del

⁴⁴ La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 19599/2016 cit., cita al riguardo il seguente passaggio della sentenza della Corte Costituzionale 9 aprile 2016 n. 162: "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa".

⁴⁵ Cass., n. 19599/2016 cit., par. 10.2: "la pratica fecondativa utilizzata nel caso in esame non è configurabile come una maternità surrogata, presentando aspetti comuni ad una fecondazione eterologa e il fatto che sia disciplinata dal legislatore spagnolo (che riconosce il nato come figlio di due madri) in modo difforme rispetto alla nostra attuale legge n. 40 del 2004, come s'è detto, non significa, di per sé, che l'atto di nascita spagnolo contrasti con l'ordine pubblico italiano. La previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12 comma 2 della legge n. 40 del 2004) per i terzi che applichino le tecniche di fecondazione eterologa alle coppie composte da persone dello stesso sesso, non esprime un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico". Il tipo di procreazione si potrebbe definire come surrogazione gestazionale, ossia sostituzione ai fini della gestazione da parte di una delle donne nella quale era stato impiantato l'ovulo della compagna.

⁴⁶ Par. 20 della sentenza 14878/2017, cit. *supra*, nota 19.

minore al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive è stato considerato prevalente rispetto alla impostazione della normativa italiana, che non consente il ricorso alla PMA alle coppie omosessuali.

Nell'insieme, l'orientamento prevalente della recente giurisprudenza è favorevole a ritenere la sussistenza di un rapporto di famiglia indipendentemente dalla presenza di un legame di tipo biologico, e ad estendere il riconoscimento della genitorialità alla coppia omosessuale, anche se non sembra del tutto superato il presupposto della esistenza di un legame genetico con almeno uno dei membri della coppia.

4. Limiti di ordine pubblico internazionale in caso di ricorso alla gestazione per altri all'estero.

È stato già affrontato in termini generali il problema se il divieto nello Stato richiesto del ricorso a talune tecniche di PMA consentite all'estero costituisca un ostacolo al riconoscimento della filiazione per motivi di ordine pubblico internazionale. Si tratta ora di verificare se limiti di questo tipo si configurino allorché la tecnica di PMA utilizzata consista nella gestazione per altri (o maternità surrogata).

Fra gli elementi da considerare vi è la particolare severità con la quale l'ordinamento italiano stabilisce il divieto, in base all'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004, della gestazione per altri⁴⁷. L'art. 12 comma 8 di quest'ultima legge non include la surrogazione di maternità tra i metodi di procreazione per i quali viene esclusa la punibilità dell'uomo o della donna che vi ricorrono⁴⁸. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 162 del 2014⁴⁹, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 40/2004, ha espressamente voluto eliminare equivoci precisando che tale

⁴⁷ Art. 12, 6° comma: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

⁴⁸ Art. 12, 8° comma: "Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

⁴⁹ Cfr. par. 9 cpv. della motivazione, dove la Corte Costituzionale distingue le tecniche di fecondazione eterologa consentite dalla legge dalla surrogazione di maternità, ribadendo che quest'ultima "è espressamente vietata dall'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia".

illegittimità lascia inalterato il divieto assoluto della maternità surrogata. Anche la Corte di Cassazione, nella sentenza 11 novembre 2014 n. 24001, ha ribadito il carattere di 'ordine pubblico' del divieto della maternità surrogata, dal quale risulterebbe preclusa l'attribuzione della genitorialità⁵⁰: la Corte si riferiva al caso di una coppia eterosessuale di genitori committenti entrambi privi di legami biologici con il bambino⁵¹.

Se il divieto categorico della maternità surrogata impedisce il ricorso a questa pratica in Italia, da ciò non si può desumere l'obbligo di negare il riconoscimento dello *status* di filiazione sorto all'estero a seguito di gestazione per altri. Occorre infatti distinguere il carattere di norma inderogabile, dalla nozione di ordine pubblico internazionale, che implica una deroga al richiamo della norma straniera operato dalla legge di diritto internazionale privato⁵². Come è noto, il limite di ordine pubblico internazionale al riconoscimento della situazione sorta all'estero deve essere valutato non in astratto, ma alla luce della situazione del minore e dell'impatto che il riconoscimento potrebbe avere, tenuto conto delle circostanze. Pertanto, non appare scontata la soluzione del caso oggetto della sentenza della Corte d'Appello di Trento. Sembra quindi da non condividere l'impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Cassazione (sezioni unite), 22 febbraio 2018 n. 4382, che non considera a sufficienza l'importanza del *favor filiationis* nell'ordinamento italiano, da bilanciare con altri principi rilevanti⁵³.

⁵⁰ La sentenza della Cassazione n. 24001/2014, cit., p. 427 ss., riguarda un caso di ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia di coniugi italiani in Ucraina, che avevano ottenuto un certificato nel quale si attestava l'attribuzione della genitorialità alla coppia, pur in assenza di qualsiasi legame biologico da parte di entrambi. Tale certificato si era rivelato nullo secondo la legge ucraina, poiché quest'ultima richiedeva ai fini della attribuzione della genitorialità che almeno il 50% del materiale genetico fosse fornito dalla coppia committente. Pertanto, anche i presupposti per il riconoscimento della filiazione erano sottoposti alla legge italiana. La stessa sentenza, al par. 3, sottolinea l'esigenza di tutelare la dignità umana della gestante, rilevando, fra l'altro, che la surrogazione di maternità si pone in contrasto con l'istituto dell'adozione, l'unico consentito dall'ordinamento per la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato.

⁵¹ Nel caso in cui sussistano rapporti genetici tra il figlio e il coniuge di sesso maschile, a questi non si potrebbe negare la genitorialità.

⁵² Non si considera in questa sede il problema della attribuzione del carattere di norma di applicazione necessaria al divieto di maternità surrogata. Sul punto si veda *infra*, par. 6.

⁵³ L'ordinanza (cit. *supra*, nota 7) chiede altresì una ridefinizione del concetto di limite dell'ordine pubblico, anche atteso che la nozione di questo, fatta propria da Cass. n. 19599/2016 cit., non appare in linea con quella espressa da Cass., (sezioni unite), 5 luglio 2017 n. 16601, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 1049 ss., in materia di ricono-

Motivi di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale si potrebbero ravvisare nel rischio che il ricorso alla maternità surrogata dia luogo ad una forma di sfruttamento delle donne, che possono essere indotte ad accettare la gestazione per altri per fini economici, nel contesto di una pratica che assume talvolta aspetti degradanti collegati a quella che è stata definita come la commercializzazione dell'utero⁵⁴. Il ricorso alla maternità surrogata si configurerebbe come un fenomeno di vera e propria compravendita del bambino, in contrasto con le convenzioni internazionali e l'orientamento generalizzato nella maggior parte degli ordinamenti statali a tutela dei diritti dei minori⁵⁵. La qualità del trattamento della gestante potrebbe dar luogo a ripercussioni di tipo legale e incidere negativamente anche sulla situazione del minore e le modalità della convivenza del bambino con i genitori committenti⁵⁶.

Non sempre risulta chiaro se la disciplina in vigore nei Paesi nei quali tale pratica è legale fornisca la garanzia che il consenso prestato dalla gestante sia sorretto dalla consapevolezza delle conseguenze della gravidanza e del successivo allontanamento del bambino.

Il superamento o quanto meno una limitazione delle conseguenze negative del fenomeno si può ottenere adottando parametri internazionali uniformi di garanzia che consentano di assicurare l'eticità delle tecniche di PMA e norme condivise che facciano divieto della maternità surrogata o ne

scimento di sentenze di condanna ai danni punitivi.

⁵⁴ Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, contenuta nella relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, par. 115: "condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani".

⁵⁵ L'uno e l'altro aspetto sono stati rilevati nell'opinione concorrente dei giudici De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov alla sentenza *Paradisi e Campanelli* della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2017, par. 7: "gestational surrogacy, whether remunerated or not, is incompatible with human dignity. It constitutes degrading treatment, not only for the child but also for the surrogate mother". Riguardo ai diritti del minore, i giudici hanno anche richiamato il Protocollo facoltativo allegato alla Convenzione di New York del 2002, e in particolare il divieto di compravendita di bambini, che rischia di aver luogo attraverso la pratica della maternità surrogata.

⁵⁶ Sulle possibili ripercussioni di carattere psicologico e fisico sul figlio nato da madre surrogata si vedano le osservazioni contenute nel Rapporto De Sutter per l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 21 settembre 2016 (cit. *supra*, nota 4), par. 23.

circoscrivano al massimo la praticabilità⁵⁷. Un esame delle leggi in vigore negli Stati maggiormente coinvolti da forme di ‘turismo procreativo’ indica che solo una minoranza di Stati consente il ricorso alla pratica della maternità surrogata senza prevedere garanzie a favore della gestante sotto il profilo del consenso, della misura del compenso e del requisito della presenza di un collegamento di almeno uno dei genitori committenti con lo Stato nel quale si ricorre a quella tecnica di PMA allo scopo di contenere il fenomeno del cd. ‘turismo procreativo’⁵⁸. In alcuni Stati, originariamente tolleranti, sono state introdotte modifiche alla legislazione in senso restrittivo⁵⁹.

Fino a quando non si pervenga ad una regolamentazione condivisa nel senso di garantire la donna gestante, eliminando i rischi di gravi violazioni dei diritti fondamentali, gli argomenti considerati potrebbero giustificare l’invocazione di motivi di ordine pubblico internazionale.⁶⁰ Tuttavia, se ciò risponde alla esigenza della salvaguardia di principi etici irrinunciabili, è indubbio che in concreto il rifiuto del riconoscimento può comportare conseguenze devastanti per la situazione affettiva del minore, essendo l’interesse del minore quello di appartenere ad una famiglia che assicuri la continuità degli affetti, pur in assenza di legami biologici, nonostante che la nascita sia avvenuta attraverso una pratica vietata nello Stato nel quale viene chiesto il riconoscimento della filiazione⁶¹.

⁵⁷ Il dibattito è ancora aperto nell’ambito della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato: cfr. il progetto preliminare in <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁵⁸ Alcuni dati, che individuano le tendenze del fenomeno del ricorso alla maternità surrogata, peraltro non aggiornati ad oggi, sono stati pubblicati dal Consiglio per gli affari generali e politici della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato del 2014, nel rapporto dal titolo *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, prel. doc. n. 3 C del marzo 2014, p. 57 ss.

⁵⁹ Ad es. in Russia è stata adottata la legge del 21 novembre 2011 sulla tutela della salute dei cittadini e il decreto del Ministero della salute n. 107 del 30 agosto 2012, che introduce la necessità che il materiale genetico utilizzato provenga dagli aspiranti genitori. In altri Paesi (come India e Thailandia) sono state introdotte talune restrizioni alla pratica della gestazione per altri (limiti di età per la partorienteforli, nazionalità degli aspiranti genitori, carattere gratuito).

⁶⁰ La tematica della tutela della dignità della donna e dei problemi connessi alla pratica della maternità surrogata è approfonditamente svolta da HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di Di Stasi, Napoli, 2018, p. 137 ss., cui si rinvia anche per la bibliografia ivi citata.

⁶¹ In tal senso anche FENTON-GLYNN, *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2017, p. 546 ss.

Pertanto, il giudice che deve decidere sulla efficacia del provvedimento straniero di stabilimento della filiazione dovrà effettuare una analisi caso per caso, tenendo conto dei presupposti per la valutazione della capacità e della validità del consenso richiesti dalla legge del Paese nel quale ha avuto luogo la gestazione per altri e delle condizioni della convivenza del bambino con i genitori committenti.

Si è già detto del metodo indicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Mennesson e Labassée e Paradiso e Campanelli*, riguardanti il riconoscimento della filiazione acquisita all'estero da parte di coppie eterosessuali ricorrendo alla gestazione per altri⁶². La Corte ha sottolineato l'importanza del bilanciamento da effettuare rispetto al diritto del minore alla sua identità, ritenuto prevalente.

Tale orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Nel caso deciso dalla Corte d'Appello di Bari con sentenza del 13 febbraio 2009, era emerso il problema del riconoscimento di due *parental orders* emanati nel Regno Unito relativi ai figli avuti da una coppia italo-inglese nati da gestazione per altri: il riconoscimento era finalizzato a disporre l'affidamento dei figli a favore della madre – italiana – in sede di giudizio di separazione, dopo una convivenza coniugale durata sette anni. La Corte d'Appello di Bari, alla quale la madre si era rivolta per il riconoscimento della sentenza inglese di nazionalità dei figli, ha valutato gli effetti negativi di un mancato riconoscimento, che avrebbe impedito di risolvere i problemi connessi all'affidamento dei bambini alla madre 'committente' e pertanto ha dato la prevalenza al superiore interesse dei minori, ordinando la trascrizione della sentenza inglese⁶³.

Nel caso oggetto dell'ordinanza del 23 febbraio 2017 della Corte d'Appello di Trento, un italiano e una persona di nazionalità statunitense entrambi di sesso maschile avevano concluso una unione registrata negli USA e avevano ottenuto il 23 febbraio 2011 dalla Superior Court of Justice della California un provvedimento di attribuzione della genitorialità ad

⁶² Cfr. l'opinione separata dei giudici Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev relativa alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Paradiso e Campanelli* (Grande Camera) cit., par. 11: "we have some difficulty with the majority's view that the legislature's reasons for prohibiting surrogacy arrangements are of relevance in respect of measures taken to discourage Italian citizens from having recourse abroad to practices which are forbidden on Italian territory... In our opinion, the relevance of these reasons becomes less clear when a situation has been created abroad which, as such, cannot have violated Italian law".

⁶³ La sentenza della Corte d'Appello di Bari è citata *supra*, nota 26.

entrambi nei confronti dei due figli nati a seguito di maternità surrogata. I bambini avevano acquisito la cittadinanza USA in base al criterio dello *ius soli*. Uno dei due *partners* aveva donato il proprio materiale genetico. La Corte ha riconosciuto la paternità di entrambi i due committenti, e dunque anche del padre privo di legami biologici con i bambini, nonostante che la nascita dei figli fosse avvenuta applicando un metodo di procreazione vietato in Italia⁶⁴.

Meno frequenti sono le prese di posizione in senso contrario, che paiono motivate da una interpretazione del concetto del limite di ordine pubblico nel senso di collegare alle norme italiane sulla maternità valore imperativo, tale da escludere gli effetti di una filiazione ottenuta mediante ricorso alla maternità surrogata⁶⁵. Ne consegue che le norme nazionali sul divieto delle pratiche di PMA e il tenore restrittivo di queste disposizioni non impediscono il riconoscimento della filiazione stabilita all'estero⁶⁶. Quest'ultima posizione sembra si sia consolidata nella giurisprudenza anche di diversi Stati europei⁶⁷.

⁶⁴ Il riconoscimento è stato deciso sulla base dell'art. 67 della legge n. 218/1995.

⁶⁵ Il ricorso alla tecnica della surrogazione di maternità è stato ritenuto incompatibile con l'ordine pubblico dal Tribunale di Forlì, che con provvedimento del 25 ottobre 2011 ha negato il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre committente sorto a seguito di gestazione per altri, in base al principio che madre è colei che partorisce, secondo quanto stabilito dal codice civile e ricavabile anche dalla legge n. 40/2004 (art. 9, 2° comma) (v. http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/TribForl%C3%AC_251011.pdf). Cfr., in senso restrittivo, la sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 febbraio 2014, n. 247, sulla quale si veda il commento critico di CALVO CARAVAÇA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Comentario de la sentencia del Tribunal supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014), Gestación por sustitución en California*, in *Cuad. Der. Transn.*, vol. 7, n. 2, 2015. Sulla necessità di rispettare la dignità della gestante cfr. Cass., n. 24001/2014 cit. Per un commento su tale giurisprudenza e i riferimenti ai contributi della dottrina internazionalistica sul tema cfr. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int.*, 2017, spec. p. 1087 ss.

⁶⁶ Esiste una ricca giurisprudenza e letteratura che tratta del ricorso all'adozione in casi particolari per superare i problemi derivanti dalla inconciliabilità della maternità surrogata con i principi fondamentali dell'uomo. Cfr., fra i più recenti, THOMALE, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2017, p. 463 ss.

⁶⁷ Cfr. Trib. Milano, ordinanze del 16 ottobre 2018 (http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/11/Ordinanza-rettifica-Milano_1.pdf) e del 15 novembre 2018, sez. VIII civile, n. 13554/2018 (non ancora pubblicata): quest'ultima riguardava il riconoscimento a favore di una coppia di due uomini della genitorialità nei confronti di due gemelle nate in California a seguito di maternità surrogata, nonostante che il legame biologico di ciascuno di

La preminenza dell'interesse del minore emerge dal bilanciamento del *favor filiationis* e dalla considerazione delle esigenze fondamentali del minore, in confronto con gli altri principi normativi rilevanti. Tale metodo è stato seguito dalla Corte Costituzionale italiana, nella sentenza del 18 dicembre 2017 n. 272, la quale ha ritenuto che il *favor filiationis* debba considerarsi prevalente rispetto agli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* di figlio⁶⁸.

Sembra dunque che l'esito della causa decisa dalla Corte d'Appello di Trento nel febbraio 2017 difficilmente potrebbe essere ribaltato dalla attesa pronuncia della Cassazione a sezioni unite, chiamata a risolvere il problema della compatibilità del riconoscimento della filiazione ottenuta all'estero a seguito del ricorso alla gestazione per altri con i principi di ordine pubblico internazionale⁶⁹.

5. La registrazione del figlio nato in Italia a seguito del ricorso ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita all'estero

Nei casi fin qui esaminati, si è visto che, ai fini del riconoscimento dello *status* acquisito all'estero, l'interesse superiore del minore emerge quale parametro di valutazione che mette a confronto il principio di legalità e di prevenzione dei reati, nonché i presupposti per la qualificazione dei rapporti familiari, da un lato; il diritto del minore alla sua identità, al rispetto delle

essi sussistesse con una soltanto delle minori. In Germania, la sentenza del Bundesgerichtshof 10 dicembre 2014 (XII XII ZB 463/13), in <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>, si è espressa a favore del riconoscimento della genitorialità della madre committente del figlio nato in California con il metodo della gestazione per altri, non ravvisandosi un contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

⁶⁸ Cfr. par. 4.1.: "In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame". Sulla necessità di valutare l'eterogeneità delle circostanze di fatto nelle quali si realizza la surroga di maternità cfr. HONORATI, *op. cit.*, p. 156 ss.

⁶⁹ L'ordinanza di rimessione alle sezioni unite della Cassazione è citata *supra*, par. 1 e nota 7. Per una ricostruzione dei passaggi che hanno portato alla sottoposizione del caso al vaglio delle sezioni unite cfr. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status cit.*, p. 161 ss.

relazioni familiari e ad acquisire una cittadinanza, dall'altro lato.

Si tratta ora di verificare in che modo l'interesse superiore del minore operi allorché venga richiesta la registrazione del figlio nato in Italia e che sia frutto del ricorso ad una PMA non consentita nel nostro ordinamento. I pochi casi di questo tipo considerati dalla giurisprudenza italiana non riguardano la maternità surrogata, e sono rilevanti soprattutto sotto il profilo della possibilità di attribuire la genitorialità alla donna *partner* di una unione omosessuale priva di legami biologici con il nato.

Uno di questi è stato presentato davanti al Tribunale di Pisa, adito da una coppia omosessuale contro il rigetto da parte dell'ufficiale di stato civile italiano di una richiesta di registrazione proveniente da una cittadina statunitense (la madre gestazionale) e da una cittadina italiana con la quale era unita da matrimonio celebrato nello Stato del Wisconsin (USA).⁷⁰ L'autorità amministrativa aveva motivato il rigetto in base alla mancanza dei presupposti richiesti dalla legge italiana, riconducibili essenzialmente alla omogenitorialità della coppia⁷¹. Con l'ordinanza del 15 marzo 2018 il Tribunale di Pisa ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità della legge n. 40/2004 e di altre disposizioni contenute nel codice civile e nel d.p.r. 396/2000, sulla base delle quali l'ufficiale di stato civile

⁷⁰ Le due donne avevano impugnato il provvedimento di rigetto in base all'art. 95 davanti al Tribunale civile (il Tribunale provvede con rito camerale ex art. 737 cod. proc. civ.). Contro il mancato riconoscimento ex art. 65 delle situazioni risultanti da provvedimenti stranieri pronunciati da autorità dello Stato competente in base al diritto internazionale privato è possibile invece ricorrere in Corte d'Appello ex art. 67 della legge n. 218/1995 (la Corte d'Appello si pronuncia con rito sommario di cognizione ex art. 702-*bis* cod. proc. civ.). La competenza della Corte d'Appello è prevista dal d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69: "1. Le controversie aventi ad oggetto l'attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria di cui all'art. 67 della legge n. 31 maggio 1995 n. 218, sono regolate dal rito sommario di cognizione. 2. È competente la Corte d'Appello del luogo di attuazione del provvedimento".)

⁷¹ Gli articoli in questione sono i seguenti: art. 449 cod. civ., art. 29, 2° comma del d.p.r. n. 396/2000, art. 250 cod. civ., artt. 5 e 8 della legge n. 40/2004. Il Tribunale ha ritenuto fondata e non manifestamente irrilevante la questione di costituzionalità di queste norme nella parte in cui non consentono di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ex art. 33 della legge n. 218/1995, ravvisando un possibile contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. (il secondo in combinato disposto con gli artt. 24 e 30 Cost.) e con l'art. 117 Cost., per incompatibilità con gli artt. 3 e 7 della convenzione di New York del 20 novembre 1989.

aveva motivato il rigetto dell'istanza⁷².

Si è già fatto riferimento all'art. 33 della legge n. 218/1995, che richiama la legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, stabilendo la priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione. Pertanto, lo *status* di filiazione risultante dalla legge straniera di uno dei genitori (nel caso di specie la madre che aveva partorito il bambino) che riconosca il legame di genitorialità a favore della coppia, si estende, per effetto del richiamo operato dall'art. 33 comma 1, anche alla donna di nazionalità italiana legata alla madre biologica da rapporto coniugale. La legge straniera richiamata disciplina anche i presupposti dell'accertamento dello stato di figlio (art. 33 comma 2)⁷³: ne consegue che va escluso il ricorso alla *lex fori* (ossia alla legge italiana), applicandosi la legge straniera ai fini della valutazione della validità del rapporto sulla base del quale è chiesta la registrazione.

Il rinvio alla legge nazionale del figlio o di uno dei genitori al momento della nascita, se più favorevole, previsto dall'art. 33 comma 1 della legge n. 218/1995, esprime la preoccupazione del legislatore di assicurare l'acquisizione dello *status* di figlio evitando situazioni claudicanti o possibili casi di apolidia. Tale orientamento, emerso anche in sede di riconoscimento di provvedimenti stranieri di stabilimento della filiazione, comporta, come si è visto, l'eccezionalità del ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale per impedire l'applicazione della legge straniera⁷⁴.

Una soluzione diversa, che escludesse l'applicazione delle norme sulla filiazione in caso di genitori intenzionali uniti da matrimonio omosessuale o unione registrata, avrebbe l'effetto di ridurre il rapporto di filiazione con il genitore di nazionalità italiana a rapporto di mero fatto. Per rimediare a tale inconveniente, si dovrebbe procedere alla registrazione all'estero, ove ciò sia consentito dall'ordinamento straniero, e successivamente richiedere

⁷² Per i riferimenti v. *supra*, nota 9.

⁷³ In relazione al caso oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Pisa, si fa presente che la legge dello Stato del Wisconsin attribuisce al figlio la nazionalità della madre gestazionale e considera genitore il coniuge (anche dello stesso sesso) che ha dato il consenso alla PMA.

⁷⁴ Possono invece essere considerate contrarie all'ordine pubblico internazionale norme che non consentano al figlio di promuovere l'azione di accertamento della filiazione una volta divenuto maggiorenne (Cass., sezioni unite, 7 luglio 1993, n. 7447, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 597 ss.; e Corte EDU, 20 dicembre 2007, *Phinikaridou c. Cipro*, ric. n. 23890/02); le leggi che considerino prescrivibile l'azione di disconoscimento (Corte EDU, 24 novembre 2005, *Shofman c. Russia*, ric. n. 74826/1); le leggi che non contemplino o rendano eccessivamente difficile l'azione di disconoscimento (Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*, ric. n. 26111/02).

la trascrizione dello *status* di figlio in Italia, dato l'orientamento favorevole al riconoscimento manifestato dalla giurisprudenza. Tale soluzione non consentirebbe di evitare incertezze per tutto il tempo che decorre tra il momento della nascita, in Italia, e quello della trascrizione dell'atto straniero redatto all'estero. Vi è l'esigenza di assicurare l'acquisizione dello *status* di figlio al momento della nascita, senza attendere che venga attribuito in un secondo momento, in ipotesi, nel Paese di nazionalità del coniuge straniero, e di evitare gli inconvenienti che potrebbero verificarsi qualora l'ordinamento straniero non consentisse l'attribuzione della cittadinanza di quello Stato. Quel rimedio appare dunque riduttivo rispetto all'importanza che riveste l'interesse del minore all'attribuzione dello *status* di filiazione rispetto ad entrambi i genitori.

Si potrebbe eccepire che, a differenza del caso in cui venga chiesto il riconoscimento della filiazione acquisita all'estero, quando la nascita avvenga in Italia non vi è la necessità di garantire la continuità rispetto ad una identità personale del figlio già acquisita ed ai rapporti familiari già instaurati. In realtà, la filiazione acquisita a seguito di PMA costituisce la vicenda finale di un rapporto che coinvolge la coppia e inizia prima ancora del concepimento, sulla base di un progetto di genitorialità.

È dunque da escludere che dal bilanciamento tra l'interesse del minore e la salvaguardia dei valori espressi dalla normativa italiana emergano motivi di incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale per effetto dell'applicazione della legge straniera che attribuisca la genitorialità a una coppia omosessuale⁷⁵.

6. Le antinomie presenti nell'ordinamento italiano in materia di attribuzione della genitorialità

Il problema della redazione dell'atto di nascita di un bambino concepito all'estero attraverso il ricorso ad una PMA vietata in Italia è stato considerato, già prima dell'ordinanza del Tribunale di Pisa di rimessione alla Corte Costituzionale, nella richiamata sentenza n. 19599/2016, che si riferiva al caso di una coppia di donne coniugate, delle quali una di

⁷⁵ Limiti di ordine pubblico internazionale potrebbero sussistere, come si è precisato, qualora la PMA consistesse nella gestazione per altri e in base alle circostanze del caso risultasse gravemente compromesso il rispetto dei diritti fondamentali.

nazionalità italiana, entrambe legate geneticamente al bambino nato e registrato all'estero (essendo donatrice l'una, madre gestazionale l'altra). La Corte di Cassazione, dopo aver giustificato il riconoscimento in Italia dello *status* di filiazione sorto all'estero e negato l'ostacolo del limite dell'ordine pubblico internazionale rispetto a tale riconoscimento, in un passaggio della motivazione ha osservato che l'ufficiale di stato civile non potrebbe redigere l'atto di nascita di un bambino che nasca in Italia da due madri: la Corte si è limitata a indicare la impossibilità per le autorità italiane di formare un atto di quel tipo, senza approfondire i motivi di tale affermazione⁷⁶.

Non si possono sottovalutare le difficoltà che le autorità amministrative incontrano data la rigidità della normativa italiana. Tali difficoltà derivano dalla tipicità del documento da redigere, non sempre superabile con interventi correttivi da parte del funzionario responsabile. Il d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 prevede la possibilità per l'ufficiale di stato civile di rifiutare la registrazione di un atto in presenza di motivi di ordine pubblico (art. 18): si tratta dei casi nei quali l'operazione richiesta appare incompatibile con le norme italiane che richiedono determinati presupposti formali ai fini della trascrizione, registrazione o annotazione, finalizzati a garantire la rispondenza delle situazioni che figurano nei registri rispetto all'assetto delle relazioni personali dei richiedenti⁷⁷.

È evidente che tali ostacoli non rilevano ai fini dell'applicazione *ex art.* 33 della legge n. 218/1995 di una legge straniera richiamata dalle norme di conflitto. L'art. 33 comma 2 stabilisce che la stessa legge che disciplina lo stabilimento della filiazione regola anche i presupposti e le condizioni dell'accertamento dello stato di figlio. A tale meccanismo si possono opporre eventuali limiti di ordine pubblico internazionale, cui si riferisce l'art. 16 della legge n. 218/1995, ma non l'inderogabilità delle norme italiane sulle operazioni da compiere nella gestione dei registri di stato civile. La diversa

⁷⁶ Cass., n. 19599/2016 cit., par. 12.1: "Nel presente giudizio, infatti, non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere".

⁷⁷ Il rifiuto può essere impugnato davanti al Tribunale civile del luogo nel cui circondario si sarebbe dovuto registrare l'atto secondo la procedura di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 396/2000 (si applica in tale caso il rito camerale di cui all'art. 737 cod. proc. civ.). Nel caso di accoglimento della richiesta di registrazione, il Procuratore della Repubblica ha facoltà di promuovere in qualunque momento un procedimento di annullamento o di rettifica dell'atto redatto dall'ufficiale di stato civile.

disciplina stabilita dalle norme di un ordinamento straniero rispetto alle norme – sia pure inderogabili – contenute nell’ordinamento italiano non configura di per sé un limite di ordine pubblico internazionale. In caso contrario si contraddirebbero la logica e gli obiettivi del coordinamento e dell’apertura verso altri ordinamenti giuridici, alla base del sistema italiano di diritto internazionale privato. Le disposizioni dell’ordinamento italiano relative al ricorso alla PMA e alle unioni registrate, restrittive sotto il profilo della attribuzione della genitorialità per i casi di ricorso a tecniche di PMA nei riguardi di coppie omogenitoriali, non possono condizionare l’operato delle autorità amministrative competenti in materia di stato civile a fronte del rinvio ad una legge straniera quando sia previsto dalle norme di conflitto⁷⁸.

Vale la pena di considerare l’ipotesi che le norme che vietano la gestazione per altri si configurino come norme di applicazione necessaria⁷⁹. Se ci si riferisce alla legge n. 40/2004, si è visto che quest’ultima consente il ricorso alla PMA unicamente alle coppie eterosessuali unite da un rapporto di coniugio o di convivenza (art. 5). Quanto alla legge 20 maggio 2016 n. 76 che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, questa stabilisce che “le disposizioni contenenti le parole ‘coniuge’, ‘coniugi’ o termini equivalenti, ovunque ricorrano nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso”, e tuttavia aggiunge (art. 1 comma 12) che tale disposizione “non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge”. Tra queste disposizioni non figurano le norme in materia di genitorialità. Dunque, la legge italiana non disciplina il rapporto di genitorialità attribuibile ai membri di una coppia omosessuale. Da questa impostazione deriva una evidente asimmetria rispetto alle esigenze di coordinamento con altri ordinamenti e della tutela degli interessi del minore: tale asimmetria si riscontra anche nelle norme di diritto internazionale privato contenute negli art. 32-*bis* e seguenti della legge n. 218/1995 dedicati alle unioni civili registrate, introdotte con d.lgs. 19

⁷⁸ Cfr. le considerazioni di PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 314 s., sui difetti di coordinamento tra la normativa in materia di atti dello stato civile e la normativa di conflitto e la necessità di un intervento del legislatore.

⁷⁹ Nell’ordinanza del Tribunale di Pisa si esprime l’opinione che le norme che disciplinano l’attività della pubblica amministrazione “si debbano ritenere di applicazione necessaria”.

gennaio 2017 n. 7. Queste norme non forniscono spunti positivi ai fini della estensione della genitorialità a favore delle unioni registrate. Secondo l'art. 32-*bis*, al matrimonio contratto da cittadini italiani all'estero si applicano le norme italiane sulle unioni civili; il matrimonio concluso da italiani all'estero viene riqualificato (attraverso il cd. '*downgrading*') come unione registrata disciplinata dalla legge italiana (art. 32-*quinquies*)⁸⁰, come tale soggetta ai limiti imposti dalla legge n. 40/2004 che preclude la filiazione alle coppie omosessuali, anche se unite all'estero con vincolo coniugale.

Nonostante il carattere restrittivo delle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016, va escluso che ad esse si possano attribuire i caratteri e gli effetti delle norme di applicazione necessaria. Si è visto, infatti, che la legge n. 40/2016, pur vietando talune pratiche di PMA, non impedisce l'attribuzione dello *status* di figlio pur quando il ricorso alla PMA non fosse consentito in Italia. Al contrario, la stabilità del rapporto di genitorialità sorto a seguito di fecondazione eterologa è tutelata dalla norma che fa divieto di disconoscimento da parte del genitore che abbia dato il proprio consenso al ricorso alla PMA, anche in caso di assenza di legame genetico. Anche il *downgrading* operato per effetto della legge n. 76/2016 non è di per sé idoneo a impedire l'applicazione delle norme straniere richiamate dall'art. 33 della legge n. 218/1995 sulla determinazione dello stato di figlio⁸¹.

In senso contrario alla configurazione di norme di applicazione necessaria, va osservato che le norme di conflitto a carattere materiale finalizzate

⁸⁰ Le norme citate lasciano irrisolto il problema dell'efficacia in Italia del matrimonio celebrato all'estero da una coppia omosessuale di nazionalità straniera e quello dell'applicabilità delle norme sulla filiazione. Secondo LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il 'riordino' delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 541, è possibile considerare l'art. 32-*bis* come una norma di conflitto unilaterale ('introversa') diretta ad imporre l'applicazione della disciplina materiale stabilita dalla legge n. 76/2016 in modo che il matrimonio concluso all'estero da una coppia omosessuale venga riqualificato come unione registrata disciplinata dalla legge italiana. Tuttavia, nell'ipotesi in cui solo uno dei due coniugi fosse straniero e il coniuge italiano avesse acquisito, a seguito del matrimonio o della sua permanenza all'estero anche la cittadinanza straniera, sembra da escludere il criterio della prevalenza della legge italiana ricavabile dall'art. 19 comma 2, dovendosi ritenere applicabile il criterio del luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, di cui all'art. 20 della legge n. 218/1995. Tale soluzione dovrebbe ritenersi prevalente se l'applicazione della legge straniera fosse favorevole allo stabilimento della filiazione.

⁸¹ Tale interpretazione si desume dal testo della legge n. 218/1995, che attribuisce il carattere di norme di applicazione necessaria a talune disposizioni (ad es. sugli impedimenti), mentre tale indicazione non è presente nel resto della disciplina internazionalprivatistica dettata per le unioni registrate.

al riconoscimento dello *status filii* contenute nella legge n. 218/1995 restringono i margini di individuazione di norme di applicazione necessaria contrastanti con la scelta dal legislatore di valorizzare il principio del *favor filiationis*⁸². L'esclusione del carattere di norme di applicazione necessaria si desume anche dall'interpretazione dell'art. 33 della legge n. 218/1995, che richiama il criterio della nazionalità del figlio o di uno dei genitori, mentre il rinvio alla legge italiana ha carattere residuale, applicandosi alla contestazione dello *status* di figlio allorché questa non sia possibile sulla base della legge straniera applicabile ai fini dello stabilimento della filiazione (art. 33 comma 3, che opera un rinvio unilaterale condizionato). Soltanto nell'art. 33, 4° comma vengono menzionate come norme di applicazione necessaria quelle del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.

Del resto, nella valutazione circa il carattere di applicazione necessaria va tenuto conto anche dell'orientamento del legislatore successivo all'adozione della legge n. 40/2004 di apertura rispetto al fenomeno della omosessualità⁸³. Tale aspetto non risulta sufficientemente approfondito nell'ordinanza del Tribunale di Pisa, sopra citata, che sembra sottovalutare le aperture consentite dall'ordinamento italiano⁸⁴.

In base agli elementi considerati, sussiste l'obbligo della registrazione a favore della coppia in applicazione della legge nazionale di uno dei genitori (la madre gestazionale), per effetto della quale il figlio dovrà essere considerato anche figlio della madre di nazionalità italiana e, conseguentemente acquisirà la cittadinanza italiana⁸⁵.

⁸² Sulla scelta del legislatore di adottare norme di conflitto a carattere materiale o norme di applicazione necessaria, entrambe orientate nel senso della difesa di valori considerati importanti per l'ordinamento cfr. CARELLA, *Commento all'art. 33*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova 1996, p. 1191.

⁸³ Carattere necessario rivestono, secondo la lettera dell'art. 33, comma 4, soltanto le norme italiane che sanciscono l'unicità dello *status* di figlio: cfr. al riguardo LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione* cit., p. 401 e nota 29. Secondo BAREL, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2017, p. 188, nonostante quella espressa definizione contenuta nell'art. 33 comma 4 della legge n. 218/1995, il legislatore non avrebbe inteso escludere del tutto l'applicazione della legge straniera, bensì introdurre un correttivo a tale applicazione.

⁸⁴ V. *supra*, nota 9.

⁸⁵ Questa soluzione è coerente con una interpretazione dell'art. 33 improntata al *favor filiationis*. Si opera in tal senso una deroga all'art. 19, 2° comma, che prevede la prevalenza della cittadinanza italiana; sul punto cfr. DAVÌ, *Questioni generali di diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in onore di E. Vitta*, a cura di Gaja, Milano, 1994, p. 88 ss.

Il vaglio della Corte Costituzionale in ordine alla questione sottopostale dal Tribunale di Pisa potrebbe chiarire talune problematiche sollevate in tema di ordine pubblico e norme di applicazione necessaria, pur sembrando scontata la soluzione ai fini della registrazione in Italia dell'atto di nascita, che in base alle considerazioni svolte è dovuta in applicazione dell'art. 33 della legge n. 218/1995. L'attesa pronuncia potrebbe servire a sollecitare il legislatore ad adeguare la regolamentazione in materia di stato civile, eventualmente introducendo un meccanismo di rimessione al Procuratore della Repubblica ogni volta che emergano dubbi circa l'applicabilità di norme straniere sulla base della legge n. 218/1995, analogamente a quanto è stato fatto con la circolare di attuazione dell'art. 65 della stessa legge, relativo all'efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri in materia di rapporti di famiglia. La Corte Costituzionale potrebbe dare impulso alla eliminazione di talune anomalie e contraddizioni fra alcune disposizioni contenute nelle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 e il principio di non discriminazione sancito dalla Costituzione e dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. In particolare, potrebbe spingere il legislatore a modificare la legge n. 40/2004 nel senso di estendere il ricorso alla PMA anche a favore delle coppie omosessuali, almeno nei casi in cui esse sono utilizzabili da parte delle coppie eterosessuali⁸⁶. L'urgenza di provvedere in tal senso è emersa anche dalle prese di posizione espresse da altre corti di merito, fra le quali il Tribunale di Pistoia, che nel decreto del 5 agosto 2018 ha ordinato la registrazione dell'atto di nascita del figlio di una coppia di donne entrambe di nazionalità italiana, in presenza di un rapporto biologico esistente con una di esse (la madre gestazionale). Nel caso di specie mancavano elementi di estraneità e dunque non era invocabile l'art. 33 della legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato. Il Tribunale ha ritenuto che il rifiuto della registrazione fosse illegittimo, in base ad una interpretazione ritenuta conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano che vieta la discriminazione in base al sesso, e che pertanto non fosse necessario attendere la pronuncia della Corte Costituzionale.

⁸⁶ A favore di questa soluzione si potrebbe utilizzare l'argomento che tra i casi di infertilità non superabile con altre tecniche si potrebbe far rientrare proprio l'omosessualità.