

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso, Giuseppina Palmeri, Paolo Veronesi

**Comitato di redazione**

Angioletta Sperti, Denise Amram, Francesco Deana, Luca Paladini, Chiara Ragni, Angelo Schillaci

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Chiara Ragni, Livio Scaffidi Runchella, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Carmelo Danisi, Francesco Deana, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Civile:* Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Angelo Schillaci, Matteo Winkler

*Diritto del Lavoro:* Laura Tomasi

*Filosofia del diritto e sociologia giuridica:* Thomas Casadei, Roberta Dameno, Francesca Poggi, Annalisa Verza, Giacomo Viggiani

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Augusto Aguilar Calahorro, Rosalba Alessi, Francesca Angelini, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Elisabetta Bergamini, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Valentina Di Gregorio, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Isabel Fanlo Cortes, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Nuno Ferreira, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Berta Esperanza Hernandez-Truyol, Juan Luis Jiménez Ruiz, Francesca Ippolito, Nicola Lucchi, Patrizia Magarò, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Irene Pellizzone, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Ludovica Poli, Susanna Pozzolo, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Sabrina Ragone, Lucia Risicato, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Giovanna Savorani, Anqi Shen, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Silvia Vida, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

**Rivista scientifica rilevante ai fini dell'Abilitazione Scientifica Nazionale**

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19

a cura di Marco Gattuso

- 6 **Maria Carmela Venuti:** Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il *best interest of the child* e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri
- 19 **Vincenzo Barba:** Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019
- 38 **Massimo Dogliotti:** I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione
- 48 **Silvia Izzo:** «*From status to contract*»: la trascrizione dei provvedimenti stranieri dichiarativi dello status del figlio d'intenzione
- 61 **Sara Tonolo:** Lo status *filiationis* da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione

## Focus: I minori gender variant: aspetti e punti di vista

a cura di Angelo Schillaci e Paolo Veronesi

- 70 **Silvia Manzani:** Storia di una bambina che fin da piccola ha mostrato gusti, atteggiamenti e modi di fare associati, nell'immaginario, a un bambino
- 72 **Fulvia Signani, Nicoletta Natalini, Claudio Vagnini:** Minori Gender Variant: il ruolo che un'Azienda Sanitaria può (deve?) svolgere
- 80 **Paolo Valerio, Cristiano Scandurra, Fabrizio Mezza:** Transfobia e pressione sociale
- 99 **Jiska Ristori, Francesca Mazzoli:** La presa in carico psicologica di minori con sviluppo d'identità di genere atipico
- 108 **Daniela Anna Nadalin:** La presa in carico di minori con sviluppo atipico dell'identità di genere – adolescenza
- 114 **Marina Pierdominici, Matteo Marconi, Maria Teresa Pagano, Paola Matarrese:** La ricerca pubblica attenta alle identità di genere
- 120 **Katia Varani, Fulvia Signani:** Benefici e rischi nel trattamento farmacologico con Triptorelina nella disforia di genere

## Interventi

- 130 **Giacomo Viggiani:** Il femminicidio come reato. Prassi applicative e prospettive de iure condendo
- 146 **Tullio Padovani:** Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità

## Commenti

- 156 *Sofia Ciuffoletti*: Carcere e antidiscriminazione. Prime prove di tutela dei diritti a fronte della (dimidiata) riforma dell'ordinamento penitenziario

## Osservatorio documenti

*a cura di Alexander Schuster*

- 180 *Ministero dell'interno*: Circolare 28/05/2019, n. 5/19, Sentenza Corte Costituzionale n. 212/18. Stato civile - Disciplina del cognome comune nelle unioni civili - Variazioni anagrafiche, emanata dal Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici.

## Osservatorio decisioni

*a cura di Alexander Schuster*

- 182 *Tribunale ordinario di Foggia, sez. lavoro*: Sentenza n. 4203 del 16 novembre 2019  
187 *Corte d'appello di Trento*: Decreto del 16 gennaio 2020  
202 *Tribunale di sorveglianza di Firenze*: Ordinanza n. 632 del 18 febbraio 2020

Sara Tonolo\*

## Lo *status filiationis* da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione

### Sommario

1. Osservazioni introduttive. – 2. L'evoluzione della nozione di ordine pubblico in tema di trascrizione di atti nascita esteri. – 3. L'adattamento delle norme in materia di adozione e i limiti di tale soluzione. – 4. Osservazioni conclusive.

### Abstract

Le difficoltà concernenti il riconoscimento degli atti di filiazione esteri, per effetto della natura di ordine pubblico del divieto di surroga di maternità, previsto dall'art. 12 l. 40/2010, determinano la necessità di esplorare possibili alternative quali ad esempio il proposto adattamento delle norme nazionali in tema di adozione. L'articolo esamina tali soluzioni e le criticità ad esse connesse alla luce del principio di continuità degli *status* e dei diritti fondamentali di figli e genitori.

*The difficulties concerning the recognition of foreign parentage acts, due to the public policy nature of the prohibition of surrogacy, provided for by Article 12 Law 40/2010, determine the need to explore possible alternatives such as the proposed adaptation of national rules on adoption. The article examines these solutions and the related critical issues in the light of the principle of cross-border continuity of status and of the fundamental rights of children and parents.*

### 1. Osservazioni introduttive

Lo *status filiationis* conseguente a procedimenti di maternità surrogata viene frequentemente messo in discussione entro gli ordinamenti, come ad esempio quello italiano, nell'ambito dei quali tali procedimenti sono vietati, con un'evidente compromissione dei diritti umani fondamentali discendenti da tale *status*.

Vari e complessi sono i problemi di diritto internazionale privato collegati a tale tema e riguardano la trascrivibilità degli atti di stato civile secondo la disciplina dell'ordinamento italiano di stato civile<sup>1</sup>, il principio di continuità degli *status* personali<sup>2</sup>, da coordinarsi entro la «diversa latitudine riconosciuta

\* Ordinaria di diritto internazionale, Università degli Studi di Trieste. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

1 D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, in *G.U.* 30 dicembre 2000 n. 303 suppl.

2 Sul punto si v. F. Salerno, *The identity and continuity of personal status in contemporary private international law*, in *Recueil des Cours*, 395, 2019, p. 21 ss.; R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, *ivi*, 348, 2010, p. 491 ss.; P. Kinsch, *Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European*

all'ordine pubblico internazionale (...) rilevante al fine di verificare la compatibilità di atti di nascita stranieri che indichino i genitori intenzionali in caso di gravidanza per altre (surrogazione di maternità)»<sup>3</sup>, secondo la più recente giurisprudenza della Suprema Corte, che interviene in maniera autorevole nel dibattito da tempo aperto sulla natura del divieto di surroga di maternità sancito dall'art. 12 l. 40/2010<sup>4</sup>.

Tale ambito riguarda i nuovi modelli di filiazione, ascrivibili all'evoluzione biotecnologica e normativa concernente la materia, e coinvolgente da un lato le procedure di surroga di maternità e di fecondazione eterologa negli ordinamenti che le ammettono<sup>5</sup> e, dall'altro, la previsione di provvedimenti di adozione omoparentale. In ragione del divieto della surroga di maternità, dei limiti posti all'operatività della fecondazione eterologa, entro l'ordinamento italiano, dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>6</sup>, nonché della previsione normativa che consente l'adozione solo alle coppie unite in matrimonio, tali profili non vengono in considerazione nell'applicazione diretta dell'ordinamento italiano, ma sul piano del riconoscimento di situazioni costituite all'estero, delineando un possibile conflitto con l'ordine pubblico, rispetto al quale si è da tempo delineata una complessa giurisprudenza. Ciò, secondo una tendenza, più ampiamente diffusa di ottenere degli *status* entro gli ordinamenti che li prevedono e li regolano per poi ottenerne il riconoscimento nel proprio Stato d'origine, secondo un percorso di c.d. "turismo legale"<sup>7</sup>, come nel caso dei divorzi lampo olandesi, dei matrimoni omosessuali ecc.<sup>8</sup>

## 2. L'evoluzione della nozione di ordine pubblico in tema di trascrizione di atti di nascita esteri

La nozione di ordine pubblico è stata oggetto di una recentissima evoluzione interpretativa, sviluppata proprio relativamente a casi concernenti la trascrizione di atti esteri di nascita.

Nell'ordinamento italiano, il riconoscimento del provvedimento straniero che attribuisce lo *status* di figlio, rilevante ai fini della registrazione del minore quando i genitori si trasferiscano in Italia o chiedano di esercitare l'affidamento o il diritto di visita, avviene ai sensi dell'art. 65 della l. n. 218 del 31 maggio 1995, qualora provenga dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata o produca effetti nell'ordinamento richiamato, purchè non sia contrario all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti della difesa, ovvero ai sensi dell'art. 66 per i provvedimenti di giurisdizione volontaria.

---

*Human Rights Law*, in K. Boele-Wolki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, L'Aja, 2010, p. 270 e ss. Sulla rilevanza del principio di continuità degli *status* entro l'Unione europea come portato dell'esercizio della libertà di movimento, si v. European Commission, *Less Bureaucracy for Citizens: Promoting Free Movement of Public Documents and Recognition of the Effects of Civil Status Records*, Bruxelles, 15.12.2010, COM (2010), 747, final, para. 4.1.

- 3 Corte di cassazione, Sezioni Unite civ., 6 novembre 2018, depositata l'8 maggio 2019, n. 12193, *Procuratore generale presso la Corte d'appello di Trento, Ministero dell'Interno e Sindaco di Trento*.
- 4 R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.; M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in questa *Rivista*, 2015, p. 160 ss.; C. Focarelli, *La convenzione di New York e il concetto di best interests of the child*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 981 ss.; P. Alston, *The best interest of a child: reconciling culture and human rights*, Oxford, 1994.
- 5 La maternità surrogata è ormai prevista, secondo regole differenti, in molti paesi, tra cui ad es. Regno Unito, Spagna, Arkansas, California, North Dakota, Nevada, Virginia, India. Sul punto si v. S. Bychkov Green, *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflict of Laws*, in *Selected Works of Berkeley Electronic Press*, 2008; R. Stephenson, *Reproductive Outsourcing to India: WTO Obligations in the Absence of US National legislation*, in *Jour. World Trade*, 2009, p. 189 ss.; K. Trimmings, P. Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal regulation at the International Level*, in *Journal Private Int'l Law*, 2011, p. 627 ss.; D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Clunet*, 2015, p. 441.
- 6 Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. 24 febbraio 2004 n. 45, art. 5.
- 7 F. Salerno, *The identity and continuity of personal status*, cit., p. 56.
- 8 K. Rokas, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, p. 289 ss.; J.S. Bergé, *Contextualisation et circulation des situations: approche modale des phénomènes de gestation par autrui à l'étranger*, in *Clunet*, 2018, p. 3 ss.

Ai fini della riconoscibilità del provvedimento di nascita estero<sup>9</sup>, rileva il carattere di ordine pubblico attribuito dalla giurisprudenza alla norma dell'art. 12, comma 8, della l. 40/2004, che vieta la surroga di maternità<sup>10</sup>. La recente affermazione di tale carattere nell'ambito della sentenza della Cassazione (sez. un. civ.) del 6 novembre 2018<sup>11</sup> segna una tappa fondamentale nel dibattito da tempo aperto sulla natura del divieto di surroga di maternità sancito dall'art.12 l. 40/2010.

In precedenza, differenti erano state le soluzioni prospettate in giurisprudenza, anche perché diversi erano i casi da cui aveva origine la richiesta di riconoscimento dello *status filiationis*, quali ad es. quelli di procreazione medicalmente assistita, ascrivibili alla fecondazione eterologa (e non alla surroga di maternità), e pertanto determinanti atti di nascita esteri ritenuti riconoscibili in Italia, nei noti casi dei figli delle due madri<sup>12</sup>.

Così, anche con riguardo all'estensione della nozione di ordine pubblico, nella sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016<sup>13</sup>, la Corte di Cassazione ha individuato i limiti della stessa, in maniera meno stringente di quanto affermato nella sentenza del 2018, ovvero identificandoli esclusivamente nei principi costituzionali o ad essi equiparati, ovvero in quelli non modificabili dal legislatore ordinario, in forza del riconoscimento dello stato di figlio legittimamente acquisito all'estero, letto alla luce del principio del superiore interesse del minore<sup>14</sup>, anche in seguito alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>, e indipendentemente dal fatto che la surroga di maternità fosse da più parti considerata<sup>16</sup> in contrasto con il superiore interesse del minore, in violazione dell'art. 35 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989<sup>17</sup>, che vieta il traffico di minori, nonché dell'art. 7 della medesima Convenzione, che sancisce il diritto del minore alla cittadinanza, alla cura familiare e alla conoscenza delle proprie origini.

Evidentemente diversi sono i valori in gioco nel necessario contemperamento dei diritti di tutte le parti in causa nei casi ora in considerazione.

Nel 2018, il tema si è riproposto con riguardo al caso sottoposto alla Corte di Cassazione tramite il ricorso del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Trento, del Ministero dell'Interno e del Sindaco del Comune di Trento, questi in via incidentale avverso l'ordinanza del 23 febbraio 2017, con la quale la Corte d'Appello di Trento aveva riconosciuto il provvedimento straniero attributivo della co – genitorialità su due minori al compagno del padre biologico con questi unito civilmente, non ravvisando contrarietà all'ordine pubblico, in virtù del principio di continuità dello *status personale* cui si ricollega il principio della tutela del superiore interesse del minore. Il caso concerne la trascrizione dell'atto di nascita dei minori nati negli Stati Uniti tramite surroga di maternità contratta da un uomo, padre biologico, e indicati alla nascita come figli anche del suo consorte secondo la legge del luogo di nascita dei minori, differenziandosi così dal caso esaminato dalla Cassazione nel 2016, rispetto al quale il legame biologico sussisteva rispetto a entrambe le madri indicate come tali nell'atto di nascita estero.

9 Si v. Corte di cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2014 n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2015, p. 427 ss.: in questo caso si trattava di minore nato in Ucraina e dichiarato figlio di genitori eterosessuali entrambi privi di legame genetico con lo stesso.

10 Si v. anche Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), par. 3.2.

11 Corte di cassazione, sezioni unite civ., 8 maggio 2019, n. 12193, *Procuratore generale presso la Corte d'appello di Trento, Ministero dell'Interno e Sindaco di Trento*, cit. Sul punto si v. S. Tonolo, *Status filiationis da maternità surrogata e adozione del genitore "intenzionale": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1151 ss.

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

13 Consultabile all'indirizzo <http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2016/10/Cass.-30-settembre-2016-n.-19599.pdf>, concernente la trascrizione dell'atto di nascita del figlio nato in Spagna, in seguito al concepimento avvenuto tramite donazione dell'ovulo dalla moglie della donna, che lo ha partorito e fecondazione con gamete di donatore anonimo.

14 Sul quale si veda in generale: P. Hammje, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 367.

15 Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, e *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65942/11, sul punto S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2015, pp. 202 – 209.

16 B. Starck, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 7 ss.

17 GA, res. 44/25 del 20 novembre 1989, in vigore dal 2 settembre 1990.

L'evoluzione appena analizzata ha così condotto a un brusco mutamento entro il quale dall'orientamento, fatto proprio anche dalla Cassazione nel 2016, secondo il quale il riconoscimento dell'atto di nascita estero sarebbe ammissibile perché i principi di ordine pubblico, definito attraverso le norme interne costituzionali, e internazionali) si identificano in maniera prioritaria nel superiore interesse del minore, nel suo diritto all'identità e alla certezza dello stato, si è passati al diniego del riconoscimento dell'atto di nascita estero, in quanto contrastante con il divieto di maternità surrogata, che, sancito entro una norma della l. 40/2010, è stato ritenuto di ordine pubblico.

Ciò con particolare riguardo ai genitori privi di legami biologici con i figli, c.d. "genitori intenzionali", rispetto ai quali la trascrizione degli atti di nascita nei registri nello stato civile viene da tempo contrastata per motivi di ordine pubblico anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha escluso che la tutela del diritto alla vita privata del figlio, garantita dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>18</sup>, e implicante obblighi positivi a carico degli Stati<sup>19</sup>, comprenda il diritto alla registrazione dello *status filiationis* rispetto al genitore titolare del legame biologico ma non rispetto all'altro<sup>20</sup>, con la motivazione, espressa anche nell'ambito di altri casi<sup>21</sup>, e ripresa da ultimo nel parere del 10 aprile 2019<sup>22</sup>, che l'altro genitore c.d. "intenzionale", nel caso specifico, la madre designata nell'atto di nascita straniero come "madre legale", avrebbe potuto porre in essere l'adozione del figlio del coniuge/com-pagno<sup>23</sup>.

- 
- 18 Sul carattere flessibile della norma dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come norma rivolta a rendere il suo contenuto "practical and effective, not theoretical and illusory", si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 marzo 2015, *X e Y c. Turchia*, ricorso n. 14793/08, par. 103.
- 19 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, par. 72; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 ottobre 2012, *Harroudj c. Francia*, ricorso n. 43631/09, par. 47.
- 20 europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, sent. 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, §§ 100 – 101. In generale sul punto si veda: C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 1132 e ss.; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 e ss.; R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 e ss.; F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di Cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in *Dialoghi con U. Villani*, E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (eds), Bari, 2017, vol. II, p. 1141 e ss.
- 21 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*, n. 9063/14; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 19 gennaio 2017, *Laborie c. Francia*, n. 44024/13; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, § 195, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza della Grande Camera, che ha peraltro rovesciato la sentenza del 27 gennaio 2015, pronunciata nello stesso caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Per le critiche a tale ultima soluzione, si v. M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso e Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, p. 1 ss.; A. Viviani, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le 'famiglie di fatto'*, in questa *Rivista*, 1/2017, p. 78 ss.; e *contra* O. Feraci, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho trasnacional*, 2015, p. 420 e ss.
- 22 Primo parere consultivo reso ai sensi del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019 (richiesta n. P16-2018-001, consultabile all'indirizzo: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Pur non avendo l'Italia ratificato il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul quale si fonda la competenza consultiva della Corte di Strasburgo (il parere peraltro non è vincolante nemmeno negli Stati aderenti al Protocollo (sino ad ora: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, Slovenia, Ucraina)), è chiara l'importanza interpretativa dello stesso.
- 23 Per una soluzione simile, nella giurisprudenza di merito italiana, secondo la quale è stata stabilita la parziale illegittimità del rifiuto di trascrizione di un atto di nascita indiano di due gemelli, autorizzando il padre italiano, dal cui seme erano stati generati, a essere riconosciuto tale, a differenza della madre, c.d. genitore intenzionale che poteva porre in essere l'adozione in casi speciali, si v. Tribunale di Forlì, decreto del 25 ottobre 2011, consultabile all'indirizzo <http://www.iusexplorer.it/Dejure/ClusterResultList?IdDataBank=6>.



### 3. L'adattamento delle norme in materia di adozione e i limiti di tale soluzione

Non potendosi procedere al riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico degli atti posti in essere in violazione del divieto di surroga di maternità previsto entro l'ordinamento italiano, la soluzione individuata dalla Cassazione per garantire la continuità dello *status filiationis* consiste nella possibilità di attribuire rilievo al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, primo comma, lett. d) della l. 184 del 1983.

La Cassazione conferma la necessità dell'adattamento suggerito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup>, con riguardo all'interpretazione flessibile della clausola che consente di porre in essere tale tipologia di adozione, subordinandola alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", da intendersi "non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo"<sup>25</sup>.

Nel caso specifico, il processo di adattamento riguarda lo *status filiationis*, che non può essere riconosciuto secondo quanto prevede la legge straniera e dunque occorre individuare una soluzione per consentire l'esercizio dei diritti da tale *status* derivanti, che sia coerente con quanto prevede la *lex fori*. Ne consegue il suggerimento di costituire uno *status* di figlio adottivo, quindi uno *status* personale rilevante esclusivamente nei rapporti tra adottante e adottato; l'adozione del genitore intenzionale viene così ritenuta equiparabile all'adozione del *single*, dal momento che l'adozione in casi speciali è comunque preclusa alle coppie omosessuali.

Si tratta di una soluzione già individuata dalla giurisprudenza di merito, con l'obiettivo di attuare e tutelare il diritto a un ambiente familiare stabile, secondo le autorevoli indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, l'art. 44, lett. d), della l. 84/1983 è stato ad es. applicato con riguardo a una adozione richiesta da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero<sup>26</sup>, nonché nel caso concernente la domanda di adozione da parte del compagno del padre biologico<sup>27</sup>, anche non considerandosi in tale ultima situazione la circostanza che il rapporto di filiazione fosse stato costituito in violazione del divieto di surroga di maternità previsto dall'art. 12 l. 40/2004.

In altri casi, si è invece fatto riferimento all'art. 33 l. 218/95, che richiama la legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, affermando la necessaria priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione, estendendo così il legame di genitorialità alla coppia e quindi anche al cittadino italiano legato al genitore biologico da rapporto coniugale<sup>28</sup>.

In presenza di tali differenti orientamenti giurisprudenziali, il riconoscimento dello *status filiationis* si presenta dunque destinato ad avere diverse estensioni, quasi condizionato alla necessità di sanzionare la condotta dei genitori per il ricorso della maternità surrogata all'estero<sup>29</sup> e non più supportato dalla valenza fondamentale del principio del superiore interesse del minore, che incidendo sullo *status*

24 Sull'adattamento come metodo ben noto agli studiosi del diritto internazionale privato nelle situazioni in cui la legge straniera applicabile preveda un istituto sconosciuto alla *lex fori* e quindi occorra trovare nella *lex fori* una soluzione equivalente a quella prevista entro la legge straniera richiamata, si veda in generale W. Wengler, *The General Principles of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, 104 (1961), p. 407, e più specificamente sullo stesso e sulla codificazione ad es. entro il Regolamento UE n. 650/2012, si veda P. Franzina, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in B. Cortese (ed.), *Essays in Honour of Laura Forlati Picchio*, Torino, 2014, p. 188.

25 Così già Corte di cassazione, prima sezione, 22 giugno 2016, n. 12962, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 451 ss.

26 Tribunale per i minorenni di Roma, 22 ottobre 2015, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

27 Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 7-8, 969 ss.

28 Come nel caso della cittadina italiana unita in matrimonio celebrato nello Stato del Wisconsin – USA con la cittadina statunitense, madre gestazionale, da cui l'ord. Trib. Pisa in *Foro it.*, 2018, I, 782 che ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli articoli. 250, 449 c.c., 29, 2° co., d.p.r., n. 396/2000).

29 Con ciò senza trascurare la necessità di salvaguardare la posizione della gestante, la sua dignità e la necessità di proteggerla da gravi violazioni dei diritti fondamentali; si veda sul punto C. Honorati, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 137 ss.

condiziona molti diritti fondamentali del minore stesso quali la sua identità, il suo diritto al nome e alla cittadinanza<sup>30</sup>, nonché il diritto alle relazioni interpersonali<sup>31</sup>.

Tuttavia non si può non riconoscere che l'incerta riconoscibilità dello *status filiationis* rispetto a genitori intenzionali omosessuali, foriera delle criticità appena esaminate e di possibili discriminazioni<sup>32</sup>, connaturate anche al fatto che solo alcuni sono economicamente in grado di ricorrere alla surroga di maternità all'estero<sup>33</sup>, è coerente alle scelte normative operate dalla legge n. 76/2016<sup>34</sup>, con la quale il legislatore italiano ha introdotto l'attesa disciplina in materia di unioni civili tra persone dello stesso sesso, escludendo ogni possibile equiparazione delle parti di tali unioni ai coniugi per quanto attiene alla disciplina della filiazione e dell'adozione, e limitandosi a disporre, relativamente a quest'ultima, che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle leggi vigenti» (art. 1, 20° comma, ultima frase)<sup>35</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive

La continuità dello *status filiationis* dei minori nati in seguito alle procedure di surroga di maternità è un tema fondamentale sottoposto a gravissime tensioni.

La ricerca di soluzioni alternative a tale riconoscimento non implica, infatti, soltanto limitazioni ai diritti del genitore c.d. "intenzionale", trasferendo il progetto genitoriale dalla coppia al singolo adottante, ma anche, e in maniera alquanto più grave, incertezze di *status* per il nuovo nato, che può vedersi privato della conoscenza delle proprie origini, nonché della cittadinanza, nel caso in cui il mancato riconoscimento dell'atto di nascita nel paese di residenza dei genitori intenzionali impedisca anche l'acquisto della cittadinanza entro il medesimo e al contempo non ne abbia acquistata una nel paese di nascita<sup>36</sup>.

In particolare, relativamente al diritto a conoscere le proprie origini, mette conto rilevare sia la difformità normativa esistente all'interno degli ordinamenti che regolano la procreazione assistita tramite fecondazione eterologa<sup>37</sup>, e considerare ad esempio la rilevanza della manifestazione da parte di alcuni paesi di una riserva, a favore dell'anonimato del genitore genetico, rispetto all'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, in ragione del margine di incertezza relativo ai genitori biologici, che riguarda

- 
- 30 R. Cafari Panico, *Identità nazionale e identità personale*, in A. Di Stasi, *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, cit., p. 215 ss.; M.C. Baruffi, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, ivi, p. 161 e ss.
- 31 In generale sul punto si v. F. Marongiu Buonaiuti, *Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso al vaglio della Corte costituzionale, Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1135 ss., p. 1140; Id., *Il riconoscimento delle adozioni da parte di coppie di persone dello stesso sesso: la Corte costituzionale «risponde» al Tribunale per i minorenni di Bologna*, ivi, 2016, p. 453 ss., p. 458 s., 462 s.
- 32 Si v. anche Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), par. 13.
- 33 E. Lorenzini, *Gestation pour autrui: entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant. – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH*, *Journal du droit int.*, 2017, p. 831 ss., p. 837 ss.; Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1078 ss., M. Gervasi, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, *Diritti umani e diritto int.*, 2018, p. 224 ss.
- 34 Legge sulle unioni civili e relativi decreti attuativi, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 674 ss.
- 35 Per gli aspetti critici di tale scelta politica si v. A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *articolo29*, 26 febbraio 2016, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); L. Poli, *Gestazione per altri e stepchild adoption: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale*, in *DPCE online* 3/2016, [www.dpce.it](http://www.dpce.it).
- 36 Come ad esempio nei casi *Menesson e Labassee c. Francia*, cit., rispetto ai quali si v. anche *Plan d'action* (26/03/2015). *Communication de la France concernant l'affaire Mennesson contre France* (Requête n. 65192/11), pp. 2- 3, consultabile all'indirizzo [www.hudoc.exec.coe.int](http://www.hudoc.exec.coe.int).
- 37 Per l'approfondimento di tali considerazioni che riguardano ad es. il confronto della scelta legislativa svedese che prevede il diritto ad assumere informazioni sul padre genetico, rispetto alla disciplina danese, che rispetta l'anonimato del donatore, si veda C. Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, 2003, p. 154.

comunque anche i figli nati da coppie di coniugi<sup>38</sup>, sia i contrasti giurisprudenziali tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte Costituzionale italiana. Mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione, da parte dell'Italia, del diritto al rispetto alla vita privata garantito dall'art. 8 della Convenzione europea, nei casi in cui la madre biologica abbia deciso di mantenere l'anonimato e la normativa italiana non dia alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso a informazioni non identificative sulle sue origini e la reversibilità del segreto<sup>39</sup>, la Corte costituzionale non appare così nettamente orientata con riguardo al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini, né sul suo stato che rimane quello di figlio nato nel matrimonio degli adottanti secondo quanto prevede l'art. 27 della legge sull'adozione come modificata dal d. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154<sup>40</sup>.

A complicare il quadro è intervenuta poi la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 18 dicembre 2017<sup>41</sup>, nell'ambito della quale si ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, e appare pertanto evidente la necessità di bilanciare il principio della necessaria conformità degli *status* alla realtà della procreazione con il superiore interesse del minore<sup>42</sup>. Viene così nuovamente ribadita la rilevanza dell'interesse del minore quale indizio interpretativo atto a definire l'operatività dell'ordine pubblico in maniera estensiva o restrittiva.

Tuttavia, pur riconoscendosi la natura non assoluta del diritto a conoscere le proprie origini<sup>43</sup>, non si può non ammettere che acquisire notizie in merito ai genitori genetici appaia essere un aspetto connesso alla tutela del diritto alla salute del singolo, laddove vengano in rilievo esigenze sanitarie, per le quali tali informazioni fossero essenziali.

Molti sono dunque i diritti fondamentali in gioco e connessi al riconoscimento dello *status* di figlio costituito all'estero.

Non pare sicura, tuttavia, la tutelabilità degli stessi, dal momento che è lo stesso presupposto a essere messo in discussione: la riconoscibilità dello *status* di figlio istituito in violazione di norme di ordine pubblico.

Non risulta di decisivo supporto, a tal fine, il superiore interesse del minore; seppure, principio fondamentale cui si ispirano numerosi atti normativi internazionali e nazionali<sup>44</sup>; la recente declinazione

38 S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht, 1992, p. 129; C. Campiglio, *Procreazione assistita e famiglia*, cit., p. 157.

39 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, ricorso n. 33783/09, par. 71. Sul punto, la Corte europea si era peraltro già pronunciata in maniera analoga nella sent. 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, ricorso n. 42326/98, pur non configurando il diritto a conoscere le proprie origini quale diritto assoluto, in quanto suscettibile di limitazioni imposte dallo Stato per proteggere l'anonimato del genitore. Nel caso specifico, veniva in rilievo la legge francese 8 gennaio 1993, che tutela l'anonimato della madre, garantendole il diritto di non essere indicata nell'atto di nascita. La ricorrente, affidata ai servizi sociali sin dalla nascita e successivamente adottata, desiderava acquisire informazioni più specifiche sui fratelli, pur avendo ottenuto dati non identificativi sulla propria famiglia d'origine. La Corte, pur affermando che il diritto a conoscere le proprie origini rientra nella tutela della propria vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione europea, riconosce che la legislazione francese rientra nel margine d'apprezzamento riservato agli Stati nell'attuare le misure di tutela dei diritti sanciti dalla Convenzione, alla luce della diversità delle prassi nazionali in materia. Per la configurazione del diritto a conoscere le proprie origini quale «...*partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée*», si veda tuttavia l'opinione dissidente comune dei giudici Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral, Barreto, Tulkens e Pellonpää, par. 11.

40 Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014 n. 162, cit., par. 12. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini era regolato dalla l. 28 marzo 2001 n. 149 che aveva modificato l'art. 28 della l. 4 maggio 1983 n. 184, imponendo ai genitori adottivi di informare il minore adottato della sua condizione e prevedendo alcune cautele relativamente all'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini; l'art. 28, 7° comma, poneva tuttavia il divieto generale di accesso alle informazioni nelle ipotesi riconducibili alla volontà contraria anche di uno solo dei genitori biologici, divieto poi modificato dal d.lgs. n. 196/2003 che ne ha ristretto l'operatività con esclusivo riguardo al caso in cui il dissenso a essere nominata nella dichiarazione di nascita fosse manifestato da parte della madre. Su di essa, si v. Tonolo, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte Costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 1121 ss.

41 Consultabile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0272s-17.html>.

42 Corte costituzionale, sent. 18 dicembre 2017, n. 272: «va escluso – si legge nel dispositivo della sentenza – che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento».

43 Sul punto si v. in generale: T. Callus, *Tempered Hope? A Qualified Right to know one's genetic origin: Odièvre v. France*, in *Modern Law Review*, 2004, p. 658 ss.; L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 1/2016, p. 43 e ss.

44 Si veda sul punto *supra* par. 2.

dello stesso in maniera differente a seconda del progetto genitoriale in cui lo stesso minore sia coinvolto, anche per effetto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne ha diversificato la portata in base all'esistenza di legami genetici tra genitori e figli<sup>45</sup>, lo ha reso un presupposto poco sicuro per fondare la riconoscibilità dello *status* di figlio costituito all'estero in violazione di norme di ordine pubblico<sup>46</sup>; ciò, anche alla luce della sua natura mutevole e differente in base all'età e alle circostanze sociali e ambientali in cui il minore si viene a trovare, come evidenziato nel caso *Paradiso e Campanelli*<sup>47</sup>.

Garantire solo alcuni diritti derivanti dallo *status* di figlio nato da surroga, e in maniera del tutto discrezionale e differente da quella concernente casi simili, concernenti ad esempio lo *status* di figlio adottato da persona singola<sup>48</sup>, ovvero tramite l'adattamento delle norme nazionali in materia di adozione, pare molto lontano dal parere degli esperti della Conferenza dell'Aja, che hanno recentemente suggerito la operabilità del riconoscimento dello *status* di figlio basato su una presunzione dello stesso, fino a prova contraria<sup>49</sup>, e non del tutto coerente all'obbligo positivo discendente dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di assicurare la continuità dello *status filiationis* anche tramite il riconoscimento dei certificati esteri di nascita da surroga<sup>50</sup>.

45 L. Bracken, *Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-Border Surrogacy: Inconsistency in the Strasbourg Approach?*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2017, p. 1 e ss. Per una analoga discrezionale declinazione dell'interesse del minore entro la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, si veda Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 1 luglio 2010, in causa C- 211/10, PPU, *Povse*, par. 83.

46 C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 e ss.; A. K. Boyce, *Protecting the Voiceless: Rights of the Child in Surrogacy Transnational Surrogacy Agreements*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, p. 649 e ss.; C. Ragni, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in questa *Rivista*, 1/2016, p. 6 e ss.

47 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, par. 88.

48 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, ricorso n. 7240/01, paragrafi 133-135, e nella sentenza del 3 maggio 2011, *Negropontis-Giannisis c. Grecia*, ricorso n. 56759/08, par. 74. Sul punto si veda P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Art. 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

49 HCCC, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 31 January – 3 February 2017)*, par. 18.

50 F. Salerno, *The identity and continuity of personal status*, cit., p. 194.