



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2024, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Presidente della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bergamo
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Federico Casolari, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Giuseppe D'Angelo, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Salerno
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Francesca Graziani, Associato di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, EU e Ricercatore di Diritto dell'UE, Università dell'Insubria
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Michele Messina, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Criseide Novi, Associato di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Gisella Pignataro, Associato di Diritto privato comparato, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Angela Maria Romito, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari
Gianpaolo Maria Ruotolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Sara Tonolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Valentina Zambrano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Alessandra Zanolotti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Marrani, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Rossana Palladino (Coordinatore), Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di
Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno





Indice-Sommario **2024, n. 2**

Editoriale

Primato del diritto dell'Unione europea e patriottismo costituzionale: un ossimoro apparente, dal punto di vista della teoria della Costituzione? p. 1
Antonio Ruggeri

FOCUS

La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione (COM (2022) 695 final, del 7 dicembre 2022)

Il Focus contiene saggi e contributi elaborati a seguito della riflessione realizzata nel Convegno organizzato presso l'Università di Macerata (22 novembre 2023)

Presentazione della raccolta di studi sulla proposta di regolamento europeo in materia di filiazione p. 20
Gianluca Contaldi

La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sulla libertà di circolazione delle persone nell'Unione europea p. 26
Simone Marinai

La disciplina della giurisdizione nella proposta di regolamento europeo in materia di filiazione p. 46
Fabrizio Marongiu Buonaiuti

La disciplina della legge applicabile nella proposta di regolamento in materia di filiazione p. 69
Cristina Grieco

La circolazione delle decisioni e degli atti pubblici nella proposta di regolamento in materia di filiazione p. 94
Giacomo Biagioni

Lo spazio di operatività dell'ordine pubblico nella proposta di regolamento in materia di filiazione p. 117
Ornella Feraci

La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sul diritto di famiglia italiano p. 138
Enrico Antonio Emiliozzi



I rapporti tra la disciplina contenuta nella proposta di regolamento in materia di filiazione e gli ordinamenti dei paesi terzi <i>Tarak El Haj</i>	p. 163
Conclusioni <i>Francesco Salerno</i>	p. 176
Articoli, Commenti e Note	
Free movement of students and access to social advantages: The ‘EU student’ as a holder of individual rights <i>Lorenzo Dello Iacovo</i>	p. 191
L’Unione europea e l’assistenza finanziaria ai Paesi terzi in situazioni di conflitto: spunti critici a partire dalla crisi Israelo-Palestinese <i>Lorenzo Di Anselmo</i>	p. 222
Towards the digitalization of EU judicial cooperation: Access to justice to be improved <i>Paola Giacalone</i>	p. 253
Strategic lawsuits against public participation and their global relevance: Recent developments and persisting gaps in human rights law and in (EU) PIL <i>Francesca Maoli</i>	p. 289
Alcune riflessioni in tema di violenza domestica correlata alla libera circolazione e al diritto di soggiorno dei coniugi o dei partner extra UE <i>Giuseppina Pizzolante</i>	p. 322
L’istituzionalizzazione di un regime frontaliero “dell’ammissione” dei cittadini di paesi terzi nello spazio giuridico europeo: tra norma e eccezione <i>Francesca Rondine</i>	p. 349
Violenza contro le donne e appartenenza a “un determinato gruppo sociale” nella determinazione dello <i>status</i> di rifugiato. Riflessioni a margine della sentenza WS (C-621/21) della Corte di giustizia <i>Monica Spatti</i>	p. 375
Difesa comune UE: la <i>blockchain</i> come chiave di volta per un’effettiva integrazione dell’apparato difensivo <i>Salvatore Pio Truisi</i>	p. 391



LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI FILIAZIONE E LA SUA INCIDENZA SUL DIRITTO DI FAMIGLIA ITALIANO

Enrico Antonio Emiliozzi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rilevanza «immediata» della proposta di regolamento nell’ordinamento interno. – 3. Figlio nato all’estero registrato nello Stato di nascita. Rilevanza per l’ordinamento interno (due madri, una biologica e l’altra di intenzione donatrice dell’ovulo). – 4. Figlio nato in Italia. Irrilevanza per l’ordinamento interno (due madri, una biologica e l’altra di intenzione donatrice dell’ovulo). – 5. Figlio nato all’estero registrato nello Stato di nascita. Irrilevanza per l’ordinamento interno (due padri, uno biologico e l’altro di intenzione). – 6. L’istituto dell’adozione in casi particolari come strumento per la tutela della prole concepita in violazione della l. 40/2004: critica. – 7. L’intervento del legislatore auspicato dalla giurisprudenza. Critica. – 8. La rilevanza «mediata» della proposta di regolamento nell’ordinamento interno. L’interesse dei figli «orienta» l’ordine pubblico internazionale.

1. Premessa

Il 7 dicembre 2022 è stata presentata una proposta di regolamento elaborata dalla Commissione europea relativa alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all’accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione¹. Le finalità del regolamento sono indicate innanzitutto nella relazione introduttiva ove viene ripreso il pensiero espresso dalla presidente della Commissione von der Leyen che ha manifestato in occasione del discorso sullo stato dell’Unione del 2020, in cui ha affermato che «chi è genitore in un paese, è

Double-blind peer reviewed article.

* Professore associato di Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata. Indirizzo e-mail: emiliozzi@unimc.it.

¹ Critiche nei confronti della proposta di Regolamento sono state manifestate dal Ministero dell’Interno. Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, il quale con nota n. 5004/A2022-002482/Uff. IX Affari europei e internazionali ha osservato che «non possono sottacersi talune perplessità sull’eterogeneità delle disposizioni che verrebbero a sovrapporsi in una disciplina di particolare delicatezza, quale quella della filiazione, regolata nel nostro Paese da un complesso di norme, contenute nel codice civile, in leggi speciali, tra le quali la legge n. 218/1995 recante la Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e nell’ordinamento dello stato civile, distinguendo l’applicazione di diversi sistemi normativi per il riconoscimento della filiazione in base allo Stato in cui il relativo atto è stato formato (in Italia, in uno Stato membro o in uno Stato terzo) con intuibili ripercussioni sull’attività svolta dagli ufficiali dello stato civile».

genitore in tutti i paesi»². Nella stessa relazione introduttiva le finalità della proposta di regolamento sono ulteriormente esplicitate con l'indicazione del «l'obiettivo di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e degli altri diritti dei figli in situazioni transfrontaliere, compresi il diritto all'identità, alla non discriminazione alla vita privata e alla vita familiare, i diritti di successione e il diritto agli alimenti in un altro Stato membro, considerando preminente l'interesse superiore del minore. [...] Ulteriori obiettivi della proposta sono la garanzia della certezza del diritto e della prevedibilità delle norme in materia di competenza internazionale e di legge applicabile all'accertamento della filiazione in situazioni transfrontaliere e in materia di riconoscimento della filiazione nonché la riduzione dei costi e degli oneri legali per le famiglie e i sistemi giudiziari degli Stati membri in relazione ai procedimenti giudiziari per il riconoscimento della filiazione in un altro Stato membro»³. Il considerando 2 della proposta di regolamento esplicita la relativa finalità nel «riconoscimento in uno Stato membro della filiazione accertata in un altro Stato membro». Ed inoltre stabilisce che l'obiettivo «è tutelare i diritti fondamentali e altri diritti dei figli in materia di filiazione in situazioni transfrontaliere, compresi il diritto all'identità, alla non discriminazione e alla vita privata e familiare, considerando in modo preminente l'interesse superiore del minore».

Le differenze esistenti fra gli Stati membri relative alle modalità da seguire per l'accertamento della filiazione⁴ producono conseguenze negative a carico dei minori in

² Cfr. Ministero dell'Interno. Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, il quale con nota n. 5004/A2022-002482/Uff. IX Affari europei e internazionali ha osservato: «La proposta della Commissione si prefigge di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e degli altri diritti dei figli in situazioni transfrontaliere attraverso il riconoscimento a tutti gli effetti, negli Stati dell'Unione, della filiazione accertata in uno di essi indipendentemente dal modo in cui il figlio sia stato concepito o è nato e dal tipo di famiglia da cui proviene. Per affrontare i problemi relativi al riconoscimento della filiazione in ambito transfrontaliero e colmare la lacuna esistente nel diritto dell'Unione – finora intervenuto per garantire il diritto alla libera circolazione e il riconoscimento del cognome – la Commissione propone l'adozione di norme di competenza internazionale sulla filiazione, che individuano le autorità giurisdizionali degli Stati membri competenti all'accertamento della filiazione e alla trattazione di tutte le questioni ad essa riferibili in situazioni transfrontaliere, e di legge applicabile in siffatte fattispecie nonché l'istituzione di un certificato europeo di filiazione, che i minori o i loro rappresentanti legali possono richiedere e utilizzare negli Stati membri per comprovare la filiazione».

³ Cfr. p. 1, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022. Inoltre, cfr. considerando 2 della stessa proposta: «Il presente regolamento mira inoltre a garantire la certezza del diritto e la prevedibilità e a ridurre le spese e gli oneri dei contenziosi a carico di famiglie, autorità giurisdizionali e altre autorità competenti a livello nazionale connessi ai procedimenti per il riconoscimento della filiazione in un altro Stato membro».

⁴ Sulle modalità di accertamento della filiazione si rinvia al considerando 34 della proposta di regolamento, il quale stabilisce che «Nonostante le differenze tra i diritti nazionali, la filiazione è generalmente accertata in virtù della legge o di un altro atto di un'autorità competente. Tra gli esempi di accertamento della filiazione in virtù della legge figurano la filiazione per nascita per quanto riguarda colei che partorisce, e la filiazione per presunzione legale per quanto riguarda il coniuge o il partner registrato di colei che partorisce. Tra gli esempi di accertamento della filiazione in virtù di un atto di un'autorità competente figurano l'accertamento per decisione giudiziaria (ad es. in caso di adozione, di azione di contestazione della filiazione o di azione di reclamo della filiazione, fra l'altro mediante prova del possesso di stato), per atto notarile (ad es. di adozione o relativo a un nascituro), per decisione amministrativa (ad es. dopo il riconoscimento della paternità) o per registrazione. La filiazione è generalmente iscritta nel registro di stato civile, nel registro delle persone o nel registro anagrafico. La prova della filiazione può essere fornita mediante il documento accertante la filiazione (decisione giudiziaria, atto notarile o decisione amministrativa che accerta la filiazione). Tuttavia nella maggior parte dei casi la prova della filiazione

quanto «Impedisc[ono] loro di esercitare i diritti fondamentali in situazioni transfrontaliere e [possono] comportare la negazione dei diritti derivanti dalla filiazione ai sensi del diritto nazionale. I minori possono quindi perdere i loro diritti di successione o agli alimenti in un altro Stato membro oppure il loro diritto a far sì che uno dei genitori agisca in qualità di rappresentante legale in un altro Stato membro per questioni quali le cure mediche o la scuola»⁵. Le ambiziose finalità della Commissione⁶ possono essere raggiunte solo attraverso lo strumento normativo del regolamento poiché esso è l'unico idoneo a garantire un'interpretazione e un'applicazione pienamente coerenti delle norme⁷. Nella Relazione risulta la considerazione, da parte della Commissione, che «gli attuali problemi di riconoscimento della filiazione portano a situazioni che violano i diritti fondamentali e gli altri diritti dei figli in situazioni transfrontaliere. Privare i figli del loro status giuridico e negare il riconoscimento della filiazione accertata in un altro Stato membro è in contrasto con i diritti fondamentali del figlio all'identità, alla non discriminazione e al rispetto della vita privata e della vita familiare, nonché con l'interesse superiore del minore. Facilitando il riconoscimento della filiazione tra Stati membri, la proposta mira a tutelare i diritti fondamentali dei figli in situazioni transfrontaliere e ad assicurare la continuità dello status di filiazione all'interno dell'Unione»⁸. L'esigenza di tutela della prole è a tal punto avvertita nella proposta di regolamento che nella relazione che la precede si afferma che il riconoscimento della filiazione nello spazio transfrontaliero vale per tutte le ipotesi di filiazione, indipendentemente quindi dal modo in cui il figlio è nato o è stato concepito, compreso, pertanto, il figlio concepito con tecniche di riproduzione assistita, ed indipendentemente dal tipo di famiglia da cui proviene, compreso quindi il figlio con due genitori dello stesso sesso, con un genitore unico o adottato a livello nazionale in uno Stato membro da uno o due genitori⁹. Ciò è ribadito nel considerando 24 della proposta di regolamento, nel quale risulta che «Ai fini del presente regolamento la filiazione (comunemente nota anche come genitorialità) può essere biologica, genetica, per adozione o ope legis. Inoltre, ai fini del presente regolamento, per filiazione si dovrebbe intendere il rapporto che intercorre per legge tra i genitori e i figli e in tale nozione dovrebbe rientrare lo status giuridico di figlio di uno o più genitori specifici. Il presente regolamento dovrebbe riguardare il rapporto di filiazione accertato in uno Stato membro tra, da un lato, figli sia minori che adulti, compresi figli deceduti o non ancora nati, e, dall'altro, un genitore singolo, una coppia di fatto, una

consiste nell'iscrizione della filiazione nel registro, in un estratto del registro o in un certificato contenente le indicazioni iscritte nel registro del caso (ad es. un certificato di nascita o di filiazione)».

⁵ Cfr. p. 2, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022.

⁶ Cfr. p. 3, proposta di regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022: «Dato che nel diritto internazionale, nel diritto dell'Unione e in quello degli Stati membri tutti i minori godono degli stessi diritti senza discriminazioni, la proposta riguarda il riconoscimento della filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato e dal tipo di famiglia da cui proviene. La proposta comprende pertanto il riconoscimento della filiazione di un figlio avente genitori dello stesso sesso e anche un figlio adottato a livello nazionale in uno Stato membro».

⁷ Cfr. p. 7, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022.

⁸ Cfr. p. 10, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022.

⁹ Cfr. p. 13, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022.

coppia sposata o una coppia il cui rapporto ha effetti comparabili in base alla legge applicabile, come l'unione registrata. Il presente regolamento dovrebbe applicarsi indipendentemente dalla cittadinanza del figlio per cui va accertata la filiazione e indipendentemente dalla cittadinanza dei genitori. Il termine "genitore" nel presente regolamento dovrebbe intendersi riferito, a seconda dei casi, al genitore legale, al genitore intenzionale, alla persona che chiede il riconoscimento della genitorialità o alla persona nei cui confronti il figlio reclama la filiazione»¹⁰.

2. La rilevanza «immediata» della proposta di regolamento nell'ordinamento interno

Si deve escludere innanzitutto che il regolamento, qualora venisse approvato, possa produrre effetti immediati nel nostro ordinamento giuridico¹¹. Ciò è esplicitamente affermato nella relazione alla proposta di regolamento, da cui risulta che essa non ha la finalità di produrre effetti sul diritto interno degli Stati membri in materia di accertamento della filiazione. È infatti espressamente illustrato nella relazione alla proposta che quest'ultima «lascia impregiudicata la competenza degli Stati membri ad adottare norme sostanziali di diritto di famiglia, come la normativa sulla definizione di famiglia o sull'accertamento della filiazione nel contesto nazionale»¹². Ed inoltre è ribadito nell'art. 3, paragrafo 2, lett. i), della proposta di regolamento che si esclude l'applicabilità del regolamento stesso per quanto concerne i «requisiti legali relativi all'iscrizione della filiazione nel registro di uno Stato membro e [gli] effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione della filiazione nel registro di uno Stato membro».

Qualche effetto dovrebbe, invece, produrre il regolamento, ove venisse approvato, per quanto concerne il riconoscimento nell'ordinamento interno di atti di accertamento della filiazione formati negli Stati membri. Tuttavia, però, seppure la proposta di regolamento auspichi il riconoscimento degli atti relativi all'accertamento della filiazione formati in uno Stato dell'Unione da parte di tutti gli altri Stati membri, ciò non postula il

¹⁰ Inoltre l'art. 1, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022, il quale prevede che «Il presente regolamento stabilisce norme comuni sulla competenza e sulla legge applicabile per l'accertamento della filiazione in uno Stato membro in situazioni transfrontaliere e norme comuni sul riconoscimento o, a seconda dei casi, sull'accettazione in uno Stato membro delle decisioni giudiziarie di filiazione rese e degli atti pubblici di filiazione redatti o registrati in un altro Stato membro, e istituisce un certificato europeo di filiazione».

¹¹ Le esigenze, tuttavia, di rivedere il sistema normativo interno nella materia in esame emergono dalla lettura del contributo di G. ALPA, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2023, p. 363 ss.: «la medicina ha consentito, con la procreazione artificiale, di dare a famiglie sterili la gioia della maternità; l'"utero in affitto" (là dove esso è consentito) ha esteso la gioia della maternità o della paternità anche alle coppie di persone dello stesso sesso; si è persino visto un "salto" di generazioni, quando la nonna o la sorella hanno messo a disposizione il loro apparato riproduttivo per consentire ad una donna di poter diventare madre "sociale" di un figlio che non avrebbe mai potuto mettere al mondo. L'adozione del *single* si avvia a consentire la creazione di una famiglia uniparentale, superando il mito della bigenitorialità».

¹² Cfr. p. 3, proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022.

superamento o la radicale eliminazione di ogni forma di controllo da parte dello Stato in cui l'atto formato all'estero è destinato a produrre effetti.

Occorre, infatti, osservare che la proposta indica, seppure in maniera tassativa, i motivi di diniego del riconoscimento della filiazione¹³. Tra i motivi di diniego vi è la contrarietà dell'atto formato in uno Stato membro rispetto all'ordine pubblico¹⁴. Già l'art. 2, paragrafo 1, della proposta di regolamento, seppure con riguardo al diritto alla libera circolazione dei figli all'interno degli Stati dell'Unione, stabilisce che tale diritto non deve pregiudicare la possibilità di far valere la clausola dell'ordine pubblico che giustifica il rifiuto di riconoscere la filiazione.

Per quanto concerne le decisioni giudiziarie adottate da uno Stato membro in tema di accertamento della filiazione, seppure l'art. 24 della proposta di regolamento sembri postulare un riconoscimento pressoché immediato delle stesse negli ordinamenti degli Stati membri¹⁵, tuttavia, il successivo art. 31, paragrafo 1, lett. a) stabilisce che il riconoscimento viene negato se, tenuto conto dell'interesse dei figli, è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è invocato.

Anche per gli atti pubblici contenenti l'accertamento della filiazione, all'apertura contenuta nell'art. 36, la proposta di regolamento sulla efficacia degli atti formati in uno Stato dell'Unione rispetto agli altri Stati sempre dell'Unione¹⁶, fa da *pendant* il successivo art. 39, paragrafo 1, lett. a), che stabilisce il divieto di riconoscimento dell'atto pubblico di accertamento della filiazione avente effetti giuridici «se, tenuto conto dell'interesse dei

¹³ Sulla tassatività dei motivi di diniego al riconoscimento, cfr. proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022, p. 6.

¹⁴ Sulla funzione del limite dell'ordine pubblico, cfr. G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in *Diritto internazionale privato. Dizionario di diritto privato promossi da Natalino Irti*, a cura di R. BARATTA, Milano, 2010, p. 273 ss.; A. BIGI, *L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, p. 561 ss.; A. MONTANARI, *Ordine pubblico, diritto privato e vocazione internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 2022, p. 133 ss.; A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 319 ss.; S. STEFANELLI, *Filiazione intenzionale, ordine pubblico e diritto allo status*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 2176 ss.; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 403 ss.; C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 490 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2021, p. 1382 ss.; U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corriere giuridico*, 2020, p. 910 ss.; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 1153 ss.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 24, proposta di regolamento: «Le decisioni giudiziarie di filiazione pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari. In particolare non è necessario alcun procedimento particolare per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione giudiziaria di filiazione pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto Stato membro. Se il riconoscimento di una decisione giudiziaria è richiesto in via incidentale dinanzi l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo».

¹⁶ Ai sensi dell'art. 36, proposta di regolamento: «Gli atti pubblici di accertamento della filiazione aventi effetti vincolanti nello Stato membro di origine sono riconosciuti negli altri Stati membri senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari».

figli, è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è invocato»¹⁷.

La relazione che precede la proposta di regolamento stabilisce che i motivi di diniego del riconoscimento sono da intendersi tassativi con l'obiettivo di facilitare il riconoscimento stesso¹⁸. Tra questi motivi vi è l'ordine pubblico che però, secondo l'auspicio della Commissione, deve essere utilizzato in via eccezionale e alla luce delle circostanze di ciascun caso, vale a dire non in modo astratto per escludere il riconoscimento della filiazione quando, ad esempio, i genitori sono dello stesso sesso.

3. Figlio nato all'estero registrato nello Stato di nascita. Rilevanza per l'ordinamento interno (due madri, una biologica e l'altra di intenzione donatrice dell'ovulo)

Ormai da tempo è stata ammessa la trascrizione in Italia, dopo apposita richiesta inoltrata all'Ufficiale dello stato civile, dell'atto di nascita formato all'estero e valido per quel Paese, di un bambino che risulti figlio di due donne coniugate nel Paese in cui è avvenuta la nascita e che è stato partorito da una delle due donne a seguito del concepimento avvenuto attraverso l'ovulo donato dall'altra donna ed il seme di un donatore anonimo¹⁹. In sostanza, si tratta del bambino che nello Stato di nascita risulta figlio di due donne: la donna partoriente e la donna donatrice dell'ovulo²⁰.

L'atto di nascita del bambino, formato all'estero, è stato ritenuto suscettibile di trascrizione in Italia in quanto non contrasta con i principi di ordine pubblico caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, assiologicamente orientati alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria²¹. I principi fondamentali che danno concretezza all'ordine pubblico si rinvencono nella Costituzione,

¹⁷ Anche il certificato europeo di filiazione, che seppure costituisce titolo idoneo per l'iscrizione della filiazione nel pertinente registro di uno Stato membro, tuttavia, va incontro al limite previsto dall'art. 3, paragrafo 2, lett. i), della proposta di regolamento.

¹⁸ Cfr. proposta di regolamento della Commissione del 7 dicembre 2022, p. 16.

¹⁹ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Il Foro italiano*, 2016, I, c. 3329 ss., con nota di G. CASABURI, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, I, p. 372 ss., con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, p. 52 ss. e p. 298 ss., con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; in *Diritto e Giustizia*, 3 ottobre 2016. A proposito anche le osservazioni svolte da 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 Ugo Villani*, II, a cura di E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, Bari, 2017, p. 1141 ss.

²⁰ Cfr. O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; A. DI BLASE, *La genitorialità della coppia di sesso femminile in tre recenti sentenze della Corte di cassazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 1108 ss.; G. PUMA, *Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 841 ss.

²¹ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *Diritto e Giustizia*, cit.

nei Trattati fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo²².

Ciò posto, si deve escludere la contrarietà ai principi di ordine pubblico quando la norma straniera sia difforme rispetto a quella prevista nell'ordinamento domestico. Pertanto «Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico»²³. Non si consuma il contrasto con l'ordine pubblico a causa della mera incompatibilità della norma straniera con la legislazione domestica, quando quest'ultima rappresenti soltanto una delle possibili modalità di esplicazione dell'autonomia legislativa dello Stato²⁴. Il controllo sulla non contrarietà all'ordine pubblico dell'atto proveniente da un altro Stato costituisce un giudizio simile a quello di costituzionalità, «ma preventivo e virtuale», il quale dovrebbe avere esiti negativi solo in quelle ipotesi in cui il giudice accerti che il legislatore interno non potrebbe introdurre, in quanto sarebbe contraria alla Costituzione, una norma analoga a quella straniera in base alla quale è stato adottato l'atto dal Paese estero²⁵. Sulla base di queste valutazioni, la Corte di cassazione è giunta alla conclusione che «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»²⁶.

²²) Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*

²³) Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*

²⁴) Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*: «le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili, sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti", in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento».

²⁵ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*

²⁶ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*; Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, p. 1062 ss. con nota di A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*; in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1225; in *Il Foro italiano*, 2019, I, c. 4027 ss., con nota di G. LUCCIOLI, *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*; ID., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *Genius*, 2020, p. 1: «In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 ss., dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e

La giurisprudenza di legittimità ritiene pertanto che non contrasti con l'ordine pubblico interno il riconoscimento e quindi la trascrizione nei registri dello stato civile italiani dell'atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne: una donna italiana che ha donato l'ovulo ed una donna straniera che l'ha partorito ⁽²⁷⁾.

4. Figlio nato in Italia. Irrilevanza per l'ordinamento interno (due madri, una biologica e l'altra di intenzione donatrice dell'ovulo)

L'ipotesi in cui la nascita sia avvenuta in Italia e il bambino sia stato partorito da una donna la quale aveva ricevuto un embrione frutto dell'ovulo della propria compagna fecondata con il seme di un donatore anonimo viene "trattata" dalla giurisprudenza di legittimità in maniera del tutto diversa rispetto a quanto abbiamo illustrato nel paragrafo

ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico». A proposito della sentenza della Corte di cassazione 12193/2019, cfr. anche G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 347 ss.; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale - la c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, c. 543; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 337 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 737; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 815; C. CAMPIGLIO, *Il ruolo del pubblico ministero in sede di riconoscimento delle sentenze straniere in ambito familiare*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 865; M. WINKLER, *Le Sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corriere giuridico*, 2019, p. 1198; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 7, 653; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 2019, p. 653 ss.

²⁷ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*: «in tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averla l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)». Osserva, pertanto, la Corte di cassazione che «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 L. n. 40 del 2004... non significa, di per sé, che l'atto di nascita spagnolo contrasti con l'ordine pubblico italiano. La previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 2) 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».

precedente²⁸. In particolare, la Corte di cassazione²⁹ ritiene sia legittima la condotta dell'ufficiale dello stato civile che si rifiuti di iscrivere il nato con indicazione di entrambe le donne come madri. In questo caso, i giudici di legittimità argomentano il diniego dell'iscrizione del bambino come figlio di due madri sulla base della considerazione che la legge nazionale ammette che una sola persona possa essere menzionata nell'atto di nascita come madre³⁰.

Anche la giurisprudenza costituzionale³¹ ha confermato che non è possibile, in base alla normativa vigente, trascrivere un atto di nascita di un bambino nato in Italia, con l'indicazione di due madri, le quali abbiano fatto ricorso all'estero alla fecondazione eterologa. In particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato «inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 2 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, agli art. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176»³².

²⁸ Cfr. Ministero dell'Interno. Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, il quale con nota n. 5004/A2022-002482/Off. IX Affari europei e internazionali: «Come noto, la formazione in Italia di atti di nascita recanti l'indicazione di genitori dello stesso sesso non è consentita dalla normativa vigente e tale preclusione è ampiamente suffragata da una consolidata giurisprudenza».

²⁹ Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, in *GiustiziaCivile.com*, 11 luglio 2022, con nota di G. BIAGIONI, *Turismo procreativo e riconoscimento dello status di figlio in Italia: esigenze di protezione dell'ordine pubblico e tutela del preminente interesse del minore*; in *Diritto e Giustizia*, 28 febbraio 2022, con nota di A. DI LALLO, *Figlia di due donne: no alla rettifica dell'atto di nascita perché la soluzione, attualmente, è l'adozione in casi particolari*.

³⁰ Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, in *GiustiziaCivile.com*, cit.: «può ritenersi acclarato che sia in contrasto con la L. n. 40 del 2004, l'art. 4, comma 3, il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata a quella che lo ha partorito, stante l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali. Questo perché non è consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto. Da qui l'inammissibilità di un'istanza tesa a formare l'atto di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali».

³¹ Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, p. 2749 ss., con nota di A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, p. 1529 ss., con nota di S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*; in *Il Foro italiano*, 2021, I, 1, c. 28 ss.

³² Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 2749.

5. Figlio nato all'estero registrato nello Stato di nascita. Irrilevanza per l'ordinamento interno (due padri, uno biologico e l'altro di intenzione)

La fattispecie che ora esamineremo corrisponde a quella in cui le aspirazioni genitoriali di una coppia omogenitoriale costituita da due uomini li induce a raggiungere un accordo con una donna estranea alla coppia, che provvede alla gestazione ed al parto rinunciando, tuttavia, ad ogni diritto nei confronti del nato³³. Questa ipotesi, per la giurisprudenza, non costituisce una fecondazione eterologa, bensì deve essere annoverata a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata³⁴. Ciò incide, inevitabilmente, per la giurisprudenza di legittimità³⁵, sugli esiti della valutazione relativa all'efficacia in Italia del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale è stato accertato il rapporto di filiazione. In particolare, la sentenza straniera, per produrre effetti nell'ordinamento interno, deve superare il controllo della non contrarietà ai principi di ordine pubblico che costituiscono il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e

³³ Cfr. E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, p. 233 ss.; G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, p. 698 ss.

³⁴ A. LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., *Aggiornamento*, Torino, 2011, p. 617 ss.; G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 94 ss.; A. QUERCI, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e carte internazionali*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1142 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 50 ss.; ID., *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)*, cit., p. 1141 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, p. 3 ss.; S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Le persone e la famiglia. 4. La filiazione e i minori*, Torino, 2018, p. 93; E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, p. 590 ss.

³⁵ Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Rivista di diritto internazionale*, cit., p. 1225 ss.; Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Diritto e Giustizia*, 3 gennaio 2023; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, I, p. 102; in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 274; A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 45 ss.; in *Il Foro italiano*, 2023, I, c. 83 ss.: «Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne hanno voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della lex loci. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale». Su quest'ultima sentenza della Corte di cassazione cfr. i rilievi svolti da V. CALDERAI, *La dignità umana, legal irritant del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, II, p. 668 ss. Cfr. Ministero dell'Interno. Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, il quale con nota n. 5004/A2022-002482/Uff. IX Affari europei e internazionali, sottolinea che è esclusa dall'ordinamento vigente «la trascrizione di atti di nascita formati all'estero riconducibili alla fattispecie della "maternità surrogata", attestanti il riconoscimento di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione, in assenza di un legame biologico tra lo stesso e il minore».

provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna e dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e perciò irrinunciabili. Il divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004 è di ordine pubblico, come postula la stessa sanzione penale che di solito è posta a presidio di beni fondamentali, quali «la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»³⁶.

La Corte di cassazione ritiene, pertanto, che «Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)»³⁷. Anche di recente la giurisprudenza di legittimità ha escluso la trascrivibilità del provvedimento straniero di accertamento della filiazione a favore del padre di intenzione che aveva soddisfatto la sua aspirazione genitoriale attraverso la maternità surrogata, mediante la valorizzazione della circostanza che l'art. 12, comma 6, l. 40/2004 considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata e commina la sanzione penale a carico di tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali³⁸. Proprio la considerazione della maternità surrogata come fattispecie di reato postula che il relativo divieto costituisca un principio di ordine pubblico internazionale³⁹.

³⁶ Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, *ult. cit.*, p. 1225 ss.

³⁷ Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, *ult. cit.*, p. 1225 ss.

³⁸ Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Diritto e Giustizia*, cit.: «La sanzione penale di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità».

³⁹ Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*: «Costituisce indice univoco della rilevanza del divieto, quale limite di ordine pubblico, la natura penale della sanzione posta dalla disposizione di legge a presidio del valore fondamentale della dignità della persona umana».

Nonostante la giurisprudenza di legittimità⁴⁰, particolarmente attenta alla tutela della prole⁴¹, abbia rilevato la contrarietà rispetto agli artt. 2 e 3 Cost. del provvedimento di diniego della trascrizione dell'atto di stato civile estero, nella parte in cui indica il padre di intenzione, a causa della ritenuta prevalenza del divieto penalistico della maternità surrogata rispetto alla tutela del diritto del minore al riconoscimento del suo *status*, tuttavia, le sezioni unite della Corte di cassazione⁴² hanno successivamente escluso la trascrizione del provvedimento giudiziario straniero con il quale veniva riconosciuta al padre di intenzione la qualità di genitore di colui che era nato attraverso la maternità surrogata. Come abbiamo rilevato, questa conclusione poggia sulla natura penale del divieto di maternità surrogata che diviene per questo motivo un principio di ordine pubblico internazionale rivolto alla tutela della donna gestante⁴³. La tutela della donna ed in particolare dei diritti che derivano dalla gestazione, per le sezioni unite della Corte di

⁴⁰ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, in *GiustiziaCivile.com*, 30 luglio 2020, con nota di R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e best interest of the child*; in *Guida al diritto*, fasc. 34-35, p. 64 ss.; in *Diritto e Giustizia*, 30 aprile 2020, con nota di L. TANTALO, *Rinvia alla Corte Costituzionale la decisione sul riconoscimento di un minore nato all'estero con maternità surrogata*; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, I, p. 960 ss.; in *Ilfamiliarista.it*, 3 luglio 2020, con nota di I. PARISI, *Minore nato all'estero da gestazione per altri: rinviata alla corte costituzionale la decisione sul riconoscimento dello status di filiazione*: «appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione il quale è rimasto estraneo a tale condotta». Gli stessi giudici ritengono che «Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio e subisce una grave menomazione ex post della relazione con il genitore intenzionale e gli effetti negativi di una artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito come entrambi suoi genitori. ... In altri termini l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzioni del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore. Ciò che si è concretizzato deve essere riconosciuto pienamente alla stregua di quello che si realizza con la trascrizione dell'atto di nascita. Il margine di discrezionalità per gli Stati è ampio per ciò che concerne la scelta delle modalità del riconoscimento, ma estremamente limitato per ciò che concerne il contenuto del riconoscimento che deve essere effettivo e tempestivo per non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato».

⁴¹ Sulla importanza del riconoscimento dei legami affettivi, cfr. E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 838 ss.

⁴² Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*

⁴³ Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*: «L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna. La gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino. La L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile».

cassazione, è incompatibile con il riconoscimento degli interessi del minore di età la cui nascita sia avvenuta attraverso la maternità surrogata⁴⁴. Ciò non sembra del tutto condivisibile, in quanto poggia sulla astratta considerazione che lo *status* di figlio del genitore di intenzione che abbia fatto ricorso alla maternità surrogata postuli l'attenuazione di tutela della dignità della donna. Questa conclusione non sembra possa essere accolta, in quanto il disconoscimento della genitorialità di intenzione nulla aggiunge alla tutela della dignità della donna.

Neppure le conseguenze penali previste dall'art. 12, comma 6, l. 40/2004 a carico di coloro che ricorrono alla maternità surrogata sono idonee a giustificare il mancato riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore di intenzione. Occorre, infatti, ricordare che la Corte costituzionale⁴⁵ ha riconosciuto lo *status filiationis* in ipotesi in cui il legislatore lo aveva escluso a causa della derivazione del concepimento da una fattispecie di reato. Si tratta, in particolare, del caso dei figli incestuosi⁴⁶, le cui manifeste esigenze di tutela hanno indotto la Consulta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nella ipotesi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c., è vietato il riconoscimento dei figli incestuosi. La decisione della Corte costituzionale tiene ovviamente conto del diritto all'identità personale del minore⁴⁷, la cui tutela, a nostro sommo avviso, è imprescindibile anche nelle ipotesi di maternità surrogata utilizzate da coppie omoaffettive.

⁴⁴ Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*: «L'interesse del minore non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona».

⁴⁵ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Il Foro italiano*, 2004, I, c. 1053 ss.; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4064 ss., con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all'art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricongiungibili rimangono)*; in *Famiglia e diritto*, 2003, p. 119 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 96 ss., con nota di A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2004, p. 622 ss. e p. 879 ss., con note di W. VIRGA, *Figli incestuosi: categoria realmente superata?* e di R. FESTA, *Lo status filiationis come tratto distintivo dell'identità personale*; in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 20; in *Famiglia*, 2003, p. 841 ss., con note di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo* e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso*.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 564, comma 1, c.p.: «Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

⁴⁷ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Il Foro italiano*, cit., c. 1053: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte, è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione».

6. L'istituto dell'adozione in casi particolari come strumento per la tutela della prole concepita in violazione della l. 40/2004: critica

La giurisprudenza⁴⁸ è incline ad osservare che la tutela della prole, nei casi in cui non risulti ammissibile l'iscrizione nei registri dello stato civile del figlio poiché nato attraverso la tecnica della maternità surrogata, ovvero, partorito in Italia da una donna che aveva ricevuto l'embrione concepito attraverso l'ovulo della sua compagna ed il seme di un donatore anonimo, possa essere sufficientemente garantita attraverso il ricorso alla disciplina sulla c.d. adozione in casi particolari. In base ad una interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d), l. 184/1983, può adottare anche il *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore. Anche la giurisprudenza europea avalla questa linea di pensiero ed ha di recente stabilito che «L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'articolo 44, primo comma, lettera d), della L. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figli, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della sua nascita»⁴⁹.

Il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. 183/1984, come rimedio per la tutela della prole nelle ipotesi in cui il concepimento sia avvenuto al di fuori dei limiti tracciati dalla l. 40/2004 sembra essere avallato da una recente pronuncia della Corte costituzionale⁵⁰, la quale ha eliminato un elemento di diversità della c.d. adozione mite, rispetto alla adozione piena. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., l'instaurarsi di rapporti civili fra il minore adottato in casi particolari ed i parenti dell'adottante, in quanto viola gli artt. 3, 31, comma 2 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. La Corte

⁴⁸ Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383, *ult. cit.*; Cass. 21 settembre 2023, n. 26967, in *Diritto e Giustizia*, 22 settembre 2023, fasc. 162, p. 6, con nota di A. IEOLELLA, *Coppia gay e maternità surrogata: genitore è solo il padre biologico, il padre intenzionale può adottare*. In dottrina si rinvia a T. MONTECCHIARI, *Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, p. 1722 ss.; E. BILOTTI, *Convenzione, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, p. 870 ss.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 22 settembre 2023, n. 10810, in *DeJure*. Inoltre cfr. Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, *ult. cit.*, p. 2749, la quale ritiene che il «vulnus che si assume arrecato all'interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne civilmente unite abbia (sia pur in violazione del divieto sub art. 5 della legge n. 40 del 2004), con il consenso dell'altra, portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore» possa essere colmato «ammettendo l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia)».

⁵⁰ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Diritto e Giustizia*, 29 marzo 2022; in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, I, p. 416 ss.; in *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022, con nota di F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*.

costituzionale⁵¹ ritiene che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 184/1983⁵² sia idonea a rimuovere l'ostacolo all'uso dell'istituto dell'adozione in casi particolari nella scelta dei rimedi idonei a garantire la piena protezione dell'interesse del minore⁵³. È importante l'osservazione svolta dalla Consulta secondo la quale consentire al minore di realizzare rapporti anche con la famiglia adottiva oltre che con quella di origine consente di proteggere l'identità del minore stesso⁵⁴.

L'illustrata pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 184/1983, tuttavia, a noi non sembra essere sufficiente ad assicurare al minore di età, che sia stato concepito attraverso il ricorso a tecniche non consentite dalla l. 40/2004, la tutela della identità personale. Ciò perché il riconoscimento dei rapporti di parentela fra l'adottato ed i parenti dell'adottante oltre a costituire un intervento settoriale non idoneo a cancellare l'innegabile diversità fra l'adozione piena e quella c.d. mite, non costituisce neppure un approdo innovativo nell'ordinamento giuridico. Infatti, gli effetti della decisione della Consulta sono stati anticipati dalla modifica del testo dell'art. 74 c.c., avvenuta attraverso il d.lgs. 154/2013, il quale stabilisce che la «parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti». Ebbene, l'ultimo periodo della norma citata sembra limitare l'effetto preclusivo all'instaurazione del rapporto di parentela esclusivamente all'adozione di persone maggiorenni, con conseguente abrogazione tacita del limite che, come abbiamo visto, sussisteva, prima della pronuncia della Corte costituzionale, nell'art. 55, l. 184/1983⁵⁵.

⁵¹ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Diritto e Giustizia*, 29 marzo 2022, cit.

⁵² Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, *ult. cit.*: «La norma censurata priva [...] il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 32 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità. La connotazione discriminatoria della norma censurata non può, d'altro canto, reputarsi superata adducendo, quale ragione giustificativa della diversità di trattamento del minore adottato in casi particolari, la circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia di origine. In realtà, l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico».

⁵³ Sull'interesse del minore di età, cfr. S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 1373 ss.

⁵⁴ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, *ult. cit.*: «L'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali».

⁵⁵ *Contra*, Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, *ult. cit.*: «la presenza di un ostacolo chiaro e inequivoco, qual è il rinvio della disposizione censurata all'art. 300, secondo comma, cod. civ., la sua mancata inclusione nell'art. 106 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in

Anche la Corte costituzionale, tra l'altro in un caso in cui ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 12, comma 6, l. 40/2004; 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995 e 18, d.P.R. 396/2000 per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e con gli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, ha riconosciuto che l'istituto dell'adozione in casi particolari non è idoneo a tutelare l'interesse della prole, per cui «una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»⁵⁶.

Seppure con l'intervento della Corte costituzionale⁵⁷ risulta che l'adottato diviene titolare di rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante non sembra, tuttavia, che tale risultato consenta di soddisfare le esigenze di crescita e di stabilità delle relazioni familiari che emergono nei confronti di ogni bambino. È stato, infatti, rilevato che l'istituto dell'adozione in casi particolari «non crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla

materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), che indica le disposizioni abrogate dalla riforma della filiazione, nonché il carattere fortemente innovativo della previsione di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante portano a escludere che un simile mutamento normativo possa ritenersi realizzato con una mera abrogazione tacita e che la via ermeneutica sia sufficiente a superare il dubbio di legittimità costituzionale». In dottrina cfr. A. GIUSTI, *L'adozione di minori di età in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da BONILINI, vol. IV, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, p. 3967, il quale ritiene che il nuovo testo dell'art. 74 c.c. abbia abrogato tacitamente l'art. 55, l. 184/1983, nella parte in cui rinvia all'art. 300, comma 2, c.c. In maniera diversa conclude, invece, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231, il quale rileva che la contraria soluzione comporterebbe l'abrogazione del combinato disposto dell'art. 55, l. 184/1983 e delle norme del codice civile da esso richiamate, abrogazione di cui non vi sarebbe traccia nella legge che, così interpretata, finirebbe per stravolgere gli effetti dell'adozione in casi particolari, che verrebbe sostanzialmente equiparata a quella ordinaria.

⁵⁶ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, p. 321 ss., con nota di F. ASTONE, *Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*; in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, p. 1043 ss., con nota di V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*; in *Il Foro italiano*, 2021, I, c. 1923 ss.; in *Giustizia insieme*, 30 aprile 2021, con nota di A. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, p. 339 ss., con nota di F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, I, p. 528: «Come correttamente sottolinea l'ordinanza di rimessione, il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), ritenuto esperibile nei casi all'esame della stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minori certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati»; Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*: «L'adeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari deve essere valutata considerando anche la celerità del relativo procedimento, che non deve lasciare il legame genitore-figlio privo di riconoscimento troppo a lungo».

⁵⁷ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, *ult. cit.*

filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico»⁵⁸.

L'adozione in casi particolari non sembra idonea a raggiungere le finalità di tutela della prole a causa della complessità e della durata del relativo procedimento. Anche la Corte di cassazione ha osservato che le lungaggini che caratterizzano il procedimento di adozione in casi particolari espongono il minore di età ad un lungo periodo di incertezza giuridica sulla propria condizione personale e determinano altresì preclusioni ed ostacoli all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore intenzionale che la richiede⁵⁹.

Ulteriore elemento che dimostra l'insufficienza dell'istituto della adozione in casi particolari ai fini della tutela del minore di età risulta dalla considerazione che questa adozione è dipendente dalla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla⁶⁰. Nella ipotesi, pertanto, in cui il genitore intenzionale non si attivi per l'adozione del minore di età, quest'ultimo non ha a disposizione alcun altro strumento, anche di natura giudiziale, capace di costituire il rapporto di filiazione rispetto al genitore di intenzione⁶¹. Anche di recente, infatti, la Corte di cassazione ha osservato che «L'iniziativa ai fini della costituzione dello status non compete mai all'adottando. Il minore non può rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale per il tramite dell'adozione. Qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, il minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico. Sicché l'adozione può risultare, in concreto, di fronte al rifiuto del committente, strutturalmente inidonea ad offrire una garanzia completa nella prospettiva della tutela del generato»⁶².

Inoltre, l'adozione in casi particolari presuppone che l'aspirante adottante acquisisca il consenso del genitore biologico del minore, cosicché l'instaurazione del rapporto di adozione risulta subordinata rispetto alla volontà di questi, la quale potrebbe mancare nei casi di sopraggiunta crisi familiare o di decesso del genitore biologico⁶³.

⁵⁸ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, in *GiustiziaCivile.com*, cit.: «il Collegio non ritiene esistenti nel sistema normativo italiano attuale istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato mediante ricorso all'estero alla pratica della gestazione per altri».

⁵⁹ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

⁶⁰ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*: «l'adozione in casi particolari ex art. 44, lett d), è soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e quindi lascia aperta la sua possibilità di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel paese in cui il minore è nato; ipotesi questa che potrà verificarsi specificamente nel caso di crisi della coppia genitoriale».

⁶¹ Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*

⁶² Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*

⁶³ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*: «l'istituto dell'adozione in casi particolari potrebbe semmai costituire una forma di tutela del rapporto affettivo insorto con il genitore intenzionale nei casi particolari in cui il pieno riconoscimento dello status filiationis non si dimostri concretamente rispondente all'interesse del minore». Sul diniego da parte del genitore biologico cfr. Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162, *ult. cit.*: «Mettendo in collegamento l'art. 46 con l'art. 57 della L. n. 184 del 1983, che impone al giudice di valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso

7. L'intervento del legislatore auspicato dalla giurisprudenza. Critica

L'esigenza di tutela della filiazione anche quando questa è il risultato delle pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla l. 40/2004 deve essere, secondo la Corte costituzionale, affrontata e risolta attraverso un intervento dell'organo legislativo⁶⁴. La Consulta⁶⁵, infatti, a proposito del concorso della madre biologica (partoriente) e di quella intenzionale (donatrice dell'ovulo) rispetto al riconoscimento della genitorialità di entrambe ha ritenuto che tale obiettivo non possa essere raggiunto attraverso il sindacato di legittimità delle norme contenute nella l. 76/2016 e nel D.P.R. 396/2000, bensì è «perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici e assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale». In sostanza, la Consulta rinvia al legislatore la scelta sulla filiazione all'interno di coppie omogenitoriali, in quanto dai principi contenuti nella carta costituzionale non è possibile dedurre una soluzione vincolante per l'organo legislativo. In altre parole, per la Corte costituzionale, la normativa vigente che non tutela l'omogenitorialità non può essere *a priori* ritenuta contraria alla Costituzione, come d'altronde non sarebbe incostituzionale una diversa normativa che riconosca alla donna sola, alla coppia omosessuale ed alla coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali⁶⁶.

Per la Consulta⁶⁷ la scelta compiuta dal legislatore attraverso la l. 40/2004 non può essere considerata contraddittoria in quanto l'infertilità “fisiologica” della coppia

all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione. Se tale relazione sussiste, il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla pura discrezionalità del genitore biologico».

⁶⁴ Cfr. A. RENDA, *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in *Europa e diritto privato*, 2023, p. 281 ss., il quale invoca l'utilizzo dell'art. 279 c.c. per le ipotesi in cui il provvedimento straniero di filiazione non sia riconoscibile nell'ordinamento interno; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2019, p. 713 ss., il quale suggerisce l'uso dell'art. 128, comma 3, c.c. per il contemperamento dell'esigenza di tutela dei minori con quella di non premiare gli autori della frode alla legge. Sul rinvio all'intervento del legislatore compiuto dalla Corte costituzionale, cfr. V. MERCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, p. 497 ss.

⁶⁵ Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, *ult. cit.*, p. 2749.

⁶⁶ Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, *ult. cit.*, p. 2749.

⁶⁷ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020, con nota di S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, I, p. 97 ss.; in *Il Foro italiano*, 2019, I, c. 3782 ss.; in *Diritto e Giustizia*, 24 ottobre 2019, con nota di G. MARINO, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione assistita non viola la Costituzione*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, p. 430 ss., con nota di R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 2597 ss., con note di M. MANETTI, *La*

omosessuale non è affatto omologabile alla infertilità di tipo assoluto ed irreversibile della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Pertanto «l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁶⁸. La scelta del legislatore viene considerata dalla Corte costituzionale rispettosa del margine di discrezionalità del quale fruisce il legislatore nella specifica materia, senza che si possa però escludere, in futuro, il compimento di scelte diverse, soprattutto se conformi all'evoluzione dell'apprezzamento sociale⁶⁹. La Consulta ritiene che «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse all'occorrenza, le funzioni genitoriali. Nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»⁷⁰.

La stessa Corte costituzionale, pur riconoscendo che la disciplina vigente lascia aperto un vuoto di tutela dell'interesse del minore, tuttavia, ritiene di non potervi porre alcun rimedio, in quanto «serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già auspicato in passato, un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»⁷¹. Riconosce la Consulta che «Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori. Si auspica una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale»⁷². I suggerimenti della Corte costituzionale rivolti al legislatore sono i seguenti: «può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la

decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA; C. TRIPODINA, Contròrdine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa e di A. COSSIRI, Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento.

⁶⁸ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Ilfamiliarista.it*, cit.

⁶⁹ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, *ult. cit.*

⁷⁰ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, *ult. cit.*

⁷¹ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, p. 306 ss.; in *Diritto e Giustizia*, 10 marzo 2021, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 592 ss.; in *Il Foro italiano*, 2021, I, c. 1923 ss.

⁷² Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit.

condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il miglior interesse del minore. Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all’attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello *status* di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell’assenso all’adozione in casi particolari, laddove, invece, lo *status* – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell’art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all’intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche⁷³. La Corte costituzionale non si limita a ritenere che l’intervento del legislatore sia discrezionale e facoltativo, bensì riconosce che l’iniziativa da parte del Parlamento italiano sia necessaria e doverosa, tant’è che dichiara espressamente che questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore⁷⁴.

La stessa Corte costituzionale⁷⁵, con un’altra pronuncia, indica un’ulteriore soluzione al legislatore idonea a raggiungere l’obiettivo di tutela della prole. Si tratta di introdurre nell’ordinamento giuridico una nuova forma di adozione che sia più aderente alla situazione concreta ed alle esigenze ineludibili di tutela della prole che provengono dalla maternità surrogata e che si presenta assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell’art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983.

L’auspicio dell’intervento del legislatore manifestato dalla giurisprudenza costituzionale non sembra rispondere alle esigenze di tutela dell’interesse della prole all’acquisizione ed alla conservazione dello *status filiationis*. La tutela dei diritti del bambino costituisce, infatti, il fine primario di ogni ordinamento giuridico e, pertanto, non può tollerare alcuna dilazione, limitazione o compressione giustificate dalla tutela di altri valori, seppure di rango costituzionale, che tuttavia non sembrano porsi in posizione antitetica rispetto a quelli attinenti la sfera della prole⁷⁶. Si deve ritenere, invece, che la

⁷³ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, *ult. cit.*

⁷⁴ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, *ult. cit.*

⁷⁵ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit. p. 357 ss.: «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori [...] non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai insufficiente tutela del minore».

⁷⁶ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*: «in materia di status il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria; invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell’ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti riprovata

Corte costituzionale abbia la “competenza” per tutelare l’identità della prole che sia venuta alla luce attraverso tecniche di fecondazione artificiale vietate dalla legge. Ciò vale, in particolar modo, a proposito della fecondazione eterologa che sia stata praticata da coppie omosessuali quando la madre di intenzione donatrice dell’ovulo fecondato con seme di un donatore anonimo pretenda il riconoscimento della qualità di genitore nei confronti del bambino partorito dalla propria compagna. Occorre, infatti, rilevare che tale ipotesi di concepimento, pur vietata ai sensi dell’art. 5, l. 40/2004, non risulta “assistita” dalla sanzione penale, diversamente rispetto a quanto avviene per la surrogazione di maternità. La carenza di rilevanza penale della condotta che perfeziona la procreazione medicalmente assistita da parte di coppie omosessuali dimostra che non costituisce un principio di ordine pubblico il divieto previsto dall’art. 5, l. 40/2004. Occorre ricordare, altresì, che la fecondazione eterologa da parte delle coppie omosessuali, nelle ipotesi in cui la gestazione sia stata portata a termine da una delle partner, è del tutto diversa rispetto alla ipotesi a cui si riferisce il divieto sulla maternità surrogata e quindi la relativa condotta, seppure illecita, perché viola un divieto legislativo, tuttavia non ha rilevanza penale. La tutela della identità personale della prole risulta, pertanto, più che sufficiente per consentire un intervento della Corte costituzionale, attraverso il quale venga dichiarata l’illegittimità costituzionale del divieto di fare ricorso alla fecondazione eterologa da parte delle coppie omosessuali.

La fiducia in un futuro intervento legislativo che ad oggi risulta pieno di incertezze sia per quanto riguarda le modalità che le tempistiche rischia di far ricadere gli effetti negativi provocati da una lunga attesa, a carico del figlio, cioè di quel soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità attraverso le quali è stato concepito⁷⁷, il cui interesse risulta meritevole di tutela in maniera preminente rispetto ad altri interessi concorrenti.

Non sembra possibile ritenere che il riconoscimento della filiazione nelle ipotesi in cui il concepimento sia avvenuto in violazione dei divieti posti dalla l. 40/2004 ed in particolare del divieto della maternità surrogata costituisca una situazione non suscettibile di riconoscimento in quanto in contrasto con il valore costituzionale della dignità della donna. A noi sembra che la scelta recessiva di un valore sia giustificabile quando la relativa tutela risulti incompatibile con un altro valore che sia sovraordinato in una ipotetica scala gerarchica dei valori. Questa eventualità non sembra ricorrere nelle ipotesi di fecondazione eterologa non consentite dalla legge e neppure in quelle di maternità surrogata, seppure in questa seconda ipotesi risultino più evidenti le esigenze di tutela della dignità della donna che si impegni a portare avanti una gravidanza ed altresì si obblighi, al termine della stessa, a rinunciare a qualsiasi diritto sul nato.

La dignità della donna, qualora pregiudicata dalla maternità surrogata, deve essere tutelata ed a tal fine non vi è dubbio che le sanzioni penali ed amministrative previste dalla l. 40/2004 sono utili allo scopo. Il mancato riconoscimento della filiazione non

dall’ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l’adulterio, lo stupro, l’incesto...), non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio».

⁷⁷ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

sembra invece idoneo ad offrire un qualche contributo alla tutela della dignità della donna. Giustamente ha pertanto osservato la Corte di cassazione, in un caso di maternità surrogata praticata in un Paese extra UE che «il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di “maternità surrogata” – la cui illiceità nell’ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame – ma ha come effetto il riconoscimento dello status e dell’identità del figlio, acquisite insieme alla cittadinanza canadese, e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia che ha pieno riconoscimento sia nell’ordinamento canadese, in cui si consente il matrimonio fra persone dello stesso sesso e la gestazione per altri, sia nell’ordinamento italiano in cui tale riconoscimento è già concretamente in atto come unione civile»⁷⁸.

Anche la giurisprudenza di legittimità riconosce che è priva di utilità la comparazione fra l’interesse del minore allo *status filiationis* e la tutela della dignità della donna. Infatti «un bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l’interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna appare pertanto del tutto improprio. Nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che, come si è detto, lede invece gravemente il figlio. Lo Stato tutela la dignità della donna vietando la gestazione per altri nel suo ordinamento ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, che è nato all’estero e vi ha acquisito legalmente il proprio status e la propria identità personale, come conseguenza di un improprio bilanciamento dei diritti inviolabili del minore con la propria legittima volontà di scoraggiare i propri cittadini a recarsi all’estero per eludere il divieto della gestazione per altri»⁷⁹.

8. La rilevanza «mediata» della proposta di regolamento nell’ordinamento interno. L’interesse dei figli «orienta» l’ordine pubblico internazionale

Il riconoscimento della filiazione costituisce attuazione dei diritti fondamentali della prole. Come, infatti, viene osservato dalla Commissione nella proposta di regolamento: «I figli traggono dalla filiazione una serie di diritti, tra cui il diritto all’identità, al cognome, alla cittadinanza (ove disciplinata dallo *ius sanguinis*), il diritto di affidamento ai genitori e il diritto di visita dei genitori, gli obblighi alimentari, i diritti successori e il diritto di essere legalmente rappresentati dai genitori. Il mancato riconoscimento in uno Stato membro della filiazione accertata in un altro Stato membro può incidere gravemente sui diritti fondamentali dei figli e sui diritti di cui godono ai sensi del diritto nazionale. Ciò può indurre le famiglie ad avviare procedimenti giudiziari per ottenere il riconoscimento della filiazione in un altro Stato membro, benché tali procedimenti abbiano esiti incerti e comportino tempi e costi significativi sia per le famiglie che per i

⁷⁸ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

⁷⁹ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

sistemi giudiziari degli Stati membri. In definitiva le famiglie possono essere dissuase dall'esercitare il diritto di libera circolazione nel timore che la filiazione non sia riconosciuta in un altro Stato membro ai fini dei diritti conferiti dal diritto nazionale»⁸⁰.

L'ordine pubblico nella funzione di limite al riconoscimento dell'atto dell'autorità giudiziaria o dell'atto amministrativo di accertamento della filiazione in base alle intenzioni del legislatore comunitario che emergono dalla proposta di regolamento è assiologicamente orientato rispetto alla tutela della prole. Nella relazione che introduce la proposta di regolamento risulta che per il diniego del riconoscimento dell'atto proveniente da un altro Stato dell'Unione occorre che questo sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto perché, ad esempio, i diritti fondamentali di una persona sono stati violati in fase di concepimento, nascita o adozione del figlio oppure di accertamento della filiazione⁸¹. Di conseguenza gli Stati membri non dovrebbero negare il riconoscimento di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico rilasciati in un altro Stato membro qualora ciò implicasse la violazione della Carta ed in particolare dell'art. 21 che vieta la discriminazione, anche dei minori⁸². Si legge inoltre nella relazione introduttiva alla proposta di regolamento che «Le autorità degli Stati membri non potrebbero quindi negare, per motivi di ordine pubblico, il riconoscimento di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico che accertino la filiazione mediante adozione da parte di un uomo solo, o che accertino la filiazione nei confronti dei due genitori in una coppia dello stesso sesso per il solo motivo che i genitori sono dello stesso sesso»⁸³.

La rilevanza dell'interesse superiore del minore è stata talvolta colta dalla giurisprudenza interna, la quale lo ha collocato al livello di principio di ordine pubblico⁸⁴. La stessa giurisprudenza ha riconosciuto che il diritto fondamentale del nato alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero ed alla continuità dei rapporti affettivi, almeno nei casi in cui la maternità attribuita a due donne abbia avuto origine dalla gestazione e dal parto di una delle partner e dalla donazione dell'ovulo compiuta dall'altra donna, non può essere considerato recessivo rispetto alla disciplina prevista dalla l. 40/2004 che vieta la PMA fra persone dello stesso sesso⁸⁵. Inoltre si

⁸⁰ Cfr. considerando 11, proposta di regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022.

⁸¹ Cfr. Relazione alla proposta di regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022, p. 17.

⁸² Cfr. Relazione alla proposta di regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022, p. 17.

⁸³ Cfr. Relazione alla proposta di regolamento del Consiglio del 7 dicembre 2022, p. 17.

⁸⁴ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*: «Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (art. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale».

⁸⁵ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*: «non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale – in tal senso, di ordine pubblico e, quindi, immodificabile dal legislatore ordinario – idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita *di un soggetto* (il corsivo è nostro), in ragione di un'asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli. [...] la contraria scelta manifestata in tale senso dalla legislazione vigente (con la L. n. 40 del 2004, art. 5) – ispirata all'idea di fondo che l'unica comunità nella quale sarebbe possibile generare figli sia quella formata da persone di sesso diverso, sul presupposto che le altre unioni beneficerebbero della, in tesi, più limitata tutela prevista

ritiene altresì che «la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma dell'art. 269 c.c., comma 3, non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola»⁸⁶.

Occorre altresì osservare che il diritto alla continuità dello *status filiationis* è immediata conseguenza del c.d. *favor filiationis* riconosciuto dall'art. 13, comma 3 e dall'art. 33, commi 1 e 2 l. 218/1995 ed implicitamente dall'art. 8, paragrafo 1, della Convenzione di New York sul «diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali»⁸⁷.

Con un'altra sentenza la Corte di cassazione⁸⁸ ha osservato che il riferimento dell'ordine pubblico ai principi costituzionali implica che la presenza di valori fondamentali dell'individuo pone in secondo piano l'interesse pubblico, anche se assistito da una sanzione penale. In sostanza, la Corte di cassazione ritiene che l'interesse del minore di età costituisca un principio di ordine pubblico di immediata derivazione costituzionale, mentre il divieto di maternità surrogata costituisce un principio di ordine pubblico derivante dalla discrezionalità legislativa, con la conseguenza che il primo, nel caso si ponga in conflitto con il secondo deve necessariamente prevalere su questo a causa della diretta discendenza dai principi costituzionali. I giudici di legittimità ritengono, pertanto, che «è quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico internazionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)»⁸⁹. La Corte di cassazione riconosce che «la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono sembrare due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione dell'inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano. In

dall'art. 2 Cost. – non esprime una opzione costituzionalmente obbligata»; «L'interesse superiore del minore che... è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea».

⁸⁶ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*

⁸⁷ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, *ult. cit.*

⁸⁸ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

⁸⁹ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*

questo contesto di principi fondanti dell'ordinamento costituzionale italiano la legislazione e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria hanno delineato progressivamente la unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità con le quali viene a istituirsi il rapporto di filiazione. Né può affermarsi che sia principio generale del nostro ordinamento giuridico che lo stato di filiazione sia esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio; invero, l'adozione e la legittimità dell'accesso alle tecniche di procreazione eterologa smentiscono tale assunto. Per altro verso la possibilità per la donna di partorire anonimamente e di non costituire il legame di filiazione smentisce un nesso indissolubile fra genitorialità biologico e giuridica»⁹⁰.

ABSTRACT: Il lavoro ha lo scopo di rilevare il diverso trattamento che la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria riconoscono alla filiazione da coppie omoaffettive in relazione al sesso degli aspiranti genitori. Inoltre si propone di dimostrare che l'istituto della adozione in casi particolari non sempre è idoneo a perseguire la finalità di tutela del minore di età.

KEYWORDS: Coppie omoaffettive – genitorialità – filiazione – adozione in casi particolari.

THE PROPOSAL FOR A REGULATION ON PARENTHOOD MATTERS AND ITS IMPACT ON ITALIAN FAMILY LAW

ABSTRACT: The aim of the work is to highlight the different treatment that the jurisprudence and the majority doctrine recognize to filiation from same-sex couples in relation to the sex of the prospective parents. Furthermore, it aims to demonstrate that the institution of adoption in particular cases is not always suitable for pursuing the aim of protecting the minor.

KEYWORDS: Homoemotional couples – parenting – parenthood – adoption in particular cases.

⁹⁰ Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *ult. cit.*