

IL RICONOSCIMENTO DEI CERTIFICATI DI NASCITA STRANIERI IN CASO DI FILIAZIONE OMOGENITORIALE. RIFLESSIONI SU UNA NECESSARIA QUANTO COMPLESSA DISCIPLINA, A PARTIRE DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

MARTA PICCHI\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. I recenti interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea, .... – 3. Segue: ... in linea con gli indirizzi delle istituzioni europee. – 4. Un raffronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Gli arresti della giurisprudenza costituzionale .... – 6. Segue: ... e della Corte di cassazione. – 7. Riflessioni conclusive.

**Abstract**

*The issue of the recognition of foreign birth certificates in the case of same-sex parenthood has seen repeated interventions by case-law of merit and legitimacy, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Recently, the Court of Justice of the European Union addressed the issue of protecting the citizenship rights of the children of same-sex couples when there are regulatory differences between Member States.*

*This paper reconstructs the case-law on the matter, reflecting on the outstanding aspects and the contribution made by the Court of Justice of the European Union in this area.*

**Suggerimento di citazione**

M. PICCHI, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. Riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [marta.picchi@unifi.it](mailto:marta.picchi@unifi.it)

### 1. Premessa

La Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha affrontato il tema degli *status* giuridici costituiti all'estero<sup>1</sup> principalmente in merito al diritto al nome, affermando il principio di mutuo riconoscimento degli *status* personali e familiari legittimamente acquisiti in un altro Stato membro ed escludendo, in linea di principio, il diritto degli altri Stati membri di sottoporli ad una diversa valutazione, a meno che la prevalenza di norme interne si imponga per ragioni imperative di interesse generale<sup>2</sup>. In particolare, una limitazione al mutuo riconoscimento dello *status* personale è conforme alle norme sulla libertà di circolazione delle persone quando sia diretta a tutelare un interesse essenziale per lo Stato – come i principi di ordine pubblico internazionale – che sia legittimo e meritevole di essere perseguito dal punto di vista dell'ordinamento UE e purché sia rispettato il principio di proporzionalità.

Di recente, la CGUE ha dovuto affrontare la questione della tutela dei diritti di cittadinanza dei figli di coppie omoaffettive laddove vi siano differenze normative tra gli Stati membri, fondate su tradizioni giuridico-valoriali diverse, connotanti la stessa identità nazionale. Infatti, si è pronunciata sulla compatibilità del limite alla libertà di circolazione, derivante dal principio di ordine pubblico, con il diritto alla vita privata e familiare (art. 7 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*), da leggere congiuntamente all'obbligo di tener conto del superiore interesse del minore (art. 24, comma 2, *Carta*). Difatti, nell'arco di sei mesi, due pronunce<sup>3</sup> si sono occupate della questione del

<sup>1</sup> Per una ricostruzione, si rinvia a E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2022, p. 237 (spec. p. 251 ss.).

<sup>2</sup> Cfr. CGUE, sed. plen., sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02 (*Garcia Avello c. Belgio*) e, Grande Sezione, sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06 (*Grunkin e Paul c. Germania*), ove è stato affermato il diritto dei figli dei ricorrenti a conservare il proprio cognome nella formulazione acquisita in un altro Stato membro.

<sup>3</sup> V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 14 dicembre 2021, causa C-490/20 (*V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*), e Sezione X, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rezecznik Praw Obywatelskich*). Fra i commenti alla prima pronuncia, si vedano: M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 230 ss. (spec. p. 241 ss.); C. BENANTI, *Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso, è comunque obbligato a rilasciare al minore, suo cittadino, il documento di identità*, in *Famiglia*, 7 febbraio 2022; M. BASSETTI DE ANGELIS, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate in uno Stato membro ospitante ha diritto di ottenere il documento d'identità o il passaporto dallo Stato dell'Unione di cui sia cittadino senza previa emissione di un nuovo atto di nascita*, *ivi*, 4 marzo 2022; G. MILIZIA, *Il riconoscimento della filiazione arcobaleno non lede l'identità nazionale e la famiglia tradizionale*, in *Diritto & Giustizia*, 235/2021, p. 7; G. PIZZOLANTE, *Il riconoscimento degli status familiari ai fini dell'esercizio dei diritti che discendono dalla libera circolazione*, in *Ifamiliarista.it*, 18 maggio 2022; B. GUASTAFERRO, *Diritti di cittadinanza dei minori figli di coppie same sex, tra genitorialità e identità nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, p. 173; E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 237; A. STAMATOPOULOS, *La reconnaissance des actes de naissance mentionnant comme parents deux personnes de mêmes sexe dans l'Union européenne: analyse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de*

godimento della libertà di circolazione da parte di minori nati in seguito al ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) da parte di coppie *same sex*.

Questo breve contributo intende confrontare gli arresti della CGUE con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quella costituzionale e di legittimità per riflettere sugli aspetti ancora insoluti, riguardanti la tutela del superiore interesse del minore.

## 2. I recenti interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea, ...

La prima vicenda riguarda una bambina nata in seguito al ricorso alla PMA da parte di una coppia di donne. Le madri sono una cittadina bulgara e una cittadina del Regno Unito, sposatesi a Gibilterra e residenti in Spagna, dove è avvenuta anche la nascita della loro figlia. L'atto di nascita della bambina, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona la cittadina bulgara come «madre A» e l'altra come «madre». In seguito, la madre di origini bulgare ha chiesto al Comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per la figlia, documento necessario per il conseguente rilascio di un documento d'identità bulgaro.

Il Comune di Sofia ha però rigettato la richiesta e la cittadina bulgara ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo di Sofia<sup>4</sup>. Quest'ultimo si

*justice (commentaire de l'arrêt C-490/20 V.M.A. contre Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»)*, in *Cabiers de l'EDEM – Louvain Migration Case Law Commentary*, Avril 2022; S. PROGIN-THEUERKAUF, M. BERGER, *Personenfreizügigkeit von Regenbogenfamilien*, in *sui generis*, 2022, p. 35. Per un commento ad entrambe le pronunce si rinvia a M. PICCHI, *Il godimento dei diritti connessi alla libertà di circolazione da parte del figlio di una coppia same sex, registrato in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza dei genitori, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Familia*, 16 settembre 2022.

<sup>4</sup> Inizialmente il Comune di Sofia ha invitato la richiedente a fornire precisazioni sulla maternità della bambina e sull'identità della madre biologica, tenuto conto che il modello di atto di nascita prevede uno solo spazio per la “madre” e un altro per il “padre”. L'istante si è però rifiutata di comunicare le informazioni richieste, posto che la legislazione bulgara non contempla alcun obbligo in tal senso. Il Comune di Sofia ha così respinto la domanda per mancanza di indicazioni riguardanti l'identità della madre biologica della minore e per il fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile è contraria all'ordine pubblico della Repubblica di Bulgaria che non autorizza il matrimonio tra due persone del medesimo genere. Avverso il rigetto è stato proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo della città di Sofia, che ha poi proposto domanda pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, degli artt. 20 e 21 TFUE e degli artt. 7, 9, 24 e 25 della *Carta*. Il giudice rimettente muove dal fatto che la bambina, ancorché priva di un atto di nascita rilasciato dalle autorità bulgare, abbia la cittadinanza bulgara e ritiene che, sebbene il rifiuto in questione non abbia alcun impatto giuridico sulla cittadinanza bulgara e sulla cittadinanza europea della minore, tuttavia potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio del diritto alla libera circolazione e il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Il Tribunale di Sofia ha chiesto anche se l'obbligo eventualmente imposto alle autorità bulgare di emettere un atto di nascita con la menzione di due madri quali genitori della minore sia tale da pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, giacché quest'ultima non ha previsto la possibilità di menzionare in un atto di nascita due genitori dello stesso sesso. A ciò si aggiunga che la disciplina della filiazione assume un'importanza fondamentale nella tradizione

è rivolto in via pregiudiziale alla CGUE, chiedendo se il diritto dell'Unione obblighi uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità secondo la disciplina di tale Stato membro, per una minore che è cittadina di detto Stato membro, sebbene la nascita sia avvenuta in un altro Paese membro, le cui autorità lo hanno attestato in un atto di nascita, conformemente all'ordinamento ivi vigente, indicando una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie quali madri della minore, ma senza precisare quale delle due donne abbia partorito la bambina.

La CGUE ha confermato che lo *status* delle persone – compresi matrimonio e filiazione – è materia di spettanza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non vi può incidere: ciascun Paese membro può consentire o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Nondimeno, ciascun Stato membro è tenuto a rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del TFUE relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo.

La CGUE, nel solco della pregressa giurisprudenza, ha osservato che, in base all'art. 21, paragrafo 1, TFUE, il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri può essere esercitato nel rispetto delle limitazioni e delle condizioni previste dai Trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi. A tal fine, l'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, impone agli Stati membri di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza. Nel caso di specie, le autorità bulgare devono rilasciare un documento d'identità che indichi la cittadinanza e il cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole giacché la CGUE ha già avuto modo di precisare che l'art. 21 TFUE osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Paese membro in cui tale figlio è nato e risiede sin dalla nascita<sup>5</sup>.

In particolare, secondo quanto contemplato dall'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, le autorità bulgare sono tenute a rilasciare una carta d'identità o un passaporto alla minore indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita. Tale documento, da solo o in combinazione con altri, deve

costituzionale bulgara sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo dell'evoluzione della società. Secondo il Tribunale amministrativo di Sofia occorre trovare un equilibrio tra l'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria e gli interessi del minore, soprattutto per quanto concerne il suo diritto alla vita privata e alla libera circolazione.

<sup>5</sup> V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06 (*Grunkin e Paul*), § 39.

permettere al minore di esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, con ciascuna delle sue due madri, il cui *status* di genitrici è stato accertato dallo Stato membro ospitante.

La CGUE ricorda che i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'art. 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nel Paese membro del quale possiedono la cittadinanza, beneficiando anche della presenza, al loro fianco, dei loro familiari<sup>6</sup>.

Nel caso di specie, le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra la minore e le due genitrici, attestandolo nell'atto di nascita della bambina. Ne consegue, in ossequio all'art. 21 TFUE e alla direttiva 2044/38, che alle due madri, poiché genitrici di una cittadina minorenni dell'Unione di cui hanno la custodia effettiva, deve essere riconosciuto da tutti gli Stati membri il diritto di accompagnare la bambina nell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente in tutto il territorio dell'Unione<sup>7</sup>.

È perciò necessario un documento che menzioni entrambe le genitrici come persone autorizzate a viaggiare con la minore: le autorità dello Stato membro ospitante sono nella posizione migliore per l'emissione di tale documento, potendo consistere già nell'atto di nascita, e gli altri Stati membri sono obbligati a riconoscere tale documento.

È a questo punto che la Corte di Lussemburgo opera il bilanciamento invocato dal giudice remittente, giungendo ad escludere quanto paventato da quest'ultimo: ossia, il pregiudizio per l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria qualora si fosse giunti a riconoscere l'obbligo per le autorità bulgare di emettere un atto di nascita con l'indicazione di due persone di sesso femminile come madri della minore, posto che la Costituzione

<sup>6</sup> V. CGUE, Grande Sezione, sentenza 5 giugno 2018, causa C-673/16 (*Coman e a.*), § 32. In particolare, la pronuncia in commento segue il medesimo percorso argomentativo della sentenza appena richiamata. In quest'ultima vicenda, le autorità rumene avevano negato al marito statunitense di un cittadino rumeno il diritto di soggiorno per periodi superiori a tre mesi, trattandosi di *extra-europeo* al quale non poteva essere riconosciuta la qualità di coniuge, in assenza di una normativa interna relativa ai matrimoni tra persone del medesimo genere. La Corte ha sottolineato come la nozione di "coniuge" contenuta nel diritto privato sia neutra dal punto di vista del genere e, dunque, ben può riguardare anche il coniuge dello stesso sesso. Ha così concluso che i familiari di un cittadino dell'UE possono beneficiare di un diritto di soggiorno, *ex art. 21, paragrafo 1, TFUE*, ed ha escluso che uno Stato membro possa invocare una normativa nazionale o utilizzare la clausola contenuta nell'art. 4, paragrafo 2, TUE per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio del matrimonio di un cittadino europeo, contratto con una persona dello stesso sesso in un altro Stato membro, limitatamente ai fini del riconoscimento del diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo. Al riguardo e sull'interpretazione della clausola sul rispetto dell'identità nazionale, si veda B. GUASTAFERRO, *Diritti di cittadinanza dei minori figli di coppie same sex*, cit., p. 175.

<sup>7</sup> Cfr. CGUE, sentenza *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, § 48.

bulgara e il diritto di famiglia bulgaro non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso.

Infatti, la CGUE ribadisce che lo *status* delle persone, comprese le norme sul matrimonio e sulla filiazione, è una questione di spettanza degli Stati membri che, dunque, liberamente possono prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime. Ciascuno Stato membro deve però rispettare il diritto dell'Unione e le previsioni del Trattato FUE in merito alla libertà di ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, riconoscendo, a tal fine, lo *status* delle persone stabilito in un altro Stato membro in base alla normativa ivi presente<sup>8</sup>.

La Corte ricorda che, *ex art. 4, paragrafo 2, TUE*, l'Unione deve rispettare l'identità nazionale dei propri Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. Inoltre, in diverse occasioni, ha precisato che la nozione di ordine pubblico, in grado di derogare a una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo e la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Di conseguenza, l'ordine pubblico può essere invocato solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave ad un interesse fondamentale della società<sup>9</sup>.

La Corte ritiene che l'obbligo per uno Stato membro, da un lato, di rilasciare un documento di identità a un minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato designi come suoi genitori due persone *same sex*, e, dall'altro lato, di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone ai fini dell'esercizio dei diritti del minore di cui all'art. 21 TFUE «non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro»<sup>10</sup>. Infatti, tale obbligo non impone allo Stato membro «di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, ai fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante»<sup>11</sup>.

La CGUE precisa ancora che una misura nazionale volta ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se

<sup>8</sup> Cfr. § 52.

<sup>9</sup> Cfr. § 55.

<sup>10</sup> § 56.

<sup>11</sup> § 57. In particolare, la CGUE ha così fatto propria la soluzione prospettata dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni: cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 15 aprile 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, §§ 150-151.

è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla *Carta*. Richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>12</sup>, osserva che l'esistenza di una vita familiare è una questione di fatto dipendente dalla realtà pratica di stretti legami personali e che la possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare. Non solo, la relazione intrattenuta da una coppia omosessuale può rientrare nel concetto di vita privata così come in quello di vita familiare. Ne consegue che, nel caso di specie, il rapporto della minore con ciascuna delle due persone con cui ha una vita familiare effettiva nello Stato membro ospitante e che sono menzionate come genitrici nell'atto di nascita è protetto dall'art. 7 *Carta*<sup>13</sup>. Inoltre, dovendosi leggere il diritto al rispetto della vita familiare in combinato disposto con l'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, *ex art. 24 Carta*, occorre che i diritti di quest'ultimo e, in particolare, quello ad essere registrato alla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza, siano garantiti senza dar luogo ad alcuna discriminazione, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei propri genitori<sup>14</sup>.

Secondo la Corte, privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendere difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso sarebbe perciò contrario agli artt. 7 e 24 *Carta*.

Infine, la Corte pone un'ulteriore precisazione: in ogni caso, un minore il cui *status* di cittadino dell'Unione non sia stato accertato e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come genitori due persone dello stesso sesso, una delle quali sia cittadina dell'Unione, deve essere considerato, da tutti gli Stati membri, come un discendente diretto di tale cittadino dell'Unione, in base alla direttiva 2004/38, ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi<sup>15</sup>.

La CGUE conclude perciò ritenendo che, nel caso di un minore cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un

<sup>12</sup> In particolare, la CGUE ha svolto un parallelismo (§ 60) fra l'art. 7 *Carta* e l'art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e attinto all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel tempo, ha esteso la nozione di vita familiare, includendovi le relazioni tra *partner* del medesimo genere. Sulla ricostruzione della CGUE, si veda M. BASSETTI DE ANGELIS, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate*, cit., p. 3 ss.

<sup>13</sup> Cfr. § 62.

<sup>14</sup> Cfr. § 63-64.

<sup>15</sup> Cfr. § 68.

atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>16</sup>.

Il secondo intervento ha avuto origine da una domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione delle medesime disposizioni sopra richiamate, presentata nell'ambito di una controversia introdotta dal Difensore civico nazionale polacco nei confronti del responsabile dell'anagrafe di Cracovia, in merito al diniego di quest'ultimo di trascrivere nel registro dello stato civile l'atto di nascita della figlia di due donne coniugate, una cittadina polacca e l'altra irlandese. La bambina è nata in Spagna ed è stata registrata dall'anagrafe spagnola in base ad una dichiarazione congiunta della madre della minore e della sua coniuge, le quali figurano nell'atto di nascita, rispettivamente, come «madre A» e «madre B». Successivamente, è stata richiesta la trascrizione dell'atto di nascita rilasciato in Spagna nel registro polacco dello stato civile, ma la domanda è stata respinta dal responsabile dell'anagrafe poiché la trascrizione sarebbe contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico della Repubblica di Polonia. Tale decisione non è stata impugnata e, quindi, è divenuta definitiva: tuttavia, la madre di origini polacche ha chiesto assistenza al Difensore civico nazionale che ha adito il Tribunale amministrativo del voivodato di Cracovia.

Quest'ultimo si è rivolto in via pregiudiziale alla CGUE evidenziando come la disciplina vigente in Polonia non garantisca in modo effettivo il diritto alla libera circolazione dei minori che si trovino in situazioni analoghe a quella che ha originato la questione: tuttavia, le differenze esistenti tra le norme in tema di stato civile e matrimonio, applicabili nei diversi Stati membri, non possono pregiudicare la libertà riconosciuta ad ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

La CGUE ha definito la questione con un'ordinanza<sup>17</sup>, nella quale ha confermato integralmente la ricostruzione operata nella pronuncia precedente e, così, anche le conclusioni.

<sup>16</sup> Cfr. § 69.

<sup>17</sup> CGUE, Sezione X, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rezecznik Praw Obywatelskich*): la Corte si è pronunciata con ordinanza in base all'art. 99 (*Risposta formulata con ordinanza motivata*) del *Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, secondo il quale «[q]uando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata».

### 3. Segue: ... in linea con gli indirizzi delle istituzioni europee

La posizione assunta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è in linea con gli indirizzi che promanano dalle istituzioni europee. L'11 marzo 2021, il Parlamento europeo ha adottato la Risoluzione *sulla proclamazione dell'Unione europea come zona di libertà per le persone LGBTIQ (2021/2557(RSP))*: qui si trova affermato – richiamando proprio la causa C-490/20, all'epoca pendente dinanzi alla CGUE – «che essere genitore in uno Stato membro significa esserlo in tutti gli Stati membri»<sup>18</sup>.

Quest'ultima affermazione è stata ripresa dal *Discorso sullo stato dell'Unione*, pronunciato dalla Presidente von der Leyen, sei mesi prima, durante la sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 settembre 2020. In questa occasione, la Presidente ha precisato che essere se stessi non è ideologia, ma è la propria identità che nessuno può usurpare: perciò, «LGBTQI-free zones are humanity free zones. And they have no place in our Union»<sup>19</sup>. La Commissione si è così impegnata a presentare una strategia per rafforzare i diritti delle persone LGBTIQ e facilitare il riconoscimento reciproco delle relazioni familiari nell'UE.

Infatti, la Commissione europea ha poi adottato la prima strategia per l'uguaglianza LGBTIQ per il periodo 2020-2025<sup>20</sup>, le cui due azioni principali consistono in un'iniziativa volta a tutelare i diritti delle famiglie arcobaleno e un aggiornamento, da effettuare entro il 2022, degli orientamenti del 2009 sulla libera circolazione. L'importanza di armonizzare le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione a tutela dell'interesse superiore del minore è sottolineata anche nella strategia dell'UE sui diritti dei minori<sup>21</sup>.

Successivamente, il Parlamento europeo nella Risoluzione del 14 settembre 2021 *sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE (2021/2679(RSP))*<sup>22</sup> ha ribadito

<sup>18</sup> Considerando X.

<sup>19</sup> Reperibile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2020\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/strategic-planning/state-union-addresses/state-union-2020_it), (p. 20).

<sup>20</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, del 12 novembre 2020, COM(2020) 698 final.

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia dell'UE sui diritti dei minori*, del 24 marzo 2021, COM(2021) 142 final.

<sup>22</sup> Il Parlamento parte dalla considerazione che alla Commissione per le petizioni sono state espresse preoccupazioni in molteplici iniziative, in generale, per la discriminazione subita dalle persone LGBTIQ nell'UE e, in particolare, dalle coppie dello stesso sesso e dalle famiglie arcobaleno. Di conseguenza, è stata manifestata l'esigenza di garantire alle famiglie arcobaleno gli stessi diritti familiari riconosciuti alle famiglie formate da coppie eterosessuali e ai loro figli in tutti gli Stati membri e, soprattutto, il diritto alla libera circolazione all'interno dell'UE e il riconoscimento reciproco della loro relazione e della genitorialità, tenuto conto, fra l'altro, che i genitori *transgender* i cui documenti d'identità non sono riconosciuti dopo aver attraversato una frontiera possono perdere tutti i legami giuridici con i loro figli, con gravi ripercussioni per l'interesse superiore di questi ultimi.

la necessità che le istituzioni europee si adoperino per garantire il pieno godimento, da parte delle persone LGBTIQ, dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri dell'UE, ricordando che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri hanno il dovere di rispettare e proteggere tali diritti conformemente ai Trattati, alla *Carta* e al diritto internazionale. Ha altresì confermato la necessità che l'UE adotti un approccio comune in merito al riconoscimento dei matrimoni e delle unioni tra persone dello stesso sesso e sollecitato gli Stati membri a introdurre la legislazione pertinente per garantire il pieno rispetto del diritto alla vita privata e familiare senza discriminazioni e la libera circolazione di tutte le famiglie, comprese misure volte a facilitare il riconoscimento del genere legale dei genitori *transgender*.

Il Parlamento europeo ha perciò rinnovato l'invito alla Commissione ad attivarsi per far sì che tutti gli Stati membri rispettino la continuità giuridica dei legami familiari dei membri delle famiglie arcobaleno che si recano nel loro territorio in provenienza da un altro Stato membro, almeno in tutte le circostanze nelle quali ciò è prescritto dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Sempre rivolgendosi alla Commissione, ha poi manifestato l'esigenza che la normativa che verrà proposta imponga a tutti gli Stati membri di riconoscere, ai fini del diritto nazionale, gli adulti menzionati in un certificato di nascita rilasciato in un altro Stato membro come genitori legali del figlio, indipendentemente dal sesso legale o dallo stato civile degli adulti, nonché i matrimoni o le unioni registrate, costituiti in un altro Stato membro, in tutte le situazioni in cui i coniugi o i *partner* registrati abbiano diritto alla parità di trattamento in virtù della giurisprudenza della Corte EDU.

Infine, il Parlamento ha evidenziato l'importanza del riconoscimento dei certificati di nascita in tutti gli Stati membri, indipendentemente dal sesso dei genitori, in quanto ciò garantirebbe che i bambini non diventino apolidi laddove si trasferiscano in un altro Paese membro.

Tutto ciò è stato poi ribadito nella Risoluzione del 5 aprile 2022 *sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia* (2021/2060(INI)).

Nella primavera del 2021, la Commissione ha avviato i lavori in merito ad una proposta legislativa di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra Stati membri, il cui obiettivo è garantire che la genitorialità, una volta definita in un Paese dell'UE, debba essere riconosciuta in tutta l'Unione, in modo che i minori conservino i loro diritti in situazioni transfrontaliere, in particolare quando le loro famiglie viaggiano o si spostano da uno Stato membro all'altro. I lavori sono terminati il 7 dicembre 2022 con la proposta di regolamento del Consiglio *relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di genitorialità e*

*all'istituzione di un certificato europeo di genitorialità*, COM(2022) 695 final.

#### 4. Un raffronto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Gli arresti giurisprudenziali della Corte EDU – pur riconoscendo il margine di apprezzamento dei singoli Stati contraenti in punto di PMA, GPA e di definizione giuridica della relazione fra genitore intenzionale, privo di legami biologici, e figlio – hanno teso a valorizzare il principio del superiore interesse del minore comprimendo il limite dell'ordine pubblico proprio al fine di tutelare i diritti del minore, vista la sua posizione di maggiore vulnerabilità.

La giurisprudenza in materia di trascrizione degli atti di nascita stranieri, in seguito a PMA o GPA, è cospicua: nell'economia di questa ricostruzione è possibile partire dalle pronunce *Mennesson*<sup>23</sup> e *Labassée*<sup>24</sup>. In questi due casi<sup>25</sup>, la Corte EDU si è occupata del rifiuto di trascrizione in Francia degli atti di nascita, redatti all'estero, di alcuni bambini nati attraverso la pratica della GPA, ritenendolo un'ingerenza illegittima perché sproporzionata rispetto allo scopo di salvaguardare il principio di indisponibilità della persona su cui viene fondato l'espresso divieto di surrogazione di maternità. Infatti, la mancata trascrizione determina una situazione di clandestinità giuridica poiché impedisce al bambino l'acquisto della cittadinanza, determinando problemi in ordine alla possibile permanenza sul territorio dello Stato, oltre alle conseguenze sul piano civilistico potenzialmente molto dannose. Ha perciò ritenuto di dover tutelare il rapporto di filiazione come espressione della vita privata dei figli,

<sup>23</sup> Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*).

<sup>24</sup> Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11 (*Labassée c. Francia*).

<sup>25</sup> Fra i molti commenti, si rinvia a: A. DURAN AYAGO, *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassée c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2/2014, p. 277; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères: Regard prospectif sur les arrêt Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014*, in *Recueil Dalloz*, 31/2014, p. 1773; F. CHENEDE, *Les arrêt Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, *ivi*, p. 1797; L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée*, *ivi*, p. 1806; J.-P. MARGUENAUD, *La revalorization de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 4/2014, p. 835; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3/2015, p. 523; A. MONDONNEIX, *La portée des arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014, Mennesson et Labassée*, in *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/2016, p. 109; L. OJA, A.E. YAMIN, *“Woman” in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship?*, in *Columbia Journal of Gender and the Law*, 1/2016, p. 62; L. BRACKEN, *Assessing the best interests of the child in cases of cross-border surrogacy: inconsistency in the Strasbourg approach?*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 3/2017, p. 368; C. FENTON-GLYNN, *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 3/2017, p. 546.

riconoscendo la preminenza della parentela biologica quale componente ineludibile dell'identità di ciascun individuo.

Ne consegue che deve essere riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino: inoltre, qualora sussista un legame consolidato<sup>26</sup>, potrà essere riconosciuto il rapporto genitoriale anche con il genitore d'intenzione privo di legami genetici col bambino<sup>27</sup>.

Nel primo *Advisory opinion*<sup>28</sup>, la Corte EDU, assumendo sempre come

<sup>26</sup> V. Corte EDU, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*): cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 438; G. CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*, in *Il Foro italiano*, 3/2017, IV, p. 117; E. FALETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2017, p. 729; L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, p. 425; S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 1; D. ROSANI, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, *ivi*, p. 109; G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 3/2017, p. 895; A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le "famiglie di fatto"?*, in *GenIUS*, 1/2017, p. 78; E. FARNÓS AMORÓS, *"Paradiso y Campanelli c. Italia" (II): los casos difíciles crean mal derecho*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 40/2017, p. 231; S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2018, p. 1373; M. PICCHI, *Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law*, in *Peace Human Rights Governance*, 3/2019, p. 307; ID., *The Protection of the Status Filiationis in the Event of Surrogate Motherhood*, in D.A. FRENKEL (ed.), *A Contemporary Anthology of Law*, Athens Institute for Education and Research, Athens, 2022, p. 99; E. BATTELLI, *Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2/2021, p. 838. Le coordinate dell'interpretazione data dalla Grande Camera sono poi state confermate in Corte EDU, Sezione III, sentenza del 18 maggio 2021, ricorso n. 71552/17, (*Valdis Fjölfnisdóttir e al. c. Islanda*).

<sup>27</sup> In questo senso sono anche Corte EDU, Sezione V, sentenza 16 luglio 2020, ricorso n. 11288/18 (*D. c. Francia*); decisione 19 novembre 2019, ricorsi n. 1462/18 (*C. c. Francia*) e n. 17348/18 (*E. c. Francia*); sez. V, sentenza 21 luglio 2018, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14 (*Foulon et Bouwet c. Francia*); Sezione V, sentenza 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 (*Laborie c. Francia*).

<sup>28</sup> Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001: cfr. J. HEYMANN, F. MARCHADIER, *La filiatio de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (à propos de l'avis consultatif de la CEDH, grande chambre du 10 avril 2019)*, in *Journal du droit international*, 4/2019, p. 1149; D. SZYMCAK, *«Répondre et rassurer»: quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. Sous Cour eur. dr. H., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 4/2019, p. 955; H. FULCHIRON, *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?*, in *Recueil Dalloz*, 19/2019, p. 1084; A.-M. LEROYER, *GPA: un avis faussement salvateur de la maternité d'intention*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2/2019, p. 307; J.-P. MARGUENAUD, *L'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme au visa de l'ultime arrêt Mennesson*, *ivi*, 4/2020, p. 817; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in questa *Rivista*, 2/2019; L. TULLIO, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista nel "Protocollo n. 16" CEDU e tutela dei minori*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13/2020, p. 960 ss.; I. QUEIROLO, F. PESCE, *La surrogazione di maternità*

riferimento la preminenza dei *best interests* del minore, ha osservato che uno Stato potrebbe voler dissuadere i propri cittadini dall'andare all'estero per utilizzare procedure di riproduzione assistita vietate sul proprio territorio: tuttavia, gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione fra i bambini così concepiti e i genitori di intenzione si ripercuotono non solo su questi ultimi ma anche sui minori che verrebbero pregiudicati nei loro diritti, con effetti negativi soprattutto per quanto riguarda il rispetto della vita privata nel caso in cui rimanesse incerto il loro *status filiationis* poiché potrebbero incontrare difficoltà, ad esempio, nel riconoscimento della cittadinanza, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori.

La tutela della vita privata e personale del bambino e il diritto a conoscere le proprie origini e ad essere protetto da eventuali abusi si frappongono nel riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei genitori committenti: la Corte EDU osserva come dare preminenza all'interesse del minore significhi anche che è necessario individuare le persone responsabili per la sua educazione e crescita, facendo in modo che il bambino possa vivere stabilmente in un determinato ambiente familiare. Ne consegue che una generale e assoluta preclusione all'instaurazione di un legame di filiazione con la madre di intenzione è incompatibile proprio con i *best interests* del minore. Inoltre, quando è coinvolto un aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo, come il rapporto genitore/figlio, il margine di apprezzamento dei singoli Stati è più limitato, soprattutto quando siano in gioco aspetti dell'identità personale del minore, come la determinazione dell'ambiente in cui debba vivere e l'individuazione delle persone responsabili della sua crescita.

Sulla base di queste premesse, la Corte EDU ha perciò affermato che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, quando nel certificato di nascita straniero sia stata indicata come *legal mother*: non solo, il riconoscimento di tale *status* appare ancor più necessario nel caso in cui nella procedura di surrogazione sia stato utilizzato il materiale biologico della madre committente<sup>29</sup>.

Dopodiché ha precisato che l'interesse del bambino è nel senso di rendere l'incertezza relativa al rapporto giuridico con la madre di intenzione priva di legami biologici il più breve possibile allo scopo di evitare che si trovi in una posizione vulnerabile sotto molteplici profili del suo diritto al rispetto della vita privata. Gli Stati non sono obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita redatto all'estero: le procedure variano da

*innanzi alla Corte di Strasburgo*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 223 (spec. p. 228 ss.).

<sup>29</sup> Cfr. § 47.

Paese a Paese e la scelta rientra nel margine di apprezzamento degli Stati. In particolare, l'art. 8 CEDU non impone che il riconoscimento della relazione tra madre di intenzione e figlio avvenga fin dalla nascita, ma solamente quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e il relativo giudizio spetta necessariamente alle autorità nazionali. Fra le possibili soluzioni vi è anche l'adozione, purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e l'autorità giudiziaria competente possa valutare il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto. Ciò non significa che debba essere prevista una procedura *ad hoc* per i casi di adozione legati al ricorso alla pratica della GPA: è però importante che l'*iter*, pur consentendo un apprezzamento concreto della situazione reale a tutela dell'interesse del minore, si svolga rapidamente, allo scopo di ridurre i tempi di incertezza relativi al rapporto del bambino con la madre di intenzione<sup>30</sup>.

La Corte EDU lascia dunque intendere che le soluzioni alternative che ciascun Stato può individuare per consentire l'instaurazione del rapporto di filiazione col genitore committente privo di rapporti biologici devono produrre effetti comunque pieni ed equivalenti alla trascrizione del certificato di nascita straniero o del provvedimento rilasciato dall'autorità straniera competente.

Parrebbe però potersi ricavare, *a fortiori*, che il riconoscimento dello *status filiationis* sia ancor più necessario in caso di PMA, alla quale abbiano fatto ricorso coppie omoaffettive: a maggior ragione quando vi sia stato il ricorso alla tecnica di procreazione assistita nota come *Reception of Oocytes from Partner* (ROPA)<sup>31</sup>.

## 5. Gli arresti della giurisprudenza costituzionale ...

Per quanto riguarda la Corte costituzionale, ha percorso un cammino che, di recente, l'ha portata a delle aperture rilevando l'insufficienza della tutela dei *best interest of the child* e la necessità dell'intervento tempestivo da parte del legislatore<sup>32</sup>.

A partire dalla sentenza n. 162/2014, nel rimuovere il divieto assoluto di fecondazione eterologa, la Corte ha compiuto delle ricostruzioni destinate a

<sup>30</sup> In tal senso è anche la giurisprudenza successiva: cfr. Corte EDU, Sezione V, sentenza 19 novembre 2019, ricorsi nn. 1462/18 (*C. c. France*) e 17348/18 (*E. c. France*). In merito si vedano le considerazioni di E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 450 ss.

<sup>31</sup> Consiste in una tecnica di fecondazione in vitro finalizzata a consentire la partecipazione alla maternità di entrambe le componenti di una coppia: una delle due donne è sottoposta a stimolazione ovarica per produrre ovuli maturi che verranno fecondati e impiantati nell'utero dell'altra donna. La prima avrà un legame biologico e genetico col bambino che verrà partorito dalla seconda.

<sup>32</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale si rinvia a M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29/2020, p. 114 ss.

rimanere costanti nella giurisprudenza successiva: il carattere eterosessuale della coppia che ricorre alle tecniche di PMA e il divieto sanzionato penalmente della GPA, giustificato dall'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette a tale tecnica procreativa perché, come ha precisato successivamente, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>33</sup>.

In una successiva pronuncia, la n. 237/2019<sup>34</sup>, la Corte si è occupata della norma che non consente di formare un atto di nascita nel quale indicare come genitori di un minore due persone dello stesso sesso. La Corte ha osservato che, sebbene la genitorialità del nato a seguito di PMA sia legata anche al consenso prestato e alla responsabilità accettata dalla coppia che è ricorsa a questa tecnica, nondimeno la l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) presuppone che le coppie coinvolte dal progetto di genitorialità siano di sesso diverso.

Questa ricostruzione è stata confermata poco dopo, quando il Giudice costituzionale ha ritenuto possibile<sup>35</sup>, alla luce della giurisprudenza di legittimità

<sup>33</sup> Corte cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, cons. dir. § 4.2.

<sup>34</sup> La vicenda riguardava il rifiuto da parte di un ufficiale di stato civile di ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne che erano ricorse alla PMA all'estero, mentre il parto era avvenuto in Italia. In merito, si vedano: L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, p. 248; A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie same-sex: norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2020, p. 563; G. CASABURI, *Nota a Corte cost., sent. 237/2019*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, col. 54; F. CORTESI, *Il diritto civile e la procedura civile*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, p. 171; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, p. 373; G. SAVI, *Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a veridicità*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4/2020, p. 1732; M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4/2020, p. 325; S. TALINI, *Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 4/2020, p. 895.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 20 ottobre 2020, n. 230. Fra i molti commenti, si richiamano quelli di: A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2020, p. 2760; I. BARONE, *Genitorialità naturale, genitorialità procreativa artificiale, unioni civili*, in *Famiglia*, 2/2021, p. 223; A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020; S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *federalismi.it*, 35/2020, p. 105; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, *ivi*, 3/2021, p. 86; S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, *ivi*, 24/2021, p. 38; M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 1; C. BONA, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, in *Il Foro italiano*, 1/2021, I, col. 39; S. STEFANELLI, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, *ivi*, col. 44; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è*

e sempre in caso di coppie omoaffettive femminili, la trascrizione nel nostro Paese dei certificati e provvedimenti stranieri di riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre non gestante anche nel caso in cui questa si sia limitata a prestare il proprio consenso senza contribuire con alcun apporto biologico, perché non vi sarebbe alcun contrasto con il principio di ordine pubblico. In maniera altrettanto chiara ha però ribadito che, in caso di nascita in Italia, non è possibile l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita neppure quando il bambino abbia un rapporto biologico con la madre non gestante.

Questa soluzione presenta, però, dei contrasti con la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale lo *status filiationis* – in caso di surrogazione di maternità, ma è da ritenere a maggior ragione anche in caso di PMA – deve essere sempre tutelato e riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino. Inoltre, dal punto di vista del minore, si viene a creare una disparità di trattamento in ragione del luogo di nascita: nel caso in cui questa sia avvenuta all'estero, si potrà avere la trascrizione dell'atto di nascita straniero e il bambino potrà instaurare un rapporto di filiazione pienamente legittimante con la madre di intenzione anche quando quest'ultima non abbia contribuito con alcun apporto biologico. Invece, in caso di nascita in Italia, il bambino potrà instaurare un rapporto con la madre intenzionale soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), anche quando la madre non gestante sia però madre biologica. Il contrasto è accentuato altresì dal fatto che la Corte costituzionale ha ritenuto adeguato lo strumento dell'adozione in casi particolari sebbene l'istituto non consentisse, all'epoca, l'instaurazione di rapporti parentali con gli ascendenti dell'adottante e sia, tuttora, subordinato all'iniziativa del genitore intenzionale, necessiti del consenso del genitore biologico e la procedura non sia celere.

Nel volgere di pochi mesi si è assistito ad una significativa evoluzione nella giurisprudenza costituzionale con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021<sup>36</sup>. La prima

*l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 7/2021, p. 688; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2/2021, p. 417; S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 4/2021, p. 1541; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2020, p. 1; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2021, p. 137.

<sup>36</sup> Fra i molti commenti, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021, p. 221; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutela intollerabile*, *ivi*, 3/2021, p. 1047; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2021, p. 339; F. ASTONE,

*Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*, *ivi*, p. 357; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 13; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, p. 59; M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, *ivi*, p. 41; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, *ivi*, p. 73; I. CARLOTTO, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, *ivi*, p. 103; F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, *ivi*, p. 127; R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, *ivi*, p. 145; G. FERRI, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione*, *ivi*, p. 7; P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 483; B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, *ivi*, p. 505; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio di costituzionalità di ottemperanza?*, *ivi*, 2/2021, p. 348; S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, *ivi*, 4/2021, p. 355; G. D'AMICO, *La preminente ... discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2021, p. 623; M. FORTINO, *L'omogenitorialità di fronte alla Corte costituzionale: decisioni prudenti o insoddisfacenti?*, *ivi*, p. 641; F. POGGI, *La bilancia inceppata: La Corte costituzionale e la mancata tutela dei nati all'estero a seguito di gpa*, *ivi*, p. 655; S. TONOLO, *Tecnologie riproduttive, progetti genitoriali, e questioni di diritto internazionale privato concernenti lo status filiationis*, *ivi*, p. 669; A. ZANOTTI, *La vita a comando*, *ivi*, p. 699; F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 1/2021, p. 1; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, *ivi*, 2/2021, p. 1; F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 4/2021, p. 228; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 3/2021, p. 349; R. ZAMPERINI, *Il Doppio Sogno della Corte costituzionale tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, *ivi*, p. 379; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, *ivi*, p. 406; N. CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*, *ivi*, p. 421; V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/2021, p. 1043; M.R. DONNARUMMA, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in *Diritto penale e uomo*, 4/2021, p. 109; P. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3/2021, p. 1243; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5/2021, p. 1153; B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2021, p. 609; G. FERRANDO, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, *ivi*, 4/2021, p. 937; U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, *ivi*, p. 944; M.C. VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: anti-tesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, *ivi*, p. 949; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 919; A. RASI, *Sugli effetti dei pareri consultivi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2021, p. 889; F. ANGE-LINI, *Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2021, p. 186; S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corriere giuridico*, 8-9/2021, p. 1034; V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali*

pronuncia si è occupata di un caso di PMA cui aveva fatto ricorso una coppia di donne e del prospettato vuoto di tutela rilevato dal giudice *a quo*, vista la situazione conflittuale della coppia che rendeva impraticabile il ricorso all'adozione in casi particolari; la seconda si è occupata della preclusione, in ragione del principio di ordine pubblico, al riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani, uniti civilmente, che avevano fatto ricorso alla tecnica della GPA all'estero.

In tutti e due i casi, anche se con ricostruzioni e toni differenti, la Corte costituzionale si pronuncia per l'inammissibilità delle questioni denunciando l'urgenza di un intervento del legislatore per offrire una diversa tutela del miglior interesse del minore, nel senso di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del rapporto con il genitore intenzionale, al fine di attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. La Corte rileva cioè l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari poiché, in caso di crisi della coppia e di negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, non è praticabile, con inevitabili ripercussioni sul minore. L'insufficienza dello strumento è dovuta anche ad altre peculiarità: non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine.

In entrambe le pronunce, la Corte ritiene, vista la materia eticamente sensibile, di non poter colmare il vuoto ed invita il legislatore ad intervenire per comporre in maniera ragionevole un equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti. Nella prima pronuncia, oltre a redarguire il legislatore perché il protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe più tollerabile in futuro, «tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»<sup>37</sup>, la Corte offre dei suggerimenti: una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento oppure l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca con una procedura tempestiva ed efficace la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

Le conclusioni della seconda pronuncia sono assimilabili<sup>38</sup>, sebbene l'impostazione sia differente dal momento che lo *status filiationis* di cui si è dovuta occupare vede a monte una GPA, pratica che – la Corte rammenta – offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Anche in questa occasione, la Corte costituzionale focalizza

*dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2/2022, p. 301; C. FAVILLI, *Stato filiale e genitorialità scoiale: dal fatto al rapporto*, *ivi*, p. 312; A.M. GAMBINO, *Genitori d'intenzione e diritti dei figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis/2022, p. 1158; L. BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, *ivi*, p. 3318; A. CORDIANO, *Rapporti genitoriali e gestazione per altri: legami adottivi fra stepchild adoption e second-parent adoption*, *ivi*, p. 3370.

<sup>37</sup> Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 32, cons. dir. § 2.4.1.4.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 33, cons. dir. § 5.9.

l'attenzione sugli interessi del minore e verifica se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili della Cassazione – il riferimento è alla sentenza n. 12193/2019<sup>39</sup> – sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali. I legami che, nella realtà fattuale, uniscono il bambino a entrambi i componenti della coppia sono riconosciuti parte integrante dell'identità del bambino e, dunque, è indiscutibile l'interesse del minore al loro riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, al fine di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte: né l'orientamento sessuale della coppia incide di per sé sull'idoneità all'assunzione della responsabilità genitoriale.

La Corte precisa, però, che l'interesse del bambino non deve essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, ma provvisto di uno «speciale “peso”» in sede di bilanciamento: ossia, dovrà essere ponderato alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità e di cui si fa carico la Corte di cassazione negando «la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti»<sup>40</sup>.

Poco tempo dopo, il Giudice costituzionale ha ritenuto, per mezzo della sentenza n. 79/2022, di offrire immediatamente una tutela più adeguata al superiore interesse del minore correggendo alcuni aspetti di inadeguatezza dell'adozione in casi particolari<sup>41</sup>. Infatti, ha dichiarato l'illegittimità

<sup>39</sup> V., *infra*, § 6.

<sup>40</sup> Cons. dir. § 5.5: però, la Corte costituzionale, per far proprio il diritto vivente e la ricostruzione prospettata, legge il provvedimento giudiziario straniero non nella prospettiva del minore e della conseguente attribuzione del suo *status* di figlio nei confronti del genitore con il quale non ha legami biologici, bensì nella prospettiva del genitore e del suo *status* verso il minore.

<sup>41</sup> La questione riguarda una coppia omosessuale – unita in matrimonio all'estero, poi trascritto e riconosciuto come unione civile anche in Italia – che aveva avviato un progetto di genitorialità condivisa, ricorrendo ad un accordo di GPA all'estero. Nel tempo, sono nate due bambine: la prima ha ricevuto da subito il doppio cognome dei due padri e, in seguito, quello non biologico ha intrapreso il procedimento di adozione *ex art. 44, lett. d)*, l. n. 184/1983. La seconda ha ricevuto soltanto il cognome del padre biologico e, anche in questo caso, il padre privo di legami biologici ha intrapreso il procedimento per l'adozione in casi particolari chiedendo altresì al Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna di riconoscere, quale effetto consequenziale della sentenza di adozione, un legame di parentela pieno anche con i propri ascendenti e i parenti tutti. A commento, si vedano: M. PICCHI, *Maternità surrogata e status filiationis del bambino adottato dal genitore non biologico*, in *Famiglia*, 31 marzo 2022; R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, *ivi*, 7 aprile 2022; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, *ivi*, 17 maggio 2022; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione: Un excursus giurisprudenziale (e qualche*

costituzionale dell'art. 55, l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, comma 2, cod. civ., prevede che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

La Corte, dando risalto alla differenza tra adozione del minore e del maggiore di età, afferma che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante determina una discriminazione verso il bambino adottato ex art. 44, l. n. 184/1983 rispetto agli altri figli, in palese violazione dell'art. 3 Cost., e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con l'art. 31, comma 2, e l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU. Nonostante la riforma della filiazione compiuta nel 2012/2013 e l'avvenuta unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, privandolo dei legami parentali che il legislatore ha però inteso garantire a tutti i figli affinché «possano crescere in un ambiente solido e protetto dai vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni»<sup>42</sup>. A ciò si aggiunga che le casistiche che consentono l'adozione in casi particolari fanno tutte riferimento a situazioni che richiedono di potenziare le tutele e non di ridurle: l'adozione in casi particolari non determina la recisione dei legami con la famiglia d'origine, nondimeno comprende casi in cui la nuova rete di rapporti familiari non costituisce un privilegio, quanto piuttosto un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, nonché il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità<sup>43</sup>.

È una svolta significativa anche se non integralmente risolutiva: difatti, oltre alla mancanza di celerità nella procedura da seguire, permane la necessità del consenso del genitore biologico/legale e dell'iniziativa del genitore intenzionale. Ma soprattutto, al minore non viene riconosciuto il diritto d'agire per ottenere l'instaurazione di un rapporto di filiazione col genitore intenzionale.

*riflessione*), in *Famiglia e Diritto*, 8-9/2022, p. 849; A. FIGONE, *Il vincolo di parentela anche nell'adozione del minore in casi particolari*, in *Ilfamiliarista.it*, 17 giugno 2022; F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 giugno 2022; P. DI MICHELE, *Nell'atto di nascita non possono essere indicate quali genitrici la mamma biologica e quella c.d. "d'intenzione"*, in *Diritto & Giustizia*, 125/2022, p. 20; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, p. 330; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, *ivi*, n. 5/2022, p. 129; M.C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "familiarità sociale"*, in *Consulta online*, 3/2022, p. 1021; S. CORSO, *Prestigiamento, ovvero sull'adozione del minore da parte del singolo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2022, p. 609.

<sup>42</sup> Corte cost., sentenza 28 marzo 2022, n. 79, cons. dir. § 8.2.

<sup>43</sup> Cfr. cons. dir. § 8.3.

## 6. Segue: ... e della Corte di cassazione

Le pronunce del giudice di legittimità sono numerose e si sono acquisite nel senso di escludere, per contrarietà all'ordine pubblico, la trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero in esecuzione di un contratto di maternità surrogata, in mancanza di un legame biologico del minore con i committenti, ammettendo però la trascrivibilità dell'atto di nascita rispetto al genitore di intenzione che abbia anche un legame biologico. Invece, il genitore di intenzione privo di legami biologici dovrà ricorrere all'adozione in casi particolari per instaurare il rapporto genitoriale col minore<sup>44</sup>.

A fronte di una giurisprudenza – di merito e di legittimità – talvolta incerta e mutevole, le Sezioni unite della Cassazione, con la già menzionata sentenza n. 12193/2019<sup>45</sup>, hanno cercato di fare chiarezza ritenendo non possibile il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla GPA ed il genitore d'intenzione privo di legami biologici e munito della cittadinanza italiana poiché il divieto di GPA previsto dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, deve essere qualificato come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione<sup>46</sup>. Questi valori, secondo il giudice di legittimità,

<sup>44</sup> Cfr. Corte di cassazione, Sezione I civ., sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001, e sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962. In particolare, con quest'ultima pronuncia la Corte ha precisato che l'espressione "impossibilità di affidamento preadottivo", contenuta nella clausola residuale dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, ricomprende oltre all'impossibilità di fatto, anche quella di diritto, così da considerare anche i rapporti familiari di fatto già esistenti col minore e permetterne l'adozione da parte del compagno del genitore, in assenza di uno stato di abbandono.

<sup>45</sup> V. A.M. LECIS COCCO ORRU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte EDU su GPA e trascrizioni*, in *GenUS*, 1/2019, p. 68; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, *ivi*, p. 15; M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2/2020 p. 290; G. CHIAPPETTA, *La surrogazione di maternità innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di cassazione*, in *La cittadinanza europea*, 1/2021, p. 244.

<sup>46</sup> Secondo una parte della dottrina, la Corte di cassazione sarebbe giunta a conclusioni analoghe a quelle della Corte EDU: cfr. F.M. BUONAIUTI, *Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2/2019, p. 294; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 CedU: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 709; S. TONOLO, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.)*, n. 12193/2019: tra «costituzionalizzazione attenuata» e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2019, p. 1137; M. SARZO, *La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità*, *ivi*, p. 1158; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in

sono ritenuti «non irragionevolmente [...] prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione» e, in ogni caso, non è esclusa «la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari»<sup>47</sup>.

Tale pronuncia, oltre alle criticità legate all'adozione in casi particolari, ha lasciato irrisolto un altro problema: la soluzione prospettata non mette in discussione il rapporto di filiazione col genitore biologico ma soltanto col genitore sociale nei confronti del quale il minore potrà veder riconosciuto il proprio legame affettivo per mezzo della sola adozione in casi particolari. Il disvalore riferito alla GPA deve essere “sopportato” interamente dal genitore che ha prestato il consenso ma non ha contribuito materialmente alla procreazione e, soprattutto, dal minore. La giurisprudenza di legittimità ha generato un paradosso: la GPA, penalmente vietata nel nostro Paese, non porta alla perseguibilità penale dei genitori committenti quando sia realizzata all'estero, però permangono degli effetti negativi ricondotti alla lesione dei valori della dignità della donna che ricadono sul genitore privo di legami biologici e sul minore che non potrà attivarsi per instaurare un rapporto di filiazione col genitore intenzionale privo di legami biologici.

Segnare con uno stigma la vita del genitore sociale e quella del minore significa riconoscere, soprattutto a quest'ultimo, un'identità degradata: né è chiaro come questa conseguenza possa rimediare alla violazione della dignità della donna, considerato altresì che quest'ultimo bene è stato oggetto di considerazione, tutela e disciplina nel Paese straniero ove la GPA è stata realizzata legalmente.

Inoltre, occorre tener conto del fatto che le soluzioni prospettate devono

*Famiglia e diritto*, 7/2019, p. 677; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale – la c.d. “filiiazione omogenitoriale” al vaglio delle sezioni unite della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/2020, p. 543. Invece, si sono espressi criticamente A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 3/2019, pp. 1098 ss., M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, p. 667 ss., e D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *Corriere giuridico*, 10/2019, p. 1212. In particolare, sull'ampliata nozione di ordine pubblico, accolta dalla Corte di cassazione, si rinvia a: G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere ‘filiiazione’*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 347; G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il Foro Italiano*, 6/2019, I, p. 2003; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 337; M.M. WINKLER, K. TRILHA SCHAPPO, *A Tale of Two Fathers*, in *The Italian Law Journal*, 1/2019, p. 359; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal*, 3/2021, p. 93; V. PAPPÀ MONTEFORTE, *Riflessioni sul concetto di ordine pubblico sovranazionale*, in *Notariato*, 3/2022, p. 247.

<sup>47</sup> Corte cass., Sezioni Unite civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, § 13.4.

esprimere il bilanciamento dei molteplici interessi in gioco nei diversi momenti: il divieto di surrogazione di maternità è frutto del bilanciamento di molteplici principi e valori, ponderati prima che detta tecnica procreativa venga realizzata. Ne consegue che in questa fase la dignità della donna che si rende disponibile alla gestazione per altri e l'interesse del bambino non ancora concepito dovranno essere valutati secondo specifiche prospettive (anche dissuasive) e avranno un determinato peso. In seguito alla nascita, gli interessi e i valori in gioco da ponderare potranno essere ulteriori e, in ogni caso, anche quelli precedenti dovranno essere apprezzati secondo differenti prospettive che richiederanno un nuovo e adeguato bilanciamento.

Relativamente all'ordine pubblico e alla sua contrapposizione all'interesse del minore, occorre poi osservare che, se il primo è l'insieme dei valori fondanti l'ordinamento in un determinato momento, avuto riguardo alle indicazioni costituzionali e delle fonti internazionali, nonché all'interpretazione data ai singoli istituti e all'interpretazione giurisprudenziale, non si comprende come nella nozione di ordine pubblico non venga fatto rientrare anche il principio dei *best interests of child*, che non costituisce un valore frutto della scelta discrezionale del legislatore ma ha natura ben radicata nella Costituzione, nelle fonti internazionali e nella giurisprudenza. In altri termini, se l'interesse superiore del minore è una componente del principio di ordine pubblico non si comprende come quest'ultimo possa contrapporsi al primo e, soprattutto, affievolirlo.

Preme un'ultima osservazione: la Corte di cassazione ha precisato che la trascrizione dell'atto di nascita del nato da GPA realizzata all'estero nei confronti del genitore biologico è conforme alla giurisprudenza della Corte EDU perché, anche secondo quest'ultima, «la sussistenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*»<sup>48</sup>, come avviene, appunto, con l'adozione in casi particolari. Questa precisazione poteva essere oggetto di un ulteriore sviluppo per quanto riguarda la PMA secondo il metodo ROPA poiché, in questo caso, il bambino ha legami biologici con la madre donatrice e così anche in caso di GPA omologa.

Dunque, la giurisprudenza di legittimità, al momento<sup>49</sup>, ritiene trascrivibile nei registri dello stato civile l'atto di nascita straniero di un minore, indicato come figlio di due donne, nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA

<sup>48</sup> § 13.3.

<sup>49</sup> Cfr. anche Corte cass, Sezione I civ., sentenza 23 agosto 2021, n. 23319.

all'estero poiché non si pone in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, a differenza di quanto accade nel caso in cui il minore sia nato a seguito di GPA. Infatti, in questo secondo caso, il divieto sanzionato penalmente dalla l. n. 40/2004 deve considerarsi un principio di ordine pubblico, «in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore»<sup>50</sup>. Ne consegue che, al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione delle tecniche di PMA non consentite dal nostro ordinamento poiché le limitazioni contemplate nella l. n. 40/2004 costituiscono espressione non di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette tecniche, la cui individuazione è vincolante nell'ordinamento interno, ma non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni. A ciò si aggiunga che la nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno, corrispondente al complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano: di conseguenza, non vi è alcuna contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione risultante dall'atto di nascita formato all'estero e la preclusione all'indicazione della doppia maternità in caso di nascita in Italia.

Rimane l'incoerenza sul piano fattuale e la discriminazione verso i minori perché godranno, in ragione del luogo di nascita e di formazione del relativo atto<sup>51</sup>, di una differente tutela sul piano dei diritti e del superiore interesse del minore benché quest'ultimo sia pur sempre un parametro fondamentale in materia familiare e che conforma lo stesso ordine pubblico internazionale.

Nell'intervallo fra le sentenze gemelle del 2021 della Corte costituzionale e l'ultima pronuncia della stessa in materia, la Corte di cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per un'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite<sup>52</sup>, al fine di fornire direttive ai giudici di merito per colmare in via interpretativa la

<sup>50</sup> § 6.

<sup>51</sup> La preclusione, in caso di coppia di donne, all'indicazione della madre non partorienti nel certificato di nascita redatto in Italia è stata confermata, anche in caso di ROPA, da Corte cass, Sezione I civ., ordinanza 25 febbraio 2022, n. 6383, ordinanza 4 aprile 2022, n. 10844, e sentenze 23 agosto 2021, nn. 23320 e 23321.

<sup>52</sup> V. Corte cass., Sezione I civ., ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842.

lacuna normativa evidenziata dalle due pronunce costituzionali del 2021<sup>53</sup>. La vicenda aveva avuto origine dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla rettifica dell'atto di nascita di un minore, figlio di una coppia omosessuale che era ricorsa alla gestazione per altri all'estero, in seguito a una sentenza dell'autorità giudiziaria canadese, mediante la quale anche il *partner* privo di legami biologici col bambino era stato dichiarato genitore dello stesso.

Secondo il collegio giudicante il diritto vivente cristallizzato nella sentenza n. 12193/2019 è inidoneo a rispondere alle esigenze di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, derivanti dalla Costituzione e dalle fonti convenzionali e sovranazionali. L'adozione in casi particolari non è in grado di tutelare i diritti del minore nel senso richiesto dalla Corte EDU e, di conseguenza: si sarebbe creato un vuoto normativo, in seguito alla sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale, rendendo necessaria una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti, quali la delibazione e la trascrizione, per verificare se il divieto penale della surrogazione di maternità costituisca un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione, derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto in questione.

Fra l'altro, la stessa sentenza n. 12193/2019 ha precisato, a proposito della disciplina che consente l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero (l. n. 218/1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), che non comporta il recepimento degli istituti ivi applicati, così come disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, limitandosi a consentire la produzione dei relativi effetti nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la nozione di ordine pubblico. La delibazione di una sentenza straniera o la trascrizione di un atto di nascita emesso da autorità straniera non comporterebbero, cioè, il recepimento nel nostro ordinamento dell'accordo di maternità surrogata né conferirebbero legittimità ad una pratica procreativa vietata nel nostro Paese: ciò che verrebbe recepito, garantendone l'efficacia, è l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il consenso, nella decisione del proprio

<sup>53</sup> V. R. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, in *Famiglia*, 2/2022, p. 253; A. GORGONI, *Surroga di maternità all'estero e stato di figlio in Italia: la parola ancora alle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 2/2022; K. MASCIA, *Maternità surrogata: è irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di 'intenzione'*, in *Diritto & Giustizia*, 16/2022, p. 4; S. BUZI, *La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità*, in *Famiglia*, 14 maggio 2022; M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale*, cit., p. 849; A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal*, 1/2022, p. 49; A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia insieme*, 10 maggio 2022; ID. *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni Unite*, in *Famiglia*, 3/2022, p. 437, che si esprime in toni estremamente critici verso l'ordinanza interlocutoria.

*partner* di ricorrere alla tecnica procreativa in questione. Un consenso che diviene irrevocabile nel momento in cui inizia il processo procreativo, in forza di un fondamentale principio di responsabilità che riguarda qualsiasi forma di procreazione e che trova la sua giustificazione nella tutela dei diritti inviolabili del minore. In questa maniera, verrebbe data efficacia nel nostro Paese a un riconoscimento del rapporto di filiazione che è già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato, per dare continuità al suo *status* e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita, evitando i gravi pregiudizi che deriverebbero dalla rimodulazione della sua identità e dalla eliminazione di una figura genitoriale.

Aggiunge il Collegio che, se non si giunge ad una diversa interpretazione della clausola di ordine pubblico, si viene a creare un paradosso perché è sancita l'operatività della pratica vietata a favore del genitore biologico sanzionando irrazionalmente il soggetto che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione e che, però, si è assunto la responsabilità di essere genitore.

Infine, nell'ordinanza interlocutoria è precisato che la delibazione e la trascrizione non dovrebbero operare automaticamente, ma caso per caso: nel senso, cioè, che vi si potrebbe procedere solo laddove sia accertato che il ricorso alla maternità surrogata nel Paese straniero non sia avvenuto in spregio al principio di dignità della madre gestante o fraudolentemente, in violazione delle leggi del Paese che la consente, da persone che non possono accedere alle procedure di adozione in Italia e intendono avvalersi della surrogazione di maternità senza rispettarne le condizioni legali di ammissione.

Il modello così delineato, secondo il Collegio, consentirebbe un possibile controllo di corrispondenza della delibazione all'ordine pubblico internazionale fondato sui valori condivisi di dignità della donna e di tutela dell'istituto dell'adozione oltre che sul bilanciamento dell'interesse del minore al riconoscimento con quello dello Stato a disincentivare comportamenti elusivi del divieto di surrogazione da parte dei cittadini italiani.

È evidente che l'ordinanza in questione è stata sicuramente influenzata dalla pronuncia del 2021 della CGUE. È altresì chiaro che, nonostante il rincorrersi delle pronunce nei diversi livelli di tutela, la non realizzata piena tutela del superiore interesse del minore dà vita a pronunce con contenuti contraddittori. La Cassazione lo dimostra con questa ordinanza interlocutoria, nella quale vengono denunciati i limiti connessi all'istituto dell'adozione in casi particolari, e però le pronunce successive sono ferme nel ritenere che, in caso di GPA, il certificato di nascita straniero non sia trascrivibile nei confronti del genitore intenzionale privo di legami biologici col minore.

## 7. Riflessioni conclusive

Il diritto di famiglia è una materia caratterizzata dalle peculiarità culturali dei singoli ordinamenti e la nozione di famiglia può essere ricondotta nell'ambito dell'identità nazionale, insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale di ciascun Stato membro, che l'Unione si impegna a rispettare, *ex art.* 4, paragrafo 2, TUE. Con le pronunce in commento, la CGUE ha così ricordato come il riconoscimento della doppia genitorialità omosessuale sia una scelta che rientra nella discrezionalità degli Stati membri: tuttavia, dovendo bilanciare i valori fondamentali di ciascun ordinamento nazionale con i diritti delle persone, ha affermato l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere gli effetti dell'atto di nascita dello Stato membro ospitante. Tale ricostruzione consente di salvaguardare l'identità nazionale e l'ordine pubblico assicurando, però, tutela all'interesse superiore del minore a veder riconosciuto il suo *status filiationis* acquisito nel Paese membro ospitante, indipendentemente dal carattere omoaffettivo della coppia di genitori o dal fatto che questi ultimi hanno fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, compresa la GPA, vietate nei Paesi di origine. Una ricostruzione focalizzata interamente sull'interesse superiore del minore e che, però, sottintende l'accertamento da parte dello Stato ospitante del rispetto della normativa ivi vigente a tutela dei valori in gioco.

Questa soluzione di compromesso – con la quale la CGUE ha voluto evitare che il mancato riconoscimento dello *status* di figlio possa determinare una discriminazione nei suoi confronti in ragione del sesso dei genitori – va oltre gli arresti giurisprudenziali della Corte EDU. Secondo quest'ultima, non può essere preclusa l'instaurazione di un legame di filiazione con il genitore intenzionale anche se privo di legami biologici: gli Stati membri non sono però obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita straniero e potranno scegliere soluzioni differenti, compresa l'adozione. Una procedura, quest'ultima, che non è immediata e che (potenzialmente) può rimettere in discussione i contenuti di quanto accertato dalle autorità dello Stato ove è nato il bambino. Ovvero, si potrebbe verificare una soluzione paradossale secondo la quale, stante la giurisprudenza della CGUE, un minore nato in altro Paese UE ha il diritto di circolare con i due genitori indicati nel certificato di nascita straniero e, però, il Paese di origine del genitore committente privo di legami biologici non consente l'adozione perché non vengono riscontrati i presupposti.

Ne consegue che, rispetto agli arresti della Corte EDU, le pronunce della CGUE riducono maggiormente gli spazi decisionali statali.

Inoltre, la CGUE – nell'enunciare l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere gli effetti del rapporto di filiazione costituito in uno Stato membro – non

distingue tra figli nati a seguito del ricorso a PMA o a GPA<sup>54</sup>. Ciò significa che le fonti UE, come interpretate dalla CGUE, impediscono agli Stati membri di invocare il limite dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale, quando si tratti di tutelare la libertà di circolazione e i diritti sanciti dalla *Carta* a favore del minore, anche in caso di maternità surrogata (sia fra coppie omosessuali che eterosessuali) poiché i problemi di tutela e i pericoli di discriminazione appaiono i medesimi di quelli affrontati nelle pronunce in commento.

Le due pronunce della CGUE impongono dunque che anche il nostro Paese, nonostante gli arresti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, riconosca il certificato di nascita straniero, in caso di GPA, ai fini della tutela dei diritti del minore, derivanti dalle fonti dell'Unione. Fra l'altro, la soluzione prospettata dalla CGUE, seppur giungendo a conclusioni ben differenti, era già stata riconosciuta dalla stessa Corte di cassazione proprio nella sentenza n. 12193/2019 dove ha constatato che la trascrizione di un certificato di nascita straniero non determina comunque il recepimento della tecnica procreativa della GPA.

È dunque necessario riflettere sulla tesi ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021: ossia, la possibilità di comprimere, seppur invocando la proporzionalità, i diritti fondamentali dei minori allo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare la GPA, tenuto conto che l'impossibilità di riconoscere il certificato di nascita redatto all'estero non è posto a diretta tutela della dignità della donna. Né l'efficacia deterrente a fronte di una condotta vietata può avere conseguenze e sacrifici che ricadono sui diritti del minore. Peraltro, non bisogna dimenticare che la l. n. 40/2004 non pone preclusioni esplicite: queste sono state ricavate soltanto in via interpretativa dalla giurisprudenza.

Ad ogni buon conto, rimangono numerose contraddizioni e incoerenze, a partire dall'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, nonostante la recente pronuncia della Corte costituzionale. Tale istituto non è congeniato per disciplinare il rapporto col minore la cui nascita è stata progettata dai genitori intenzionali: alle ragioni di inadeguatezza sopra enunciate, occorre aggiungere che non potrebbe garantire la tutela del superiore interesse del minore nel caso in cui il genitore intenzionale muoia o diventi incapace prima della nascita o della costituzione del rapporto o, comunque, in caso di rinuncia alla procedura. Ma soprattutto, il minore o il suo rappresentante legale non possono pretendere il rispetto degli obblighi patrimoniali connessi con la figura genitoriale, determinando conseguenze paradossali: l'interesse del minore all'irrevocabilità del consenso (art. 6, l. n. 40/2004) non avrebbe alcun rilievo e la volontà

<sup>54</sup> Cfr. C. BENANTI, *Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso*, cit., p. 2; E. NALIN, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 254.

originaria del genitore non sarebbe vincolante proprio nel caso in cui questi non abbia rispettato i requisiti legali per accedere alle tecniche procreative<sup>55</sup>.

Tutto ciò è ancor più paradossale nel caso di una coppia omoaffettiva femminile, ove la madre intenzionale che ha contribuito con la donazione dell'ovulo alla compagna gestante è pur sempre legata biologicamente al minore e l'istituto dell'adozione in casi particolari sembra non soddisfare, a maggior ragione, l'interesse superiore del bambino al riconoscimento della propria identità e delle proprie origini, secondo i parametri elaborati dalla Corte EDU.

La situazione diventa ancora più problematica, sempre con riferimento ai *best interests* del bambino, nell'ipotesi in cui la coppia omoaffettiva femminile sia composta da una cittadina extracomunitaria, che porta a termine la gravidanza nel nostro Paese, e da una cittadina italiana. In questo caso, l'impossibilità di indicare nell'atto di nascita il nominativo della seconda madre avrà conseguenze significative: nell'immediato, il minore non avrà la cittadinanza italiana né quella europea; così anche in futuro se la madre intenzionale non si attiverà per l'adozione in casi particolari.

Perciò, occorre chiedersi se le ragioni ad oggi portate dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale possano ancora tenere alla luce dei valori costituzionali in gioco. In ogni caso, il fatto che il limite dell'ordine pubblico interno abbia un contenuto più lato non costituisce una giustificazione sufficiente alla disparità di trattamento che viene determinata fra i minori nati in Italia e quelli nati all'estero: disparità di trattamento che può sussistere anche fra i nati in Italia dal momento che alcuni giudici di merito autorizzano l'indicazione della doppia maternità anche nei certificati di nascita redatti nel nostro Paese, discostandosi dalle indicazioni del giudice costituzionale e del giudice di legittimità.

<sup>55</sup> Cfr. U. SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2021, p. 944 ss.