



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

Sezione: Situazioni giuridiche soggettive – Vita privata e familiare

Titolo: *Trascrizione dell’atto di nascita da gestazione per altri**

Autore: STEFANIA STEFANELLI

Sentenza di riferimento: Corte d’Appello Trento, ord. 23 febbraio 2017

Parametro convenzionale: Art. 8 CEDU; Artt. 2, 3, 30 Cost.; Art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; Artt. 3 e 6 Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti del fanciullo; Art.8 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

Parole chiave: *Status filiationis*; circolazione degli *status* e delle persone; clausola di ordine pubblico; diritto all’identità personale; interesse superiore del minore; tutela dell’affettività familiare; gestazione per altri.

Abstract: *The Court of Appeal of Trento decided that two gay partners should be legally recognised as the fathers of two surrogate children, not just the parent who is biologically related, because parental relationships should not be determined only by the biological link. «On the contrary, one must consider the importance of parental responsibility, which is manifested in the conscious decision to raise and care for the child». The consequences of the violation of the rules set forth in Law N. 40 of 2014 (who prevents couples from using a surrogate mother) «committed by adults should not fall back on the new born». The Court relied on the recent judgment of the Italian Supreme Court n. 19599/2016, to assert that a child’s right to the continuity of the status lawfully acquired abroad is grounded on Art. 8 of the ECHR and on Art. 3 and Art. 8 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, provisions designed to grant that all actions concerning the child must be based on his or her best interests.*

SOMMARIO: 1. Il diritto non è scritto sulle nuvole, ma sulla pelle di donne, uomini e bambini. - 2. Genitorialità biologica ed affettività. – 3. Nascita da gestazione per altri e valutazione dell’interesse del minore.

1. Il diritto non è scritto sulle nuvole, ma sulla pelle di donne, uomini e bambini

La lettura della decisione resa dalla Corte d’Appello tridentina, memori delle ragioni che sostennero non

* Il contributo è stato scritto nell’ambito del Progetto «Diritti e situazioni giuridiche soggettive tra incertezze (nazionali) e ricerca dell’effettività della tutela (sovranaazionale). Una ricerca interdisciplinare», diretto dalla Prof.ssa L. CASSETTI e finanziato dalla Ricerca di base 2015, Università degli Studi di Perugia.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

molti anni or sono l’opposta soluzione offerta dalla Corte di Cassazione alla questione della trascrivibilità dell’atto di nascita da gestazione per altri realizzata all’estero¹, suscita la riflessione che Paolo Grossi dedicò alla storia del diritto, ricordando che, «al di sotto dei tanti momenti autonomi di cui la storia è composta, c’è una linea che si distende unitaria, perché il diritto è vita, non è scritto sulle nuvole ma sulla pelle degli uomini»². I «grandi problemi della vita» che disegnano questo *continuum* sono personificati da alcuni bambini, nati in Paesi che ammettono e disciplinano la gestazione per altri, partoriti da donne che non hanno mai avuto intenzione di riconoscerli come propri, e generati *in vitro*, per la realizzazione del progetto procreativo di una coppia italiana. Elementi distintivi sono i rispettivi Stati di nascita (l’Ucraina per il caso esaminato dalla S.C., l’Ontario per quello giudicato a Trento), la continuità biologica con uno dei genitori intenzionali (assente nel primo caso, e presente nel secondo), e la composizione della coppia (formata da persone di sesso diverso nella vicenda più risalente, dello stesso sesso in quella in commento). Radicalmente diverso è, allo stato, l’epilogo giudiziario: avendo ritenuto che il riconoscimento dell’atto di nascita formato in Ucraina contrastasse con l’ordine pubblico, la S.C. confermò infatti la decisione di separare il minore dalla coppia, per avviarlo all’adozione secondo la disciplina della l. n. 184/1983, secondo la procedura semplificata dettata dall’art. 11 della stessa per i bambini cui non sia costituito alcuno *status filiations*. Al contrario, la Corte d’Appello di Trento ha ordinato la trascrizione provvedimento con cui le autorità canadesi riconoscevano ai due uomini la paternità dei gemelli, ai quali era originariamente stato riconosciuto lo *status* solo nei confronti del padre genetico.

Il quadro si arricchisce con la recente decisione resa dalla *Grande Chambre* sul ricorso proposto dal Governo Italiano avverso la decisione di primo grado del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la quale ha negato che integri violazione dell’art. 8 CEDU un provvedimento di tenore identico a quello avallato dalla S.C., in questo caso rispetto al bambino nato in Russia da madre sostituta, di cui era stata accertata

¹ Cass., 11-11-2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; su cui v. i fondamentali rilievi di A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Liberio osservatorio dir.*, 1/2015, 1 ss.; di G. CHIAPPETTA, *L’azione di reclamo dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 481 ss.; e di M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 276 s. La pronuncia ha costituito il punto di partenza dell’ampia indagine sulla maternità surrogata, sostanzialmente adesiva con le tesi della S.C., di A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 415 ss.

² P. GROSSI, *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 7.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

la generazione con gameti totalmente estranei alla coppia di genitori intenzionali, di sesso diverso³.

Tra l’uno e l’altro giudicato della medesima I sezione della S.C. si situa la pronuncia che costituisce una pietra miliare nella giurisprudenza di legittimità in materia di circolazione degli *status* e garanzia dell’identità e dell’affettività del minore, di cui la decisione tridentina costituisce per più versi coerente applicazione⁴. In quest’occasione, la Corte di Cassazione ha ordinato la trascrizione dell’atto di nascita formato in Spagna per un bambino nato da due madri⁵: colei che aveva condotto la gravidanza e aveva partorito e la madre genetica, il cui ovulo era stato fecondato con seme di un donatore, nell’ambito di un progetto genitoriale condiviso. Non si trattava dunque di gestazione per altri, in quanto la partoriente aveva condotto la gravidanza per sé, ed aveva volontariamente costituito al neonato lo stato di figlio proprio, oltre che della compagna, con cui aveva contratto matrimonio secondo la legge spagnola. Nello stesso senso si apprezza l’orientamento di altra corte di merito⁶, che ha ordinato la trascrizione dell’atto di nascita all’estero da due madri, in fattispecie nella quale difettava, a differenza di quella decisa dalla S.C., il legame genetico con la donna che non aveva partorito il bambino. Il Collegio partenopeo sottolinea che costei aveva comunque partecipato al «progetto di genitorialità» che aveva portato alla sua nascita da fecondazione eterologa, e per lui «dopo la nascita si era comportata come madre», e che è «valore compatibile con l’ordine pubblico l’accertamento della genitorialità fondato su materialità diversa da quella biologica, ma ad essa riconducibile in forza di un legame tra le due donne, valutato anche nell’ordinamento nazionale italiano ... di portata tale da consentire, nell’interesse del figlio, che si veicoli all’altra donna la capacità, già dimostrata nella convivenza in fatto, di svolgere il ruolo di madre, pur se priva una della qualifica di partoriente».

Questi i segmenti che si uniscono a formare la ricordata linea unitaria, scritta sull’aspirazione umana a formare una famiglia che comprenda dei figli, valendosi eventualmente dell’ausilio medico ed eventualmente a prescindere dal legame genetico, in cui si esprimono il diritto all’autodeterminazione, il

³ C. EDU, G.C., *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24-1-2017, in <http://hudoc.echr.coe.int>; C. EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, IV, 117; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 834, con nota di A. SHUSTER.

⁴ Cass., 30-9-2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, su cui sia permesso il rinvio a S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. dir.*, 2017, 83 ss.

⁵ Pratica vietata anch’essa dalla l. n. 40/2004, il cui art. 6 riserva l’accesso alla p.m.a. a coppie formate da persone di sesso diverso, e sanzionata penalmente dall’art. 12, 2° comma, al pari della surrogazione di maternità.

⁶ Trib. Napoli, decr. 6-12-2016, in www.articolo29.it.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

diritto alla salute e la tutela della vita privata e familiare, alla cui tutela la Consulta ha ascritto la decisione di incostituzionalità del divieto di procreazione eterologa⁷.

Il diritto alla genitorialità così affermato in capo agli adulti⁸ corrisponde al diritto del nato a vedersi riconosciuti dei genitori, dai quali pretendere l’attuazione dei diritti fondamentali alla ricevere cura, educazione, istruzione, mantenimento, di cui all’art. 30 Cost.

Attorno all’affermazione di tali diritti, nel loro bilanciamento con altre istanze di pari grado, ruotano tutte le richiamate decisioni, che riverberano rispetto alla garanzia offerta dall’art. 8 CEDU al rispetto della vita privata e familiare di adulti e bambini, in termini di compatibilità della decisione delle autorità nazionali di negare lo *status filiationis* col margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nella determinazione dell’equilibrio tra i valori irrinunciabili sintetizzati nella clausola di ordine pubblico ed i diritti degli individui interessati dalla decisione.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nascita da g.p.a.⁹ si segnala la condanna della

⁷ C. Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida al d.*, 2014, 27, p 16 ss., con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell’ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*; in *Dir. fam.*, 2014, 973 ss., con nota di L. D’AVACK, *Cade il divieto all’eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, 1289 ss., con nota di C. CICERO, E. PELUFFO, *L’incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Foro it.*, 2014, I, 2297 ss.; in *Europa dir. priv.*, 2014, 1105 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*; su cui A. BALDINI, *Cade il divieto di pma eterologa: prime riflessioni sulle principali questioni*, in *Vita not.*, 2014, 617 ss.; A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Astrid Rassegna*, 11/2014; G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 393 ss.

⁸ Cfr., per una critica, E. GIACOBBE, *Dell’insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 590 ss.

⁹ C. EDU, 26-6-2014, *Menesson et al. c. Francia*, in *Foro it.*, 2014, IV, 561; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1123, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*; *Id.*, 26-6-2014, *Labassé c. Francia*, in *leggiditalia.it*; su cui G. CHIAPPETTA, *L’estensione della presunzione di paternità*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., 335 ss.; su cui M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*, cit., 278 ss. Con *arrêts* 13-9-2013 (nn. 1091 e 1092), la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civ., ha ritenuto legittimo il rifiuto di trascrivere l’atto di nascita da surrogazione materna all’estero, per nullità di ordine pubblico della relativa convenzione, conclusa tra gestante e padre, ai sensi degli artt. 16-7 e 16-9 del *code civil*. In entrambi i casi, uomini di nazionalità francese avevano fatto ricorso, in India, alla “*gestation pour autrui*”, domandando poi la trascrizione nei registri di stato civile francesi degli atti di nascita dei bambini. Ritenuto che «*la naissance est l’aboutissement, en fraude à la loi française, d’un processus d’ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d’autrui*», la Corte esclude l’applicabilità dell’art. 8 CEDU, in forza della considerazione per cui «*faire prévaloir la situation concrète des enfants en cause dans tous les cas aboutirait à priver de toute effectivité non seulement les dispositions du droit*



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

legislazione francese – che esplicitamente configura in termini di ordine pubblico internazionale il relativo divieto¹⁰ – avendo ritenuto superato detto margine di apprezzamento col «difetto di riconoscimento del rapporto giuridico di filiazione tra il nato e il padre committente allorché quest’ultimo sia anche padre biologico», in violazione del «diritto al rispetto della vita privata del figlio, ai sensi dell’art. 8 della Convenzione, comprendente il diritto all’identità personale sotto il profilo del legame di filiazione». Ad opposto epilogo è giunta invece, come ricordato, la decisione definitiva sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* in ragione di due fondamentali elementi distintivi, che hanno precluso l’esame della lamentata violazione del diritto alla vita privata e familiare del nato: la mancanza di legame genetico tra il bambino ed almeno uno dei ricorrenti, che fonda l’attrazione alla disciplina di stampo pubblicistico dell’adozione di minori, ed il difetto di rappresentanza del minore in capo ai ricorrenti.

Qualificata la decisione di allontanare il bambino dalla coppia come ingerenza statale nella vita privata dei ricorrenti, nella quale la G.C. comprende «i legami affettivi instaurati tra un adulto ed un bambino, al di fuori di situazioni classiche di genitorialità», l’ingerenza statale sulla stessa può ritenersi giustificata, ai sensi dell’art. 8, par. 2, Conv., in quanto sia prevista per legge, sia diretta all’obiettivo legittimo di proteggere diritti e libertà altrui e della scelta dell’ordinamento nazionale di fondare lo *status filiationis* unicamente sulla discendenza genetica o sul vincolo adottivo, oltre che necessaria in una società democratica. Nell’apprezzamento del criterio di necessità della misura, ancorato alla corrispondenza ad un bisogno imperioso, la decisione si uniforma all’*approche nuancé* tipico delle questioni su materie eticamente sensibili rispetto alle quali le scelte dei Paesi membri del Consiglio d’Europa sono assolutamente diverse: mentre nei casi francesi era la protezione dell’identità e della vita familiare del bambino ad aver sostenuto l’illegittimità del rifiuto di trascrizione dell’atto di nascita, a quello italiano sono estranee le questioni dell’identità del minore e del suo diritto ad uno *status* corrispondente alle origini genetiche. Di conseguenza, l’interesse dei ricorrenti a coronare il proprio progetto genitoriale, ascrivibile alla loro vita privata, a dispetto del superamento dell’età massima consentita per l’adozione,

interne mais aussi celles édictées par d’autres conventions internationales destinées à protéger les enfants des trafics, notamment en matière d’adoption». Una scelta di *self restraint* ha indirizzato, invece, le decisioni della C. giust., G.S., 18-3-2014, C-167/12, e Id., 18-3-2014, C-363/12, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2014, 1409, con nota di M. TOMASI e A. MATTEI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, nel ritenere che non sussista un dovere gravante sugli Stati membri di riconoscere un congedo retribuito analogo a quello di maternità nei confronti di donne che abbiano avuto un figlio attraverso procedure di maternità surrogata.

¹⁰ Art. 16, 7° e 9° comma, *code civil*, riformato con l. n. 653/1994; art. 227, 12° e 13° comma, *code penal*.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

recede al confronto con l’interesse generale al rispetto della disciplina di settore.

La Corte ha ritenuto che in considerazione dell’assenza di legami biologici tra i ricorrenti ed il minore, della breve durata della relazione tra di loro, e dell’incertezza dei legami dal punto di vista giuridico cui i ricorrenti avevano dato origine aggirando il divieto nazionale di surrogazione di maternità, malgrado l’esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi, non sussistessero le condizioni per sostenere l’esistenza di una vita familiare *de facto*, che nel bilanciamento degli interessi in conflitto avrebbero potuto prevalere. La valutazione dell’interesse superiore del minore riverbera dunque in relazione agli artt. 3 e 6 della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti del fanciullo del 25-1-1996, e la Corte l’affronta distinguendo il caso da quello della separazione di un bambino dalla sua famiglia, nel quale è illegittima se non giustificata dalla protezione dell’integrità psicofisica del minore. Ritiene in particolare che i giudici interni, interrogati sull’opportunità di conservare la situazione di fatto originata dall’aggiramento delle norme nazionali oppure applicarle affidando il neonato ad una famiglia, conformemente alla disciplina dell’adozione, hanno fondato la propria decisione su criteri specifici, non automatici né stereotipati, concludendo che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione. Tale decisione ha quindi garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell’ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie.

La *Grande Chambre* non si è dunque pronunciata né sulla mancata trascrizione dell’atto di nascita straniero, né sul riconoscimento dello *status* di un bambino nato all’estero grazie alla g.p.a., né sulla compatibilità di tale pratica coi principi convenzionali, limitandosi a registrare che non vi è coincidenza tra le legislazioni statali.

La gestazione per altri è in alcuni Paesi assolutamente proibita, in altri tacitamente tollerata, ovvero disciplinata riguardo agli effetti costitutivi dello *status* del nato, o infine anche rispetto alla disciplina dell’accordo di *surrogacy*, considerato come funzionale alla realizzazione di un diritto fondamentale. Dal rapido quadro comparativo tracciato dalla Corte emergono innanzitutto le questioni introdotte dalla diffusione della g.p.a. transfrontaliera¹¹, ma anche l’influenza di alcune esperienze giuridiche sulle altre,

¹¹ Su cui cfr. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO, J. MC. CANDLESS, *A Comparative study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Union, 2012, che raccoglie gli esiti di una ricerca promossa dalla Direzione Generale Politiche Interne del Parlamento Europeo, ed all’esito della panoramica delle tematiche politiche e giuridiche legate alla pratica della maternità surrogata a livello nazionale, europeo e globale,



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

in un flusso legale determinato dagli innumerevoli tentativi delle coppie di superare o evitare gli impedimenti nazionali, che interrogano gli ordinamenti essenzialmente circa la genitorialità legale del bambino fin dal momento in cui si tratta di consentire o meno l’ingresso nel territorio nazionale e decidere su cittadinanza e nazionalità del bambino.

La surrogazione di maternità, espressamente vietata in Austria, Estonia, Finlandia, Islanda, Italia, Francia, Germania, Moldavia, Montenegro, Serbia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera e Turchia, non è disciplinata dagli ordinamenti di Andorra, Bosnia-Erzegovina, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Monaco, Romania e San Marino. Le risposte dei giudici degli Stati in cui difetta una regolamentazione normativa della g.p.a. si confrontano prioritariamente con la compatibilità di tale pratica con l’ordine pubblico, e quando la affermano generalmente realizzano la costituzione dello *status* del bambino attraverso il riconoscimento da parte del genitore genetico e l’adozione del coniuge, mentre si attivano i rimedi civilisti e penalistici che presidiano la disciplina pubblicistica dello stato civile allorquando il bambino è falsamente registrato come nato dagli *intended parents*. Più rare sono le controversie tra le parti del *surrogacy agreement*, che insorgono soprattutto laddove manca una disciplina dell’accordo. Alle tecniche medicali di *surrogacy* hanno accesso, in alcuni Paesi, soltanto le coppie eterosessuali, in altri anche le persone singole e le coppie formate da persone dello stesso sesso.

2. Genitorialità biologica ed affettività

Il *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, Codice ucraino della famiglia del 2002, all’art. 123 riconosce ai coniugi la genitorialità del bambino nato dall’embrione concepito coi gameti di entrambi o almeno con quello paterno, e impiantato in altra donna. Di conseguenza la surrogata che abbia espresso il proprio consenso alla stipula del contratto non può sottrarsi all’adempimento; è ammessa la g.p.a. commerciale, in quanto non espressamente vietata. Il codice della famiglia oggi vigente in Russia ammette quali genitori intenzionali coppie sposate e non, persone singole, anche straniere, e richiede che la madre surrogata sia di età compresa tra i 20 e i 35 anni, versi in condizione di salute fisica e psichica ed abbia figli propri sani. L’accordo, anche ove sia previsto un corrispettivo, non preclude alla donna il diritto di ripensamento, ed a lei è riconosciuta la maternità fino a che non vi rinunci consentendo alla costituzione

conclude che è impossibile indicare una tendenza giuridica specifica dell’Unione, alla luce della Convenzione EDU e della disciplina sovranazionale, sebbene tutti gli Stati membri sembrano concordare sulla necessità che i genitori legali e lo stato civile del minore siano definiti chiaramente.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

dello *status* verso i genitori intenzionali per adozione, sebbene non possa essere anche madre genetica. Il nato, una volta raggiunti i 18 anni, può agire perché sia dichiarata la maternità della gestante. Il diritto vigente in Russia al tempo della nascita del bambino per decisione della coppia Paradiso e Campanelli non prescriveva, a differenza del d.m. Sanità 30-8-2012, n. 107, la necessità che i genitori intenzionali utilizzassero il loro materiale genetico per il concepimento.

L’arresto più recente della Corte di Cassazione¹² ha ordinato la trascrizione dell’atto di nascita all’estero attraverso tecnica di procreazione medica parimenti vietata in Italia, in ragione della tutela del diritto del figlio *a)* «alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero nei confronti della madre genetica», *b)* «e alla continuità dei rapporti affettivi», e di quelli della coppia genitoriale *c)* di formare una famiglia e diventare genitori, nell’esercizio della libertà di autodeterminarsi; *d)* di veder protetta la loro unione tra persone dello stesso sesso quale formazione sociale in cui si sviluppa la personalità dell’individuo (art. 2 Cost.).

Applicare solo il principio *sub a)* al caso deciso da Cass. 24001/2014 condurrebbe all’identico giudicato, in quanto l’atto formato in Ucraina era contrario alla legislazione ivi vigente, essendosi accertato il difetto di discendenza biologica del bambino dai genitori intenzionali, e dunque non vi era alcuno *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero, né rilevava in senso diverso la pretesa del bambino al riconoscimento dello stato corrispondente alla verità biologica della generazione.

Al medesimo criterio genetico si attiene la Corte di Strasburgo, in corrispondenza con le legislazioni dei Paesi che regolano la g.p.a., valorizzando in termini di vita privata e familiare l’identità del minore ed il riconoscimento della sua filiazione genetica, senza tuttavia prescindere dal rilievo della vita familiare *de facto*¹³.

A risultati opposti conduce tuttavia l’applicazione del principio *sub b)*, applicato dalla Corte partenopea, che valorizza l’altro pilastro sul quale si fonda il riconoscimento del provvedimento costitutivo di uno *status* coerente con la consolidata affettività, nell’interesse del minore a vedersi riconosciuto uno stato giuridico corrispondente alla quotidianità della sua esistenza, ed all’apparenza anche sociale della stessa.

Essendo l’atto di nascita conforme al diritto straniero ed alla consolidata affettività familiare, la decisione

¹² Cass., 30-9-2016, n. 19599, cit.

¹³ In applicazione dell’art. 8, 1° comma, Convenzione di New York e dell’art. 8 CEDU, come interpretato da CEDU 13-6-1979, *Marckx c. Belgio*; CEDU 7-2-2002, *Mikulić c. Croazia*; CEDU 26-6-2014 *Labassé c. Francia* e *Mennesson c. Francia*, cit.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

della Corte tridentina si allinea ai precedenti, prendendo posizione anche rispetto alla decisione definitiva del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, di cui evidenzia l’assoluta peculiarità, difettando il legame biologico con almeno uno dei genitori intenzionali, ma soprattutto la consolidata relazione familiare di fatto, che caratterizzava invece la vicenda oggetto del giudizio di merito: i gemelli, ormai giunti all’età di sei anni, riconoscevano i due uomini come loro genitori, alla pari della loro cerchia familiare, amicale e sociale.

Non è questa l’unica ragione per la quale la decisione in commento è pienamente condivisibile.

Il ricordato recente arresto della S.C. ha ancorato la definizione dei principi di ordine pubblico a quelli che la Costituzione impone al legislatore ordinario, e solo a quelli con essa compatibili desunti dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (ai sensi degli artt. 10, 11, 117 Cost.), precludendogli di introdurre con legge ordinaria disposizioni analoghe alle straniere di cui si discute l’applicazione, è garanzia del rispetto della gerarchia delle fonti e, in definitiva, dell’assetto democratico della Repubblica. «Si tratta di un giudizio (o di un *test*) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale»¹⁴, e la dottrina ha insegnato come in tale attività la giurisdizione non si sostituisce al legislatore, neppure quella esercitata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze additive o sostitutive, perché «la Corte si ritiene costantemente (e giustamente) vincolata al rispetto delle «rime obbligate», tanto che quando tali rime non ricorrono dichiara la questione inammissibile»¹⁵.

A giudizio della S.C. non integrano principi di ordine pubblico, che precluderebbero all’introduzione di norme analoghe a quelle straniere derivanti dalla prevalenza di altri diritti umani costituzionalmente protetti su quello del minore «alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi», né la tutela della maternità che si realizza nel parto, né il divieto sanzionato penalmente di applicare tecniche di p.m.a. alle coppie omosessuali, e neppure il divieto di maternità surrogata, presidiato anch’esso da sanzione penale. Inoltre, deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli»¹⁶, tanto che lo *status filiationis* è indifferente all’eventuale legame matrimoniale tra i genitori¹⁷, mentre le Corti hanno ripetutamente affermato un paradigma antidiscriminatorio fondato

¹⁴ Cass. 30-9-2016, n. 19599 cit.

¹⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 412.

¹⁶ Cass. 30-9-2016, n. 19599 cit.

¹⁷ Corte Cost. 13-5-1998, n. 166, in *Giur. cost.*, 1998, 1419 ss. sull’irrelevanza della condizione giuridica dei



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

sull’assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza circa eventuali ripercussioni negative derivanti dal fatto di crescere in una coppia omosessuale¹⁸.

La Corte tridentina ha applicato la medesima nozione di ordine pubblico negativo, frutto di una evoluzione già da tempo segnata da importanti arresti di legittimità¹⁹, e ribadito che principio di ordine

genitori rispetto al trattamento da riservarsi ai figli: «nello spirito della riforma del 1975, il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli – legittimi e naturali riconosciuti – identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri. La condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli, poiché quell’insieme di regole, che costituiscono l’essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell’art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all’obbligo di responsabilità». In questo senso si è diretta la riforma attuata con l. 219/2013 e d.lgs. 154/2013, su cui v. *amplius*, anche per riferimenti bibliografici, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, 4, Torino, 2015, *passim*.

¹⁸ Cass. 11-1-2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, 570 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell’affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Giur. it.*, 2013, 1036 ss., con nota di richiami di B. PAPARO e nota di M.M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*; in *Foro it.*, 2013, I, 1193 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 432, con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell’affidatario: l’interesse del minore come criterio esclusivo*, che aveva significativamente bollato come espressione di un “pregiudizio” il ritenere «che sia dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»; Cass., 22-6-2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1135, su cui v., *ivi*, 1213 ss., G. FERRANDO, *Il problema dell’adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016*; M. SESTA, *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 881 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, *ibidem*, 848 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell’atto. Gli effetti: diritti e doveri*, *ibidem*, 889 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, *ibidem*, 868 ss., a cui si riferisce espressamente Cass. 30-9-2016, n. 19599: «che le coppie dello stesso sesso ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli, è ora confermato dalla possibilità di adottarli, a norma dell’art. 44, comma 1, lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 (cfr. Cass. n. 12962 del 2016)». V. sul tema più diffusamente Cfr. A. PALAZZO, *Eros e jus*, Milano-Udine, 2015, 51 ss.; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam.*, 2011, 899 ss., 1375 ss., ora in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 163; ID., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all’estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 120 ss. Sull’evoluzione di tale paradigma nella giurisprudenza della Corte EDU, e sul ruolo del *best interest of the child* nell’adozione omoparentale cfr. G. REPETTO, *Le adozioni omoparentali davanti alla Corte Europea*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2015, 150 ss.

¹⁹ Cass., 22-8-2013, n. 19405; Cass., S.U. 5-7-2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 656 ss., in *Giust. civ.*, 2012, I, 2687 ss., con riferimento alla compatibilità con l’ordine pubblico internazionale della norma di *common law* che consente l’acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio, su cui v. anche Cass. 11-1-2013, n. 601, cit. e M.M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l’ordine pubblico internazionale*, in *Quotidiano giur.*, 11-10-2016. Spiega la funzione dell’ordine pubblico di «evizione della legge straniera», la sua



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

pubblico sovraordinato è la tutela dell’interesse superiore del minore alla conservazione dello stato di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in altro stato.

La pronuncia si segnala soprattutto a proposito del difetto di discendenza biologica dal secondo dei padri che segna la differenza col caso delle due madri, per una spiccata sensibilità. Supera infatti l’affermazione svolta innanzi ai giudici di Strasburgo dai rappresentanti del Governo italiano²⁰ per cui «nel diritto italiano, la filiazione può essere accertata sia mediante l’esistenza di un legame biologico sia mediante un’adozione che rispetti le norme stabilite dalla legge», sulla quale la Corte EDU ha fondato la valutazione di corrispondenza alla protezione dei minori da pratiche illecite, quali il traffico di esseri umani, del divieto di adozione privata attraverso la relazione contrattuale tra gli individui e della limitazione del diritto dei genitori adottivi di far entrare dei minori stranieri in Italia ai casi in cui le norme in materia di adozione internazionale siano rispettate.

Nega al contrario il collegio tridentino «che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all’opposto deve essere considerata l’importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell’ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell’istituto dell’adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite»²¹.

Costituiscono a parere di chi scrive emersione di tale concetto di responsabilità genitoriale fondata sull’atto di autoresponsabilità, anziché sul legame genetico: a) l’art. 9, 3° comma, l. n. 40/2004, che esclude qualsiasi relazione parentale con donatore di gameti cui il nato da p.m.a. eterologa è legato geneticamente; b) l’art. 8 della medesima l., che tutela il nato garantendogli lo stato di figlio della coppia che ha fatto accesso alle tecniche, nonostante il difetto di discendenza genetica e sebbene vigesse un

configurazione negativa o positiva, e le conseguenze del suo funzionamento O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2012, 61 ss.

²⁰ CEDU, G.C., 24-1-2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 202

²¹ App. Trento, ord. 23-2-2017, 17 ss., su cui v. M.M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica sentenza della Corte d’Appello di Trento*, in www.altalex.it; A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d’Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, in www.articolo29.it; M. DE LAZZARI, *Corte di Appello di Trento, Ordinanza 23 Febbraio 2017 – Minori nati da GPA e riconoscimento legame genitoriale*, in www.biodiritto.org.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

divieto penalmente sanzionato, rimosso per illegittimità costituzionale nel 2014; c) l’art. 9, 1° comma, della stessa l. 40/2004, che preclude a colui che abbia consentito all’inseminazione eterologa le azioni dirette a rimuovere lo stato sul presupposto della sua non veridicità²²; gli artt. 244 e 263 c.c. novellati, in forza dei quali l’identica preclusione si matura con la scadenza del termine di prescrizione di sei mesi o un anno dalla conoscenza dell’inveridicità del riconoscimento o del difetto di generazione in matrimonio, o comunque quello di cinque anni dalla costituzione dello *status* nel caso dell’inconsapevolezza, a carico della madre e del padre nella filiazione in matrimonio e anche a carico di qualsiasi interessato, diverso dal figlio, in quella fuori del matrimonio. La riforma del 2012-2013²³ ha infatti disegnato un *favor stabilitatis* che realizza la cristallizzazione della condizione non veridica, rinunciando al *favor veritatis* per lasciare unicamente al figlio che abbia raggiunto almeno i quattordici anni la libertà di decidere, senza preclusione alcuna, se corrisponda al suo interesse conservare quello *status* non veritiero, oppure sia preferibile

²² Secondo le indicazioni di Corte Cost., 26-9-1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 53, con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*, che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell’art. 235, non potendo applicarsi alla procreazione artificiale eterologa la disciplina del disconoscimento paterno. Conforme anche l’interpretazione della giurisprudenza di legittimità, ove si segnalano Cass., 11-7-2012, n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, 3348; in *Famiglia e dir.*, 2012, 1150; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 51, con nota di C. COSSU, *Inseminazione eterologa, scienza del marito, «diritto vivente» e disconoscimento di paternità*; Id., 18-11-1992, n. 12350, in *Vita notarile*, 1993, 809; in *Dir. fam.*, 1993, 447; in *Giust. civ.*, 1993, I, 941; e di merito, tra cui T. Napoli, 14-7-2011, in *Foro it.*, 2012, I, 3372, per cui nel divieto di fecondazione eterologa con esclusione dell’azione di disconoscimento, «quel che emerge è piuttosto il *favor affectionis* ovvero la preminenza che nella costruzione della paternità/filiazione assume il dato volitivo rispetto a quello biologico». Per A. GORASSINI, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1987, 952, la consapevole decisione di porre in essere i comportamenti atti al concepimento «generalmente non assume autonoma rilevanza per il diritto, rimanendo totalmente assorbita nell’esercizio in fatto dell’attività riproduttiva in conseguenza dell’adesione ad un impulso sessuale ed alla sua estrinsecazione attraverso il comportamento del congiungimento carnale»; nel medesimo senso, già A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 606 ss.; rileva G. GIAMO, *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. fam.*, 2001, 855 ss., che l’apprezzamento della volontà dei soggetti coinvolti nelle pratiche mediche di fecondazione assistita ha caratteri peculiari, essendo caratterizzata dallo svolgersi in duplice funzione, dispositiva ed attuativa, in vista della quale oltre a svolgere una efficacia interna al loro apporto in ordine alla scelta procreativa, configura parte integrante di un contratto di prestazione d’opera medico-riproduttiva, e fonda la responsabilità genitoriale; v. ancora C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte Costituzionale*, cit., 1121.

²³ L’art. 2, 1° comma, lett. g) della l. n. 219/2012 delega il Governo ad introdurre limiti all’imprescrittibilità dell’azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, nonché limiti di decadenza per l’esercizio dell’azione da parte dei legittimati diversi dal figlio, per il quale, invece, viene mantenuta l’imprescrittibilità dell’azione. La *Relazione della Commissione*, cit., 15, chiarisce che «in applicazione del principio di unicità di stato giuridico dei figli si è dettata una disciplina quanto più omogenea delle due azioni, di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, contemperando i due interessi in gioco, quello del *favor veritatis* e quello della certezza e stabilità dello stato giuridico acquisito dal figlio».



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

domandare che sia rimosso, di regola – ma non necessariamente – allo scopo di potersi costituire quello verso il genitore biologico, attraverso l’azione diretta all’accertamento della genitorialità *ex art. 269 c.c.* o il reclamo *ex art. 239 c.c.*, oppure per atto di autoresponsabilità del genitore, ove questi intenda riconoscere il figlio biologico.

Di tali principi ha fatto applicazione la S.C. a proposito del bambino nato da due madri, la cui condizione ha assimilato a quella del nato da una coppia di persone di sesso diverso attraverso tecniche di fecondazione medicalmente assistita, sebbene si distingua sia da quella omologa per la necessità del contributo genetico di un donatore, che da quella eterologa perché egli condivideva con la madre genetica il patrimonio cromosomico. Anche rispetto a tale profilo, ritenuto che le scelte operate dal legislatore italiano «non sono costituzionalmente obbligate»²⁴, e dunque non è integrato il limite negativo dell’ordine pubblico, prevale l’interesse del minore a vedersi riconosciuti gli effetti dell’atto costitutivo di *status* formato all’estero.

Costituiscono il presidio fondamentale di tale istanza l’art. 8, § 1, della Convenzione di New York sul diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresi il nome, la nazionalità e le relazioni familiari; l’art. 24, § 2, della Carta di Nizza, oltre l’art. 8 CEDU e gli artt. 3, 3, 30 Cost.

3. Nascita da gestazione per altri e valutazione dell’interesse del minore

Pende all’esame della Corte Costituzionale il giudizio di compatibilità con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., con riferimento all’art. 8 CEDU, dell’art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l’impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta del giudice rispondente all’interesse del minore²⁵.

Si tratta di un bambino nato da g.p.a. realizzata in India, riconosciuto dal padre genetico e dalla sua convivente, sebbene la stessa non fosse madre biologica in quanto era stato impiegato l’ovulo di una donatrice indiana, non potendo ella produrre gameti in ragione di una patologia tumorale per la quale era stata sottoposta a chemioterapia. Il certificato di nascita indiano veniva trascritto ed il bambino si vedeva costituito lo *status* di figlio non matrimoniale della coppia. Dopo il riconoscimento i genitori intenzionali contraevano matrimonio, dal quale sarebbe derivata la legittimazione del figlio, prima della riforma del

²⁴ Come ha insegnato Corte cost. 27-6-2012 n. 164

²⁵ Questione sollevata da A. Milano, ord. 25-7-2016, in *Foro it.*, 2016, 3258, con nota di G. CASABURI, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell’arte.*



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

2012-2013. Su richiesta del pubblico ministero, il Tribunale per i minorenni di Milano autorizzava ai sensi dell’art. 264, 2° comma, c.c. l’impugnazione del riconoscimento e la nomina allo scopo di un curatore. La sentenza di primo grado accoglieva la domanda nei confronti della madre, fondando la decisione sull’art 269, 3° comma, c.c. e sulla contrarietà all’ordine pubblico della legge straniera, da cui deriva l’opposizione all’efficacia dell’atto di nascita estero, ai sensi dell’art. 16 l. n.218/1995. La questione di legittimità è stata sollevata, in sede di gravame, sia dalla madre ricorrente che dal curatore del minore *a)* in relazione all’art. 3 Cost., per il diverso trattamento offerto alle coppie che hanno la possibilità di gestazione della donna rispetto a quelle in cui il quadro clinico femminile lo esclude, con riflessi anche rispetto alla discriminazione di genere; *b)* in relazione all’art. 32 Cost., che tutela anche la salute psichica, sulla quale incide, secondo la pronuncia che ha eliso il divieto di procreazione eterologa, l’impossibilità di formare una famiglia con figli; *c)* in relazione agli artt. 2, 3 e 31 Cost., cui si ascrive la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana, decidendo di valersi dell’ausilio medico per avere figli, anche indipendentemente dal dato genetico. Nessuno dei cennati profili sostiene, a parere del giudice rimettente, l’illegittimità di una scelta legislativa che rappresenta lo strumento necessario per garantire valori di pari rango, ed *in primis* i diritti della donna gestante. Mentre non è certo che dalla separazione dalla gestante derivino pregiudizi psicofisici al bambino, ritiene la Corte d’appello meneghina che il divieto di surrogazione di maternità sia posto a presidio della dignità umana della donna, in relazione alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, essendo costei contrattualmente vincolata alla gravidanza e alla consegna del nato, in contrasto col suo diritto di autodeterminazione.

Non è dunque la previsione o meno di un compenso a costituire il *discrimen*, quando piuttosto la coercibilità dell’accordo di surrogazione, sicché «potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso in condizioni di consapevolezza, alla pratica “relazionale” della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisca un “ripensamento”, ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino».

A questo proposito, la motivazione della decisione della S.C. sull’atto di nascita da due madri era più ampia, escludendo che il solo fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell’ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004 costituisca l’unica opzione compatibile col dettato



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

costituzionale, e non invece soltanto «una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate.

Non essendo comunque la facoltà di ripensamento riconosciuta nel caso concreto – come avviene solo in India ed Ucraina – il dubbio di costituzionalità del divieto di cui all’art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004 non assume dunque rilevanza per il giudice rimettente, il quale ha ritenuto invece prospettabile la questione di costituzionalità dell’art. 263 c.c., nella sua interpretazione costante che identifica l’interesse del figlio in quello alla veridicità dello stato, sebbene deponga in senso opposto il *favor minoris*, inteso come diritto a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita.

La questione ha incidenza attuale nel giudizio di merito pendente innanzi alla Corte meneghina, che espone il figlio alla perdita del legame giuridico con la madre intenzionale, senza che possa essere validamente sostituito da quello acquisibile con adozione genitoriale in casi particolari, ai sensi dell’art. 44, lett. b), l. adozione, cui conseguono effetti più limitati in quanto non costituisce, in ragione del richiamo contenuto nell’art. 55 alla disciplina dell’adozione di maggiori di età, vincoli di parentela con la famiglia dell’adottante.

La soluzione al quesito ci sembra doversi rintracciare nella valorizzazione dell’interesse del minore alla conservazione dello *status* coerente con la maturata affettività, quale aspetto del suo diritto all’identità che non si esprime unicamente nella conoscenza e nella rilevanza giuridica delle sue origini genetiche, ma anche nella rete di relazioni familiari, amicali e sociali che ne fanno un individuo unico e irripetibile, e quindi nella certezza giuridica della propria situazione soggettiva e familiare, cui conseguono anche la cittadinanza, i diritti ereditari, la libertà di circolazione nel territorio nazionale. Non è così granitico nel diritto vivente l’orientamento che identifica in ogni caso l’interesse del minore, nelle azioni di *status*, col *favor veritatis*, giacché al contrario «il quadro normativo attuale, come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, impone un bilanciamento fra l’esigenza di affermare la verità biologica con l’interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell’ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all’identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all’interno di una famiglia». Interesse del minore da accertarsi in concreto «nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all’esigenza



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale»²⁶.

L’attenzione alle vicende della vita di altri uomini, donne e bambini evidenzia così un ulteriore segmento della ricordata linea continua, che si impone al diritto nei termini di una impellente necessità di prendere atto della precarietà cui è esposta la condizione giuridica dei nati da gestazione per altri, come è anche quella dei gemelli del cui *status* ha statuito la Corte d’Appello di Trento, decisione su cui pende ricorso per Cassazione del Procuratore Generale.

Nella denegata ipotesi della sua riforma i bambini conserverebbero lo *status filiationis* unicamente nei confronti del padre biologico, in corrispondente al ricordato *favor veritatis*, continuando a convivere con l’altro uomo fintanto che duri la convivenza della coppia, ma senza che costui possa esercitare i diritti ed essere vincolato ai doveri che sono riconnessi alla responsabilità genitoriale. Alla luce dell’orientamento della giurisprudenza di legittimità si potrebbe disporre, a tutela dei bambini rispetto alle conseguenze dell’eventuale crisi o del decesso di uno dei componenti, esclusivamente l’adozione genitoriale, su richiesta ex art. 44, lett. d)²⁷ ed all’esito della valutazione proprio della corrispondenza al medesimo interesse del minore, di cui disconoscerebbe il rilievo l’art. 263 c.c. nell’interpretazione descritta dalla Corte meneghina, e che ha viceversa fondato la decisione in commento. E neppure questo è un approdo certo, giacché alcuni giudici di merito hanno ritenuto di discostarsi dall’insegnamento della Corte di legittimità²⁸.

Alle istanze fondamentali di questi minori è necessario fornire risposte rapide, adeguate e certe, rispetto alle quali è indifferente la valutazione circa l’illiceità, nell’ordinamento nazionale, dell’accordo di surrogazione, in ossequio ai principi costituzionali e sovranazionali che abbia visto costituire la *ratio* della riforma del 2012-2013 ispirata all’indifferenza dello stato del figlio rispetto alle condizioni di vita, ai

²⁶ Cass., 3-4-2017, n. 8617, in www.altalex.it; conf. Cass., 22-12-2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, 5 ss.; in *Foro. It.*, 2017, I, 119 ss.

²⁷ Così Cass. 22-6-2016, n. 12962, cit. Ritiene V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 381 ss., altresì l’applicabilità, qualora la coppia sia unita civilmente, dell’art. 44 lett. b), a prescindere dall’art. 1, comma 20, l. n.76/2016, cui riconosce funzione nomogenetica indipendente dall’applicazione dell’analogia *legis* e *iuris*. Analogamente M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017.

²⁸ Trib. Milano, 17-10-2016, in www.articolo29.it, con nota di S. STEFANELLI, *Ancora in tema di interpretazione dell’art. 44 della legge sulle adozioni*, su cui v. anche la critica di G. FERRANDO, *L’adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 79 ss. e ID., *A Milano l’adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 171; la decisione è stata riformata da App. Milano, 9-2-2017, in www.articolo29.it, con nota di M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l’adozione coparentale*.



“L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo”

rapporti familiari e personali ed alle scelte dei genitori, a tutela del suo primario interesse a ricevere mantenimento, educazione, cura ed assistenza da coloro che si sono assunti tale responsabilità per atto volontario, costitutivo dello *status* o esprimendo il consenso all’applicazione di tecniche medicali, o che viceversa l’hanno generato.

In questo ambito è escluso il riconoscimento reciproco degli *status* familiari in ragione della salvaguardia dei modelli nazionali anche rispetto al procedimento in atto di comunitarizzazione del diritto internazionale privato, in ragione dell’operatività della clausola di ordine pubblico²⁹, sebbene da ciò derivino significativi impedimenti alla mobilità dei cittadini e all’effettivo godimento dei diritti nello spazio giuridico europeo.

È dunque la riferibilità o meno di ciascuno *status* ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione EDU e dalla Carta di Nizza a consentire il vaglio delle giurisdizioni europee, posto che se gli Stati hanno competenza sulla disciplina delle modalità di attuazione dei diritti riconosciuti a livello sovranazionale, eventuali limitazioni devono comunque rispettarne il contenuto essenziale, ed essere contenute nei limiti dettati dal principio di proporzionalità, e dalla necessità di rispondere a finalità di interesse generale o all’esigenza di proteggere diritti e libertà altrui (Art. 8, § 2 Convenzione EDU; art. 52 Carta europea dei diritti fondamentali).

L’ordine pubblico non può dunque valere come «carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l’obbligo di tenere in considerazione l’interesse del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»: questo è l’insegnamento fondamentale di Cass. n. 19599/2016, e non è un caso che costituisca la traduzione letterale di un passaggio della motivazione della prima decisione resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Ancora una volta è prezioso il dialogo tra le Corti, in funzione della ricerca dell’effettività della tutela nazionale e sovranazionale delle istanze fondamentali dell’individuo.

(07.06.2017)

²⁹ Ai sensi del Reg.UE 2003/2201, art. 22, lett. a) e art. 23, lett. a); Reg.UE 2009/4, artt. 24 e 34; Reg.UE 2012/1259, art. 12; Reg.UE 1215/2015, art. 45; Reg.UE 2016/1103-1104, artt. 31 e 36.