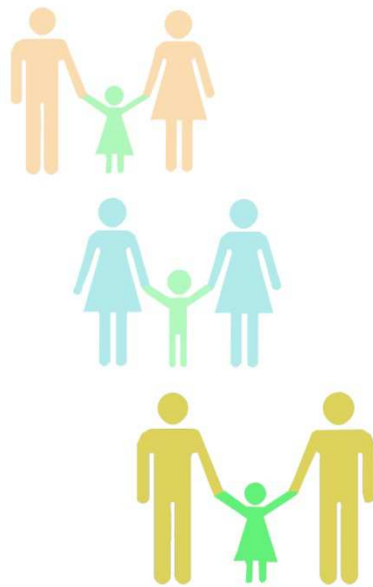


*Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*

**QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE  
ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE**

*Genitori dello stesso sesso:  
interesse del minore e ordine pubblico  
nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero*



**ROMA, MERCOLEDÌ 13 GIUGNO 2018**  
**Corte Suprema di Cassazione**

*La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il  
diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*

di Cristina Campiglio

# La genitorialità nelle coppie *same-sex*: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile \*

di Cristina Campiglio

*L'avvento di nuove forme di convivenza e genitorialità pone la giurisprudenza di fronte alla necessità di confrontarsi con realtà sconosciute all'ordinamento italiano, nel rispetto dei parametri sovranazionali. L'ultima sfida riguarda la trascrizione/rettifica di atti di nascita esteri e l'iscrizione di atti di nascita in Italia con indicazione di genitori del medesimo sesso: sulla prima è chiamata a pronunciarsi a breve la Cassazione, mentre la seconda è all'esame della Corte Costituzionale.*

## L'importazione di nuovi modelli di filiazione

La reciproca ibridazione degli ordinamenti giuridici, sempre più improntati all'individualismo e alla privatizzazione dei rapporti, è fatto da tempo noto e il diritto di famiglia è il settore più esposto: la transnazionalità di molti nuclei familiari impone infatti il coordinamento di modelli talvolta molto diversi tra loro. La competizione tra ordinamenti finisce per schiacciare quelli più "tradizionalisti", come l'ordinamento italiano, costringendoli a soluzioni adattative (anche in termini di *downgrade recognition*<sup>1</sup>) e mettendone in crisi i valori fondamentali e identitari.

È in questo contesto che nell'ultimo decennio i giudici e gli ufficiali dello stato civile italiani stanno cercando di gestire l'impatto di modelli di filiazione sempre più diffusi nel mondo ma ancora sconosciuti al nostro ordinamento.

---

\* Il contributo rappresenta la rielaborazione della relazione presentata all'incontro organizzato presso la Corte di Cassazione su "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Genitori dello stesso sesso: interesse del minore e ordine pubblico nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero", il 13 giugno 2018. La bibliografia, italiana e straniera, in materia è molto ampia ma – considerando il taglio del contributo – i riferimenti sono ridotti alle più recenti pubblicazioni di taglio internazionalistico. Salvo diversa indicazione, le sentenze citate sono consultabili sul sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>1</sup> Esempio è il caso del matrimonio omosessuale celebrato all'estero che, negli ordinamenti in cui non è consentito, viene declassato a unione civile. Come altri (v. art. 45 comma 3 legge svizzera di diritto internazionale privato), anche il legislatore italiano ha prefigurato questo tipo di ri-qualificazione: la L. 20 maggio 2016, n. 76, sulle unioni civili, infatti, delega al Governo la modifica delle norme in materia di diritto internazionale privato, "prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo" (comma 28, lett. b). Con il decr. Legisl. 19 gennaio 2017, n. 7, è stato introdotto nella legge di diritto internazionale privato (L. n. 218/1995) l'art. 32-bis secondo cui "(i)l matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana".

Dopo quello della Corte d'appello di Bari del 2009<sup>2</sup>, numerosi sono ormai i provvedimenti relativi allo *status* dei figli nati all'estero da contratti di surroga di maternità stipulati da cittadini italiani. Si sono poi moltiplicati, a partire dal decreto della Corte d'appello di Torino del 2014<sup>3</sup>, i casi di trascrizione di atti di nascita con l'indicazione di due madri e - sull'onda della decisione della Corte d'appello di Milano del 2015<sup>4</sup> - i provvedimenti di riconoscimento di adozioni estere omo-parentali concernenti (anche) nostri connazionali. L'ultima frontiera è quella varcata dalla Corte d'appello di Trento che con un'ordinanza del 2017<sup>5</sup> ha riconosciuto efficacia in Italia al provvedimento

---

<sup>2</sup> App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 699 ss., con commento Campiglio, 589 ss. Sulla problematica si è pronunciata anche Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 235 ss. con nota Benanti, 241 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 427 ss. Per una rassegna giurisprudenziale v. da ultimo S. Tonolo, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1070 ss., 1080 ss.

<sup>3</sup> App. Torino, 29 ottobre 2014 (in questa *Rivista*, 2015, 8-9, 822 ss., con nota Farina), confermata da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 (in *Giur. it.*, 2017, 10, 2075 ss., con nota Fossà, e in *Nuova giur. civ.*, 2017, 3, 372 ss., con nota Palmeri): il caso riguardava due donne sposatesi in Spagna, una italiana e l'altra spagnola: entrambe erano biologicamente legate al nato, in quanto la prima aveva fornito gli ovuli necessari per la fecondazione *in vitro* e la seconda aveva portato avanti la gravidanza fino al parto. Tra le pronunce di merito si ricordano tre recenti decisioni di rettifica di atto di nascita in base all'ordinamento di stato civile: Trib. Napoli, 11 novembre 2016; Trib. Pescara, 31 gennaio 2018; e Trib. Perugia, 9 febbraio 2018.

<sup>4</sup> App. Milano, 16 ottobre 2015 (in *Nuova giur. civ.*, 2016, 5, 725 ss., con nota Benanti): il caso riguardava il figlio nato da fecondazione eterologa, riconosciuto dalla madre italiana che si era poi sposata in Spagna con un'altra italiana, la quale aveva poi adottato il bambino. Relativamente a coppie omo-affettive femminili v. altresì Trib. min. Bologna, 19 dicembre 2017; e Cass., 31 maggio 2018, n. 14007 (che ha rigettato il ricorso contro App. Napoli, 30 marzo 2016, con cui erano state riconosciute ex art. 67 L. n. 218/1005 le sentenze francesi di adozione incrociata di due donne, ordinandone la trascrizione nei registri degli atti di nascita). Tra altre si vedano da ultimo, relativamente a coppie *same-sex* maschili, App. Milano, 5 ottobre 2016; Trib. min. Firenze, 7 marzo 2017 (in questa *Rivista*, 2017, 6, 559 ss., con nota Perrino); Cass., 16 giugno 2017, n. 14987 (in *Foro it.* 2017, I, 2280 ss.); e App. Genova 1° settembre 2017. Ricordo che la Convenzione europea in materia di adozione dei minori del 27 novembre 2008, in vigore dal 2011, si occupa di adozione da parte di coppie eterosessuali (sposate o meno) e di *single*, ma prevede la possibilità per gli Stati di estendere la disciplina alle coppie dello stesso sesso (sposate, unite civilmente o di fatto). La Convenzione, ratificata ad oggi da dieci Stati, è stata firmata da altri otto ma non dall'Italia. Cfr. tra altri Lopes Pegna, *Effetti in Italia della adozione co-parentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 725 ss.; e Rossolillo, *Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2016, 335 ss.

<sup>5</sup> App. Trento, 23 febbraio 2017, in questa *Rivista*, 2017, 7, 669 ss., con nota Baruffi. Si segnalano i successivi decreti Trib. Livorno, 14 novembre 2017 (che ordina la rettifica degli atti di nascita con indicazione dei due padri conformemente agli atti di nascita californiani) e Trib. Roma, 11 maggio 2018 (trattandosi di minori italo-americani si invoca l'art. 65 L. n. 218/1995 riferendolo anche agli atti di nascita). Particolare è il caso affrontato da App. Milano, 28 ottobre 2016, che riguarda la nascita su commissione, da parto gemellare, di due bambini, figli di uomini diversi. Nell'atto di nascita i bambini, non riconosciuti dalla madre, sono indicati come gemelli pur avendo padre diverso e portano il doppio cognome (del padre e del partner). L'ufficiale di stato civile rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita per contrarietà all'ordine pubblico, decisione confermata dal Tribunale di Milano. La Corte d'appello invece, rifacendosi anche alla citata (*supra* nota 3) Cass., 30 settembre 2016, 19599, ritiene irrilevanti le modalità illecite di concepimento e ordina la trascrizione con indicazione del riconoscimento paterno da parte di ognuno dei genitori, con la conservazione del doppio cognome imposto al momento della nascita conformemente alla legge californiana: resta anche l'indicazione "gemelli" che ha il solo significato di partoriti contemporaneamente (pur senza vincoli paterni).

straniero di rettifica dell'atto di nascita con l'indicazione anche del secondo padre<sup>6</sup>: l'ordinanza - impugnata dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Trento, dal Ministero dell'Interno e dal Sindaco del Comune di Trento - è approdata alla Prima Sezione della Cassazione che ha rimesso la causa al Primo Presidente "per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, in ragione e per la soluzione delle questioni ... di massima e particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, secondo comma, ultima parte, codice di procedura civile"<sup>7</sup>.

L'apertura giurisprudenziale alla *trascrizione/rettifica* in Italia di atti di nascita esteri con indicazione dell'omo-genitorialità ha inevitabilmente alimentato le aspettative delle coppie del medesimo sesso di ottenere dall'ufficiale di stato civile italiano la *formazione* di un atto di nascita con indicazione della doppia maternità/paternità.

È così accaduto che due donne, una statunitense (residente nello Stato del Wisconsin) e l'altra italiana, hanno chiesto all'ufficiale di stato civile di Pisa di ricevere la dichiarazione di nascita del bimbo, nato a Pontedera, espressa congiuntamente dalla prima quale madre gestazionale e dalla seconda quale madre intenzionale, in forza del consenso alla fecondazione eterologa avvenuta in Danimarca. Di fronte al rifiuto dell'ufficiale di stato civile, secondo il quale il riconoscimento del figlio ex art. 250 c. c. può essere effettuato soltanto da genitore di sesso diverso dall'altro, le donne si sono rivolte al Tribunale Pisa per ottenere la rettificazione dell'atto di nascita con l'inserimento anche del nome della madre intenzionale. Il Tribunale ha trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale perché verifichi la legittimità "della norma che si desume dagli artt. 449 c.c., 29

---

<sup>6</sup> I giudici di Trento invocano due precedenti decisioni della Suprema Corte favorevoli alla trascrizione di atti di nascita esteri con indicazione dei nomi della madre e della donna da lei sposata all'estero (a differenza di quello in esame, vale la pena di sottolinearlo, il bambino non era nato da madre surrogata). Si tratta delle sentenze 30 settembre 2016, n. 19599 (cit. *supra* nota 3) e 15 giugno 2017, n. 14878 (in questa *Rivista*, 2018, 1, 5 ss., con nota Longo), in cui si esclude l'intervento del limite dell'ordine pubblico, concetto questo da intendersi come riferito non già alle "norme interne (seppure imperative o inderogabili)" bensì alle "esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo". Viene inoltre evocata la "tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale", che non può essere sacrificato neppure in nome di valori e principi dell'ordinamento italiano quali quello per cui madre è solo colei che partorisce, quello per cui la procreazione medicalmente assistita non è accessibile a coppie del medesimo sesso e quello per cui a queste coppie la L. n. 76/2016 non garantisce il diritto di allevare e crescere figli. Vale la pena di segnalare che nel secondo caso, la prima sezione civile si è pronunciata respingendo la richiesta del Procuratore Generale di rimettere il ricorso alle sezioni unite, sottolineando che "la funzione nomofilattica è attribuita anche alle sezioni semplici" e che non "può certo ritenersi che tutte le questioni relative ai diritti fondamentali, per le quali non esista un orientamento consolidato o su cui questa Corte non si sia ancora pronunciata, debbano essere oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite". Per una critica alla nozione di ordine pubblico accolta dalla Cassazione v. Feraci, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 169 ss.

<sup>7</sup> Cass., ordinanza 22 febbraio 2018, n. 4382. Le questioni da decidere riguardano non solo il merito, ma anche la legittimazione attiva del Procuratore Generale, del Ministero dell'interno e del Sindaco.

comma 2 decreto del Presidente della Repubblica 396/00<sup>8</sup>, dell'art. 250 c.c., e dagli artt. 5 e 8 della legge 40/04, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 legge 218/1995" (nel caso di specie la legge del Wisconsin, in ragione della cittadinanza statunitense della madre gestazionale) per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 Cost. (quest'ultimo con riferimento alla Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo di cui l'Italia è Parte contraente)<sup>9</sup>.

### **Il carattere non *gender-neutral* del diritto italiano della filiazione**

Al fine di inquadrare la problematica internazionalprivatistica della genitorialità nelle coppie *same-sex*, si può partire proprio dall'ordinanza pisana in cui si ricorda come nel diritto italiano la diversità di sesso dei genitori sia richiesta da varie disposizioni del codice civile che alludono alle figure di padre e madre, rifacendosi al dato biologico per la presunzione di paternità (art. 231), il disconoscimento di paternità (art. 243-bis), il riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio (art. 250 comma 1) e la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269). L'eterosessualità dei genitori risulta altresì dall'art. 6 comma 1 della L. 4 maggio 1983, n. 184 che riserva l'adozione piena alle coppie sposate da almeno tre anni, e dall'art. 5 della L. 19 febbraio 2004 n. 40 che consente l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle "coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi". Il riferimento alla legge del 2004

---

<sup>8</sup> Art. 449 c. c. (Registri dello stato civile): "I registri dello stato civile sono tenuti in ogni comune in conformità delle norme contenute nella legge sull'ordinamento dello stato civile." Art. 29 DPR n. 396/2000 (Atto di nascita): "... 2. Nell'atto di nascita sono indicati il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori legittimi nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell'articolo 35..."

<sup>9</sup> Ordinanza 15 marzo 2018, in *Gazz. Uff.*, 9 maggio 2018, n. 19, 22 ss. È la prima volta che si porta in un'aula di tribunale la formazione in Italia di un atto di nascita in cui si indicano come genitori due persone dello stesso sesso (cosa che la stessa Cass. n. 19599/2016 pare escludere). Il Tribunale di Pisa sottolinea come la formazione dell'atto di nascita sia regolata da norme amministrative di applicazione necessaria (in quanto spazialmente condizionate e funzionalmente autolimitate: v. Cass., s.u., 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2687 ss.). L'atto di nascita, inoltre, si limita a dare prova della filiazione (art. 236 c. c.) che sorge per il solo fatto della nascita, in presenza dei requisiti della legge applicabile. Legge applicabile sarebbe la legge del Wisconsin secondo cui il marito che acconsente per iscritto alla fecondazione eterologa è equiparato al padre biologico: posto che in Wisconsin le disposizioni sono *gender-neutral*, il termine marito è inteso come riferito al coniuge a prescindere dal suo sesso. In un caso analogo (relativo a una coppia di donne ricorse in Spagna a fecondazione eterologa, a cui l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato l'accettazione della dichiarazione congiunta di riconoscimento del nato) un altro giudice toscano ha invece ordinato all'ufficiale di stato civile la formazione di un nuovo atto di nascita con indicazione delle due madri (Trib. Pistoia, 5 luglio 2018).

è particolarmente rilevante posto che una coppia *same-sex* in tanto può vantare una genitorialità in quanto abbia usufruito – fuori dal territorio italiano, evidentemente - delle tecniche di procreazione medicalmente assistita: con la precisazione (forse superflua) che le coppie maschili che progettano un figlio incorrono nella violazione non solo dell'appena citato art. 5 della L. n. 40/2004 ma anche del divieto di surrogazione di maternità che la medesima legge sanziona penalmente (art. 12 comma 6)<sup>10</sup>.

Sulle disposizioni appena ricordate non ha inciso la clausola di "adeguamento automatico" (o "equivalenza") contenuta nell'art. 1 comma 20 della L. n. 76/2016 che, come è noto, prevede che "(a)l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole 'coniuge', 'coniugi' o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi ... si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". Si sottraggono all'applicazione del comma 20, infatti, le norme del codice civile non richiamate espressamente nella L. n. 76/2016 come appunto quelle in materia di filiazione, nonché le disposizioni di cui alla L. n. 184/1983 sull'adozione<sup>11</sup>. La disciplina italiana in materia di filiazione e adozione rimane insomma non *gender-neutral*.

Conseguentemente, tutte le volte che in questo settore deve coordinarsi con un ordinamento *gender-neutral*, l'ordinamento italiano si chiude in se stesso, rifiutando – in nome della coerenza interna – di applicare le norme di quell'ordinamento o di riconoscere gli atti che quelle norme hanno applicato all'estero, siano essi provvedimenti giudiziari o atti di stato civile. Lo strumento utilizzato a tal fine è il limite dell'ordine pubblico, previsto tanto dalla legge di diritto internazionale privato (artt. 16 e 64 lett. g) L. n. 218/1995) quanto dall'ordinamento di stato civile (art. 18 DPR n. 396/2000).

### **I parametri internazionali: il divieto di discriminazione dell'adulto in base all'orientamento sessuale e l'interesse superiore del minore**

---

<sup>10</sup> Le coppie di uomini si recano soprattutto negli Stati Uniti (California): meta costosa (si parla di cifre attorno ai 100 mila euro) ma sicura, stante la presenza di numerose agenzie specializzate che si prendono in carico tutte le operazioni mediche, amministrative e giudiziarie. Ma non mancano opzioni (relativamente) *low cost* (con costi che variano tra i 30 e i 50 mila euro): Ucraina, Russia e India. Per le coppie di donne la meta preferita, fin dagli anni Settanta, è la Spagna, dove la pratica è costosa ma i tempi sono rapidi: più economico è il Belgio, che, per l'aumento della richiesta straniera, è costretto a importare il seme dalla Danimarca. Le donne che vogliono utilizzare seme di donatori noti, per consentire al bambino di conoscere in futuro il padre, si indirizzano invece verso Paesi Bassi o Finlandia che non proteggono l'anonimato. La questione di legittimità dell'art. 5 della L. n. 40/2004, nella parte in cui riserva la procreazione assistita alle solo coppie eterosessuali, è stata sollevata dal Tribunale di Pordenone con ordinanza 2 luglio 2018, con riferimento agli artt. 2, 3, 31, 32 e 117 (in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU) Cost.

<sup>11</sup> Come è noto, la previsione sull'adozione del figlio del partner è stata stralciata dal disegno di legge Cirinnà sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Ci si potrebbe interrogare sulla legittimità di questo rifiuto dal punto di vista internazionale. Potrebbe infatti apparire dubbia la conformità alla CEDU di un diritto nazionale di filiazione/adozione che riserva trattamenti diversi in base all'orientamento sessuale dei genitori. Il dubbio trova fondamento nel fatto che il margine di apprezzamento di cui lo Stato gode nella limitazione dei diritti individuali e, nello specifico, del diritto al rispetto della vita privata e familiare - che include la riproduzione, la genitorialità e l'adozione: art. 8 CEDU - si riduce quando la limitazione concretizza una discriminazione per ragioni di orientamento sessuale (vietata dall'art. 14 CEDU). Al riguardo la Corte EDU è tuttora cauta nell'equiparazione delle coppie *same-sex* a quelle eterosessuali, perché in fondo il *consensus* europeo non è ancora tale da scalzare il *favor* per il matrimonio tradizionale: tant'è che lo Stato può continuare a riservare il diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) alle coppie di diverso sesso.

Ma c'è un altro principio internazionale da prendere in considerazione, ed è la tutela dell'interesse superiore del minore. L'interesse del minore, come è noto, trova riconoscimento in numerosi atti internazionali, il principale dei quali è senza dubbio la già evocata Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, che all'art. 3 prevede che "in tutte le azioni relative ai fanciulli ... l'interesse superiore del minore deve essere una considerazione preminente".

Quello di interesse superiore del minore è un concetto elastico e influenzato dalla cultura nazionale, sicché non potrebbe genericamente affermarsi che la Convenzione del 1989 attribuisce al minore il diritto alla formalizzazione del rapporto con le persone che lo hanno posto al centro del loro progetto familiare, a prescindere dalle modalità del concepimento e dall'orientamento sessuale dei genitori<sup>12</sup>. Si arriverebbe altrimenti a desumere dalla Convenzione l'obbligo per gli Stati di dotarsi di un diritto della filiazione *gender-neutral* e conseguentemente di riconoscere sempre atti/provedimenti stranieri e di applicare leggi straniere che riconoscono l'omogenitorialità.

### **Limite dell'ordine pubblico e continuità dello *status* familiare validamente acquisito all'estero: difficoltà di contemperamento**

L'interesse del minore rappresenta uno dei valori in cui si sostanzia il limite dell'ordine pubblico, sebbene nella prassi italiana esso sia spesso visto come ad esso contrapposto, come una sorta di

---

<sup>12</sup> Questo diritto non può, a mio avviso, essere dedotto (come invece sembra ritenere il Tribunale di Pisa nell'ordinanza di remissione alla Consulta) dall'art. 7 della Convenzione di New York, per cui "il fanciullo deve essere registrato immediatamente dopo la nascita e ha il diritto ad un nome, il diritto ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, il diritto a conoscere ed essere allevato dai suoi genitori".

contro-limite in grado di prevalere sui principi tradizionali dell'ordinamento tra cui figura appunto la diversità di sesso dei genitori. È, questo, un principio che si giustifica alla luce della considerazione che per il minore sarebbe *aprioristicamente* meglio crescere in una famiglia tradizionale, basata sulle regole di natura, con ruoli genitoriali ben definiti. Soprattutto dopo il riconoscimento della liceità della pratica della fecondazione eterologa<sup>13</sup>, tuttavia, la prima delle regole di natura, ossia la discendenza biologica dal genitore, è venuta meno. Come ha recentemente rilevato la Corte costituzionale<sup>14</sup>, infatti, “escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento”, occorre ammettere “la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore”. Si tratta di affermazioni che si rinvengono anche nella giurisprudenza della Corte EDU in tema di surroga di maternità, con riferimento all'art. 8 CEDU<sup>15</sup>. La verità biologica dunque è solo una (seppur essenziale) componente dell'identità personale del minore, e come tale concorre con altre. Ed è proprio l'interesse del minore a dover guidare il giudice nel contemperamento delle diverse esigenze nel *singolo caso concreto*, prescindendo da valutazioni aprioristiche e tenendo presente che, secondo la Corte EDU, il superiore interesse del minore va inteso in maniera evolutiva. La crescita in una famiglia tradizionale è certamente uno dei parametri di valutazione che, per quel che qui rileva, va tuttavia bilanciato con il mantenimento di relazioni eventualmente già costituite all'estero ancorché in base a regole diverse da quelle in vigore nello Stato del foro<sup>16</sup>.

Ma – si può obiettare – questo Stato potrebbe aver posto certe regole proprio a tutela dell'interesse del minore: è il caso dei divieti di adozione da parte del *single* e di surrogazione di maternità<sup>17</sup>. Al riguardo si può ribattere, riprendendo le parole della Corte Costituzionale, che è

---

<sup>13</sup> Il divieto posto dall'art. 4 comma 3 della L. n. 40/2004 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte Cost., 9 aprile 2014, n. 162, anche in questa *Rivista*, 2014, 8-9, 753 ss., con nota Carbone.

<sup>14</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, anche in *Foro It.*, 2018, 1, 1, 5.

<sup>15</sup> Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, e *Labassee c. Francia*; 21 luglio 2016, *Foulon e Bouvet c. Francia*; 19 gennaio 2017, *Laborie c. Francia* (<https://hudoc.echr.coe.int>). Cfr. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2015, 202 ss.; Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, *ibid.*, 2016, 309 ss.

<sup>16</sup> Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner c. Lussemburgo*, e 3 maggio 2011, *Negrepontis c. Grecia* (<https://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>17</sup> In Francia, dove pure la surrogazione di maternità è proibita, la Cassazione – in una, peraltro isolata, pronuncia del 2013 - ha invocato la teoria della frode per concludere che “en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués” per ottenere la trascrizione di un atto di nascita straniero con indicazione del nome della madre committente (Cour Cass., 13 settembre 2013 n. 1092). Meno esplicita la sentenza n. 1091 di pari data (entrambe in *Revue critique dr. int. privé*, 2013, 909, con nota Hammje). Richiama la frode a fronte di una



vero che il legislatore si fa direttamente carico talvolta della valutazione comparativa tra gli interessi in gioco “ma l’interesse del minore non è per questo cancellato” e il giudice si trova a “tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso” dovendo prendere in considerazione la durata del rapporto instauratosi con il minore, le modalità del concepimento e della gestazione, la presenza di strumenti diversi da quelli della filiazione, quali l’adozione in casi particolari. In altre parole, non è lecito negare lo *status* di figlio soltanto perché la nascita è avvenuta in violazione di divieti legislativi, violazione a cui il nato è peraltro estraneo. Solo valori riconosciuti fondamentali a livello internazionale potrebbero prevalere sul superiore interesse del minore<sup>18</sup>.

È perciò evidente quanto la valutazione richiesta al giudice sia delicata. Alle variabili elencate dalla Corte Costituzionale si aggiunge poi, nei casi transnazionali come quelli qui in esame, il più o meno intenso attaccamento con l’ordinamento italiano. In altre parole, riconoscere effetti a un provvedimento straniero in materia di omo-genitorialità (è il caso ora all’esame della Cassazione) è cosa diversa dal formare in Italia un atto di nascita sulla base della dichiarazione di omo-genitorialità resa conformemente alla legge nazionale del dichiarante e/o del minore (in base agli artt. 33 e 35 L. n. 218/1995: è il caso portato avanti alla Consulta).

Nell’ipotesi in cui lo *status* di genitore fosse già stato formalizzato all’estero da un giudice o da un ufficiale di stato civile, l’ordine pubblico si “attenuerebbe” in ragione della maggiore estraneità all’ordinamento (nascita all’estero, atto di nascita/provedimento giudiziario straniero, cittadinanza straniera del nato e/o di un genitore). Non solo, ma l’importazione di situazioni – anche surrettiziamente - create all’estero risulta facilitata in un contesto globalmente favorevole al riconoscimento di situazioni familiari, sotto la pressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, comprensivo del diritto alla continuità degli *status* validamente acquisiti all’estero<sup>19</sup>, e della libertà di circolazione nell’ambito dell’Unione europea<sup>20</sup>.

---

fecondazione eterologa estera di una coppia di donne Trib. gr. inst, Versailles, 29 aprile 2014, *ibid.*, 2014, 621: v. Fulchiron, *Fraus omnia corrumpit?*, in *Dalloz*, 2014, 1162 ss.

<sup>18</sup> Esplicita al riguardo è Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 (*supra* nota 3), secondo cui le norme che – come quelle della L. n. 40/2004 - sono frutto di scelte legislative discrezionali in un certo momento storico, non rientrano tra i principi di ordine pubblico (v. *supra*, nota 6). In altro senso si è espressa Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, cit. (*supra* nota 2), per cui la previsione penale suggerisce la natura “certamente di ordine pubblico” del divieto di surroga di maternità (nel caso di specie neanche il marito della madre committente era biologicamente legato al nato). Nel momento in cui ha vietato tale pratica, il legislatore ha già operato un bilanciamento: “si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. Secondo la Corte soltanto all’adozione, disciplinata da “regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”.

<sup>19</sup> Vedi *supra* nota 16. Cfr. Marongiu Buonaiuti, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2016, 51 ss.

<sup>20</sup> Si veda anche la recente sentenza della Corte di Giustizia (Grande sezione), 5 giugno 2018, causa C-673/16, relativa al diritto di soggiorno del coniuge dello stesso sesso (<https://curia.europa.eu>).

La tensione tra il diritto alla continuità di *status* (il cui mancato rispetto darebbe origine a situazioni cd. claudicanti) e il limite dell'ordine pubblico è stata oggetto nell'ultimo decennio di numerose decisioni della Corte EDU, che non ha esitato a mettere fuori gioco il diritto internazionale privato nazionale e l'ordine pubblico, proprio in nome del rispetto di quel diritto.

### **Orientamenti della giurisprudenza straniera**

La molteplicità delle variabili nel caso concreto (di cui si è qui tentato di dare conto) e conseguentemente delle possibili soluzioni trova conferma nel diritto comparato. Limitandoci al caso di coppie *same-sex* maschili vanno qui ricordate le prese di posizione delle supreme corti di Germania, Spagna e Svizzera.

Richiesto di riconoscere un *paternity judgment* attestante la doppia paternità di due tedeschi residenti a Berlino, nel 2014 il Bundesgerichtshof tedesco ha ricordato la giurisprudenza della Corte EDU secondo cui, ove possibile, occorre garantire la doppia genitorialità non solo sociale ma anche giuridica<sup>21</sup>. Mentre nulla si frappone al riconoscimento della sentenza estera relativamente alla paternità del genitore biologico, all'attribuzione della seconda paternità si potrebbe opporre il limite dell'ordine pubblico, considerata anche la rilevanza penale in Germania della pratica della surroga di maternità. I giudici tedeschi ritengono però che la violazione del divieto di surroga non configuri automaticamente una contrarietà all'ordine pubblico e che occorra valutare la situazione nei suoi riflessi concreti, evitando di dare luogo a rapporti claudicanti. Inoltre non è possibile rifiutare il riconoscimento di una sentenza straniera in base a valutazioni di merito, poiché il riesame del merito è vietato: occorre invece fare proprio il giudizio estero sulla validità dell'accordo di surroga. In conclusione, la sentenza straniera va riconosciuta anche dove dispone relativamente alla genitorialità del partner del padre, tanto più che l'alternativa - il ricorso all'adozione - è meno rispondente all'interesse del minore.

Qualche mese prima il Tribunal Supremo di Madrid aveva invece affermato che l'interesse del minore non può giustificare l'acritica accettazione delle conseguenze del contratto internazionale di maternità, così come accertate dall'ufficiale di stato civile o dal giudice estero. Ferma restando la necessità di consentirne lo sviluppo, occorre trovare lo strumento più opportuno per proteggere i legami familiari *de facto*, attraverso la loro formalizzazione giuridica. Il Tribunal individua allo

---

<sup>21</sup> Bundesgerichtshof, 10 dicembre 2014 ([www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)). Il riferimento è alle sentenze della Corte EDU del giugno 2014 (*supra*, nota 15) in cui sembra venga letto più di quanto sia realmente scritto: la Corte si è infatti limitata a dedurre dall'art. 8 CEDU l'obbligo per lo Stato di formalizzare il vincolo tra il nato e il genitore biologico.

scopo alcuni istituti del diritto spagnolo: il reclamo di paternità da parte del genitore biologico e la presa in carico/adozione da parte del genitore di sola intenzione<sup>22</sup>.

Altrettanto prudente appare la decisione del Tribunale federale svizzero del 2015 secondo cui nell'atto di nascita devono figurare i nomi del padre genetico e della madre partoriente: il partner del padre potrà adottare il bambino se e quando sarà introdotta in Svizzera l'adozione da parte di coppie *same-sex*. Il Tribunale federale invoca la giurisprudenza della Corte EDU per affermare la non opponibilità del limite dell'ordine pubblico al riconoscimento della sentenza straniera nella parte in cui dichiara la paternità del padre genetico: è conforme alla CEDU invece il diniego di riconoscimento, in nome dell'ordine pubblico, nella parte in cui la sentenza considera genitore l'altro uomo<sup>23</sup>.

### Considerazioni conclusive

In attesa di un intervento legislativo o quanto meno di direttive da parte del Ministero dell'interno agli ufficiali di stato civile<sup>24</sup>, il quadro normativo italiano non mi pare consenta al momento l'indicazione nell'atto di nascita di genitori del medesimo sesso. Attraverso la ricostruzione - con l'ausilio degli strumenti del diritto italiano - della situazione creata all'estero, il compagno/la compagna del genitore biologico dovrebbe veder formalizzato il suo rapporto con il nato ricorrendo all'adozione in casi speciali, e specificamente all'adozione in base all'art. 44 lett. d) della L. n. 184/1983, in linea del resto con la giurisprudenza inaugurata nel 2014 dal Tribunale dei minorenni di Roma, confermata nel 2015 in appello e nel 2016 in Cassazione<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, 6 febbraio 2014 (<http://www.poderjudicial.es>). Il Tribunal si è pronunciato su ricorso del Pubblico Ministero contro la decisione della Direzione generale dei registri e del notariato che nel 2009 aveva annullato la decisione del Consolato spagnolo a Los Angeles contraria alla trascrizione dell'atto di nascita riportante la genitorialità di due uomini spagnoli. La sentenza del Tribunal è stata successivamente impugnata per supposta contrarietà alla CEDU nella lettura fornita dai giudici di Strasburgo nel giugno 2014, ma è stata confermata nel 2015.

<sup>23</sup> Tribunale federale svizzero, 21 maggio 2015 ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Ricordo che in Svizzera la surroga è vietata non solo dalla legge sulla procreazione assistita del 1998 ma anche dalla Costituzione federale del 1999 (art. 119 comma 2 lett. d).

<sup>24</sup> Cfr. Calvigioni, *Nascita all'estero da genitori dello stesso sesso: dalla giurisprudenza recente al ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto*, in questa *Rivista*, 2017, 1051 ss., che a 1060 rileva come l'ufficiale dello stato civile sarà orientato a trascrivere gli atti di nascita stranieri e poi trasmettere una relazione sugli adempimenti svolti al Procuratore della Repubblica e al Prefetto: il primo potrà agire d'ufficio per l'eventuale annullamento di atti indebitamente formati, mentre il secondo potrà attivarsi presso il Ministero per l'emanazione di direttive in merito. Dello stesso autore v., in relazione ai recenti fatti di cronaca, *Quando il sindaco firma l'atto di stato civile ...*, in *Servizi demografici*, 2018, n. 5, 5 s. Alcuni Comuni, infatti, hanno ricevuto la dichiarazione di riconoscimento da parte della compagna della madre: a Torino, in particolare, è stato chiesto al giudice di pronunciarsi sul cognome del minore (v. Trib. Torino, 21 maggio 2018 e 11 giugno 2018).

<sup>25</sup> Trib. min. Roma, 30 luglio 2014 (in questa *Rivista*, 2015, 6, 574, con nota Ruò); App. Roma, 23 dicembre 2015 (in *Foro it.*, 2016, I, 699 ss.); e Cass., 26 maggio 2016, n. 12962 (in questa *Rivista*, 2016, 11, 1025 ss., con nota Veronesi). La Suprema Corte - respinta la richiesta della Procura generale di rimessione alle sezioni unite - affronta la questione dell'interpretazione dell'art. 44 lettera d), affermando che l'impossibilità di procedere ad affidamento

Si tratta di una soluzione che non credo potrebbe incorrere in censure da parte della Corte EDU che richiede la formalizzazione del vincolo di filiazione con il solo genitore biologico<sup>26</sup> e che, sul versante interno, non contrasta con il comma 20 della L. n. 76/2016 che, all'ultima frase, fa salvo quanto previsto in materia di adozione<sup>27</sup>.

---

preadottivo deve essere intesa come impossibilità anche giuridica, e non solo di fatto, e può prescindere dunque dall'abbandono. Data tale soluzione interpretativa, segue inevitabilmente che l'istituto, se ne è riconosciuta l'applicabilità alle coppie eterosessuali, debba essere applicato anche a quelle omosessuali, stante il divieto di discriminazioni fra conviventi in base all'orientamento sessuale, affermato con chiarezza dalla Corte di Strasburgo proprio con riguardo all'adozione co-parentale (sentenza 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*). Il punto è ripreso dalla già citata (*supra*, nota 6) sentenza della Cassazione n. 14878 del 2017 che precisa che l'equiparazione coniuge/parte di unione civile - se non può aversi per le adozioni piene o per le adozioni del figlio del coniuge (art. 44 lett. b) - può invece aversi per l'art. 44 lett. d). Sempre in relazione a coppie *same-sex* femminili, si segnalano Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015; App. Torino, 27 maggio 2016 (in *Foro it.*, 2016, 6, 1, 1910 ss.); App. Milano, 9 febbraio 2017 (in questa *Rivista*, 2017, 11, 998 ss., con nota Bilotti); Trib. min. Venezia, 15 giugno 2017; Trib. min. Palermo, 30 luglio 2017; Trib. min. Bologna, 31 agosto 2017 e 4 gennaio 2018; e App. Napoli, 4 luglio 2018. Meno ricca è la giurisprudenza relativa a coppie maschili: Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015 (in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, I, 969 ss., con nota Farina); e Trib. min. Bologna, 6 luglio 2017 (in *Foro it.*, 2017, 9, 1, 2852 ss.). Con ordinanza 10 novembre 2014, il Trib. min. Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni della L. n. 184/1983 che non consentono l'adozione in casi speciali da parte del coniuge del genitore nel caso in cui si tratti di matrimonio estero tra persone dello stesso sesso (in *Nuova giur. civ.*, 2015, 5, 387 ss., con nota di Ferrari). La Corte Costituzionale (7 aprile 2016, n. 76, anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1172 ss., con nota Marzialetti) ha dichiarato il ricorso inammissibile perché il collegio di merito "ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri". Sulla vicenda è poi ritornato Trib. min. Bologna, 17 maggio 2016. Ricordo che già Cass., 11 gennaio 2013 n. 601, aveva respinto la tesi - basata su "mero pregiudizio" - secondo cui sarebbe "dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale".

<sup>26</sup> *Supra* nota 21.

<sup>27</sup> "Che resti fermo quanto previsto può apparire pleonastico ma è fatto salvo anche quanto consentito, evidentemente dalla interpretazione giurisprudenziale così come si è sviluppata nel tempo e come indicata da ultimo dalla Suprema Corte di Cassazione ... con sentenza 12962/16. In conclusione, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale per i Minorenni nella sentenza impugnata, non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)". Così App. Milano, 9 febbraio 2017.