



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2022, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO EDITORIALE

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



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario
2022, n. 1

NUMERO TEMATICO

**Il ruolo delle Corti nella costruzione dello Spazio europeo di libertà,
sicurezza e giustizia**

Presentazione

Angela Di Stasi p. 1

Editoriale

Corti europee e giudici nazionali nel prisma della tutela dei diritti fondamentali p. 5
Gaetano De Amicis

Saggi, Articoli e Commenti

L'ordine pubblico processuale e la tutela dei diritti di difesa tra Corti europee e italiane p. 40
Michela Capozzolo

Alla ricerca di una definizione del diritto d'asilo nell'ottica di una riforma di sistema: quale ruolo per le Corti europee? p. 73
Erika Colombo

Diritto di adire un giudice nel sistema "integrato" CEDU-UE e strumenti "deflattivi" del contenzioso a partire dal caso *Succi e altri c. Italia* p. 97
Claudia Colucci

Il ruolo delle giurisdizioni nazionali in materia di aiuti di Stato nell'ambito dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia p. 128
Silvia Marino

Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Claims Arising out of Smart Contracts under the Brussels I Regulation (recast) and on the Blockchain p. 151
Ana Mercedes López Rodríguez

Predisposizione ai rapporti di schiavitù e ruolo del diritto internazionale privato al vaglio della giurisprudenza CEDU sulla maternità surrogata p. 172
Loredana Mura

La giurisprudenza "concorrenziale" della Corte di giustizia UE e della Corte EDU rispetto alla tutela dei singoli soggetti a sanzioni p. 209
Daniele Musmeci



- Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore p. 237
Egeria Nalin
- Judicial Dialogue between National Constitutional Judges and EU Judges in the Context of the Single Supervisory Mechanism: Opportunity for a Reverse Preliminary Ruling? p. 258
Ilaria Ottaviano
- Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giudiziario europeo: quale tutela multilivello per i singoli? p. 279
Cinzia Peraro
- Presunzione di innocenza, informazione giudiziaria e diritti fondamentali p. 308
Francesco Rotondo
- Lo spazio europeo di tutela dei minori di età e il crescente ruolo del principio dei *best interests of the child* in relazione alla “Direttiva rimpatri” con particolare riferimento alla causa C-112/20 p. 338
Sabrina Vannuccini



DIALOGO TRA CORTI EUROPEE E GIUDICI NAZIONALI IN TEMA DI MATERNITÀ SURROGATA: VERSO UN BILANCIAMENTO TRA LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO E SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE

Egeria Nalin*

SOMMARIO: 1. Divieto di maternità surrogata e riconoscimento dello *status* di figlio, tra limite dell'ordine pubblico internazionale e tutela del superiore interesse del minore. – 2. Il bilanciamento tra i principi contrapposti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza italiana in materia di maternità surrogata. – 4. Le aperture della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in senso funzionale alla tutela della libertà di circolazione dei cittadini europei. – 5. Il dialogo tra le Corti e il *favor filii*: verso un nuovo modello di famiglia e una disciplina uniforme dello stato di figlio nato da maternità surrogata.

1. Divieto di maternità surrogata e riconoscimento dello *status* di figlio, tra limite dell'ordine pubblico internazionale e tutela del superiore interesse del minore

La cooperazione giudiziaria europea nelle materie civili si fonda sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e sull'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Essa, ai sensi dell'art. 81, par. 3, TFUE, può riguardare anche misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali, in quanto trattasi di aspetti che possono incidere sul concreto esercizio della libertà di circolazione dei cittadini¹. D'altro canto, la materia del diritto di famiglia è fortemente influenzata dalle specificità culturali di ciascun ordinamento nazionale, riconosciute come meritevoli di tutela dall'art. 3, par. 3, TUE e dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Anzi, il concetto

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Associato di Diritto internazionale. Università di Bari "Aldo Moro". Indirizzo e-mail: egeria.nalin@uniba.it.

¹ In argomento, v. tra gli altri, S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, n. 2, pp. 301-324.; L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019; I. QUEIROLO, L. SCHIANO PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e di relazioni familiari*, IV ed., Torino, 2019; L. PANELLA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la famiglia nella pluralità dei modelli culturali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, pp. 215-232.

stesso di famiglia fatto proprio da ciascun ordinamento nazionale può ben essere espressione di quella identità nazionale², insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione europea si impegna a rispettare ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE. Sicché proprio con riferimento alle questioni relative agli *status* personali³ che, ove non pienamente o immediatamente riconosciuti o riconoscibili all'estero, possono incidere sensibilmente sulla libertà di circolazione del cittadino europeo, non esiste una normativa europea uniforme⁴. In quanto chiamati ad attuare i principi di mutua fiducia e leale cooperazione su cui si fonda lo spazio giudiziario europeo⁵, sono i tribunali nazionali a svolgere un ruolo fondamentale attraverso il riconoscimento di atti giudiziari e amministrativi stranieri⁶. Tuttavia, se, da una parte, valgono i principi stabiliti nei Trattati e ribaditi costantemente dalla Corte di giustizia – in base ai quali le restrizioni alle libertà di circolazione devono considerarsi eccezionali e sono legittime solo se non discriminatorie, rispondenti a un'esigenza imperativa o a ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, necessarie al raggiungimento dello scopo perseguito e proporzionate (cioè limitate a quanto strettamente necessario per la tutela delle suddette esigenze) –, dall'altra, il rispetto delle richiamate diversità culturali e identità nazionali può rientrare tra le esigenze imperative idonee a limitare l'applicazione del principio della mutua fiducia ed escludere il reciproco riconoscimento dei provvedimenti stranieri. Ne deriva un problema di bilanciamento tra i diritti delle persone che esercitano la libertà di circolazione e i valori fondamentali dell'ordinamento nazionale.

La ricerca del suddetto equilibrio si impone, in particolare, con riferimento all'acquisizione o all'attribuzione dello *status* di figlio al bambino nato attraverso il ricorso alle pratiche di maternità surrogata.

Come è noto, tale *status* può derivare dalla trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri di stato civile, o dipendere dal riconoscimento del provvedimento giudiziale emesso nello Stato di nascita del minore che attribuisce la paternità e/o la maternità legale ai genitori intenzionali, biologici e non. Con riferimento alle famiglie omoparentali, inoltre, esso può discendere dal riconoscimento del provvedimento di adozione straniero

² R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali. Convegno interinale SIDI, Salerno, 18-19 gennaio 2018*, Napoli, 2018, pp. 215-239.

³ In generale, sulla continuità degli *status* personali e sulle problematiche relative al loro riconoscimento, v. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 348, 2010, pp. 253-500; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 1, pp. 49-88; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 395, 2018, pp. 9-198.

⁴ Ed infatti, l'art. 81, par. 3, TFUE prevede che le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali sono stabilite secondo una procedura legislativa speciale che richiede l'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, così da conferire agli Stati un incisivo potere di controllo in materia.

⁵ Per un bilancio, a vent'anni dalla sua istituzione, cfr. A. DI STASI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere: qualche considerazione sugli sviluppi normativi in materia di cooperazione giudiziaria*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, p. 1.

⁶ In proposito, cfr. F. SALERNO, *La politica europea di cooperazione giudiziaria in materia civile e il suo impatto negli ordinamenti nazionali*, in questa *Rivista*, 2021, n. 3, pp. 1-8.

che affermi la bigenitorialità omoparentale sul minore oppure dalla trascrizione dell'atto di nascita o dal riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero attributivo della genitorialità in favore del genitore biologico, nonché di un separato provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena o di *step-child adoption* (cioè di adozione del minore da parte del partner del genitore biologico) in favore del genitore intenzionale-non biologico. In ogni caso, i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale trovano una specifica tutela, attraverso il limite dell'ordine pubblico internazionale, rispetto a ciascuna delle indicate ipotesi di apertura dell'ordinamento giuridico al diritto straniero, allo scopo di evitare l'ingresso di valori con essi incompatibili.

Beninteso, l'operare del limite è circoscritto ai casi in cui siano gli effetti concreti dell'atto da riconoscersi o della norma straniera da applicarsi a porsi in contrasto coi valori fondamentali dell'ordinamento. Inoltre, il concetto di ordine pubblico muta in base alle evoluzioni normative del singolo ordinamento statale, a loro volta sempre più di frequente influenzate dal diritto internazionale e dell'Unione europea e, in particolare, dalle norme sui diritti umani fondamentali contenute nella Carta europea dei diritti fondamentali e nella Convenzione europea dei diritti umani – come interpretate dai rispettivi organi giurisdizionali – proprio in funzione di promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona⁷. D'altro canto, come sottolinea la nostra Cassazione, nell'interpretare i principi fondamentali non può prescindersi dalla normativa ordinaria, quale strumento storico di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione⁸, sicché spetta ai giudici nazionali operare la corretta sintesi “tra il rilievo dei valori

⁷ In questo senso, v. Corte di cassazione, S.U., sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006, par. 16.1, che richiama, altresì, le precedenti sentenze n. 19599 del 2016, n. 14878 del 2017, n. 16601 del 2017 e n. 12193 del 2019. In dottrina, su limite dell'ordine pubblico internazionale e tutela dei diritti della persona, v., *ex multis*, G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 239, 1993, pp. 9-116; P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 318, 2005, p. 9-332, spec. p. 110 ss.; G. CARELLA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato: ragioni e prospettive di una ricerca sui rapporti tra i due sistemi*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, p. 1 ss.; ID., *Sistema delle norme di conflitto e tutela internazionale dei diritti umani: una rivoluzione copernicana?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, n. 3, pp. 523-548; M. FORTEAU, *L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public*, in *Journal du droit international* 2011, n. 1, pp. 3-49; A. DAVÌ, *Diritto internazionale privato e diritti umani. Introduzione*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale (XVI Convegno SIDI, Catania, 23-24 giugno 2011)*, Napoli, 2012, pp. 209-216; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2013, n. 1, pp. 1-28; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, n. 3, p. 549-566; ID., *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, n. 2, pp. 259-291; U. VILLANI, *Diritto internazionale privato: profili generali*, Napoli, 2019, pp.58-68; G. PUMA, *Il riconoscimento del provvedimento di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, n. 3, pp.841-859.

⁸ Corte di cassazione, S.U., sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193.

condivisi dalla comunità internazionale ed il processo di armonizzazione tra gli ordinamenti giuridici che lo accompagna ed il sistema assiologico proveniente dalla Costituzione unitamente alle leggi che ad esso si ispirano”, al fine di individuare quei “principi fondamentali che al momento del vaglio giurisdizionale costituiscono la trama dell’ordine pubblico internazionale”⁹.

Ora, ancorché solo i principi fondamentali così definiti possano ottenere una tutela peculiare attraverso l’ordine pubblico, la preminenza dei valori meramente interni viene in rilievo ove manchi un “comune sentire” a livello internazionale o europeo, come, appunto, accade nel caso della pratica della maternità surrogata. Invero, nel continente europeo, essa è ammessa o tollerata in un limitato numero di Stati, mentre altri la vietano. Quest’ultimo è il caso dell’Italia¹⁰, in quanto tale pratica “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”¹¹, comportando, altresì, un evidente rischio di sfruttamento della vulnerabilità di coloro che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate¹². Purtuttavia, il divieto (spesso penalmente rilevante) non risolve il problema dello *status* del bambino, nato all’estero (sovente in Paesi extra-UE) attraverso il ricorso a questa pratica. Infatti, per il minore il mancato riconoscimento dello *status* di figlio costituitosi o riconosciuto in un altro Paese dell’UE può rappresentare un ostacolo alla libertà di circolazione e una violazione di alcuni diritti fondamentali, quali quelli alla vita privata e familiare, all’identità, al nome, alla cittadinanza, fino agli stessi diritti successori¹³.

Si pone, dunque, un problema di bilanciamento dell’ordine pubblico con altri principi e valori, parimenti meritevoli di tutela in base al diritto internazionale e dell’Unione; in

⁹ Corte di cassazione, sentenza n. 9006/2001, cit., par. 16.1.

¹⁰ Art. 12, comma 6, legge 40 del 19 febbraio 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272.

¹² Sul divieto di qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali si è espresso anche il Parlamento europeo: risoluzione del 13 dicembre 2016 *sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2015* (2016/2009-INI) (par. 82).

¹³ In argomento, cfr., tra gli altri, R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, pp. 309-334; M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e interessi del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all’estero*, Milano, 2017, pp. 239-272; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, op. cit., pp. 137-160; M. GERVAZI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 2, p. 213-242; A. DI BLASE, *Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione*, in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari. Atti della giornata di studio in onore di Paolo Benvenuti, Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma Tre Roma, 19 dicembre 2017*, Roma, 2019, pp. 63-94; O. FERACI, *La protezione dello status del minore attraverso le frontiere*, in Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, Roma, 2019, pp. 386-413; ID., *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l’ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, pp. 1-35.

particolare, viene in considerazione il principio del superiore interesse del minore¹⁴. Esso, affermato dalla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (art. 3, par. 1), è ripreso dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, par. 2) e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – che lo utilizza come criterio interpretativo del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹⁵ –, oltre ad essere ampiamente recepito negli ordinamenti nazionali. Per quanto qui rileva, tale principio trova specificazione nel principio di non discriminazione, con riferimento ai diritti del minore all'identità ed a crescere nel nucleo familiare che ne garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico e relazionale.

Su queste basi, nelle prossime pagine, si esaminerà in quale misura il concreto bilanciamento realizzato dai tribunali italiani tra limite dell'ordine pubblico internazionale, rispetto al riconoscimento dello *status* di figlio nato attraverso il ricorso alla maternità surrogata, e principio del superiore interesse del minore, quale criterio generale interpretativo delle normative concernenti i fanciulli, sia frutto del dialogo tra tribunali nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti umani¹⁶, data la peculiare rilevanza di quest'ultima per la tutela dei diritti fondamentali in Europa. Infatti, per un verso, tutti gli Stati parte del Consiglio d'Europa sono membri dell'Unione europea e, dunque, giusta la giurisprudenza della Corte europea, tenuti ad assicurare l'osservanza della CEDU, anche ove agiscano in attuazione del diritto dell'Unione. Per altro, l'art. 6 TUE afferma che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte dei principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 52, par. 3) riconosce un significato analogo a quello previsto dalla stessa CEDU per i diritti contemplati dalla Carta e corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU.

¹⁴ Sull'interesse superiore del minore, v., tra gli altri, C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n. 3, pp. 981-993; M.L. PADELLETTI, *Salvaguardia dei minori e best interest of the child secondo la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, in *La Comunità internazionale*, 2018, n. 3, pp. 413-427; E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, in Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Roma, 2019, pp. 140-161; J. EEKELAAR, J. TOBIN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, in J. TOBIN (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, New York, 2019, pp. 73-. Sull'incidenza dell'interesse superiore del minore rispetto alle norme di diritto internazionale privato dell'UE e al limite dell'ordine pubblico anche con riferimento alla giurisprudenza della CGUE, cfr. M.C. BARUFFI, *Il principio dei best interests of the child negli strumenti di cooperazione giudiziaria civile europea*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, op. cit., pp. 233-255.

¹⁵ *Ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, sentenza del 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, ricorso n. 27853/09, par. 96.

¹⁶ Sul dialogo tra le Corti nello spazio giudiziario europeo nell'ottica della miglior tutela dei diritti, v. G. RAIMONDI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela multilevel dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, op. cit., pp. 27-37, nonché, sulla tutela dei diritti fondamentali attraverso il dialogo tra Corte di giustizia dell'UE e Corte costituzionale, U. VILLANI, *I diritti fondamentali nel dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia*, *ivi*, p. 39-63.

2. Il bilanciamento tra i principi contrapposti secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con riferimento al riconoscimento dello *status* di figlio costituito all'estero ha sancito da tempo la superiorità della realtà sociale su quella biologica¹⁷ e ha, così, aperto all'attribuzione di tale *status* in casi di maternità surrogata, dando rilievo sia a legami biologici con uno dei genitori di intenzione, sia all'esistenza di consolidati rapporti familiari con i genitori non biologici¹⁸.

Rilevano, in particolare, le note sentenze *Labassée*, *Menesson* e *Paradiso e Campanelli*¹⁹, nelle quali la Corte ribadisce la prevalenza dell'interesse superiore del minore a stabilire la propria identità, di cui lo *status* di figlio è un importante elemento costitutivo, da esso dipendendo la certezza di una serie di rapporti giuridici e di diritti di carattere personale (di cittadinanza, al nome, alla vita privata e familiare anche con riferimento ai parenti acquisiti in base a tale *status*) e patrimoniale (al mantenimento, successori). Beninteso, la Corte europea si occupa primariamente del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) che rappresenta uno di quelli suscettibili di limitazioni, al fine della protezione di altri diritti parimenti meritevoli di tutela, purché la limitazione sia prevista dalla legge, necessaria e proporzionata allo scopo perseguito. Sicché, la Corte distingue la posizione dei minori da quella dei genitori, riscontrando, sovente, la violazione del diritto del figlio, ma non anche di quelli del genitore, in quanto il sacrificio del diritto alla vita privata e familiare di quest'ultimo può giustificarsi in base alla tutela del principio di ordine pubblico che vieta la maternità surrogata.

In particolare, nei casi *Labassée* e *Menesson*, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU rispetto ai minori, per il mancato riconoscimento dell'atto di nascita statunitense da parte delle autorità francesi; tuttavia, non ha riscontrato alcuna violazione nei confronti dei genitori, i quali avevano agito in contrasto con il divieto

¹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, che riconosce la violazione da parte del Lussemburgo, tra l'altro, dell'art. 8 CEDU, per non aver riconosciuto una sentenza peruviana di adozione a favore di una cittadina lussemburghese non coniugata, consentendo le norme lussemburghesi, in tali casi, solo il ricorso a forme di adozione non piena, che non interrompe i legami giuridici tra l'adottato e la sua famiglia di origine e non integra l'adottato nella famiglia d'adozione. Ciò, secondo la Corte, si traduce nella mancata tutela dell'interesse superiore del minore, data la stabilità del legame familiare validamente costituito all'estero, l'interruzione di qualsivoglia rapporto con la famiglia di origine e l'impossibilità di apprestare una tutela adeguata dei diritti del minore attraverso l'applicazione dell'istituto lussemburghese dell'adozione non piena.

¹⁸ Per una distinzione, sotto questo profilo, tra un rapporto già esistente e uno da costituirsi, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia*, ricorso n. 36515/97, e sul punto S. Tonolo, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, *Labassée c. Francia*, ricorso n. 65941/11, e *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015 e sentenza della Grande Camera del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12.

sancito dalle leggi francesi circa il ricorso alla surrogazione di maternità²⁰. Di conseguenza, la Corte ha affermato l'obbligo della Francia di riconoscere, rispetto al genitore biologico, lo *status* di figlio nato all'estero a seguito di maternità surrogata in forza del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU, inteso come diritto di ogni individuo di stabilire la propria identità di essere umano, di cui è componente essenziale il rapporto di filiazione²¹. Ciò perché l'illegalità del ricorso a una pratica procreativa vietata nello Stato del foro e di origine dei genitori intenzionali non deve incidere negativamente sulla vita del minore, ormai nato, e sul suo diritto di avere un'identità personale certa anche a livello transnazionale con riferimento al genitore genetico.

Nel successivo parere consultivo del 10 aprile 2019, emanato su richiesta dei giudici francesi in base al Protocollo n. 16 alla CEDU ancora una volta in relazione alla vicenda *Mennesson*, la Corte ha chiarito che il diritto del bambino al rispetto della vita privata impone al legislatore nazionale di riconoscere, altresì, una relazione genitore-figlio con il genitore intenzionale; tuttavia, in casi siffatti, lo Stato resta libero di scegliere come qualificare o inquadrare giuridicamente tale relazione. In altri termini, non sussiste alcun obbligo di trascrivere nel registro di stato civile il certificato di nascita emesso all'estero (così come deve, invece, avvenire per il padre intenzionale biologico), potendosi il rapporto con il genitore intenzionale costituire, ad es., attraverso l'adozione del bambino, purché la procedura prescelta sia tempestiva ed efficace nel garantire il rispetto dell'interesse superiore del bambino²².

Viene così a salvaguardarsi l'interesse a evitare incertezza giuridica riguardo all'identità del minore, valorizzandosi, al contempo, il margine di apprezzamento dello Stato riguardo alla protezione dei valori fondamentali dell'ordinamento che conducono a osteggiare la pratica abusiva della maternità surrogata.

Quanto al caso *Paradiso e Campanelli*, relativo al ricorso alla maternità surrogata da parte di una coppia di cittadini italiani, la Grande Camera ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU, confermando la correttezza del bilanciamento tra ordine pubblico e superiore interesse del minore effettuato dai giudici italiani²³. Nella valutazione dei giudici di Strasburgo, un rilievo peculiare hanno assunto la condotta fraudolenta dei genitori e l'assenza di qualsivoglia legame biologico tra i genitori committenti e il bambino. Ma,

²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Mennesson c. Francia*, cit., paragrafo 96-102, e *Labassee c. Francia*, cit., paragrafi 75-81.

²¹ Giova ricordare che la Corte non ha, invece, riscontrato alcuna violazione del diritto al rispetto della vita familiare, non precludendo il mancato riconoscimento dell'atto di nascita una vita con i genitori intenzionali come famiglia di fatto.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, parere del 10 aprile 2019, paragrafi 54-55. A seguito di tale parere, la *Cour de Cassation*, con decisione del 4 ottobre 2019 n. 10-19.053, ha ritenuto inadeguato il ricorso all'adozione per garantire la piena tutela del diritto alla vita privata e familiare delle figlie, ormai divenute maggiorenni, data la lungaggine del procedimento e ha, dunque, proceduto al riconoscimento in Francia del rapporto di filiazione anche con la madre intenzionale tramite la trascrizione degli atti di nascita stranieri. Su tale sentenza e i successivi sviluppi giurisprudenziali e legislativi francesi in argomento, v. M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, n. 2, pp. 290-324, in specie p. 318 ss.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli*, cit., paragrafi 210-215.

soprattutto, la decisione è stata influenzata dal limitato periodo di tempo (appena otto mesi) trascorso da quest'ultimo con i genitori di intenzione prima della emanazione del provvedimento giurisdizionale di allontanamento del minore. In altri termini, se – secondo Corte – l'art. 8 non attribuisce un diritto a creare una famiglia, ad avere un figlio o ad adottarlo, la tutela di un diritto alla vita familiare si impone ogniqualvolta la famiglia si sia costituita, seppure attraverso un legame di mero fatto, quale la convivenza con i genitori di intenzione non biologici²⁴. In questi casi, si richiede la prova della sussistenza di “*genuine personal ties*”, per il cui accertamento rilevano la qualità dei legami tra il genitore di intenzione e il minore, il ruolo svolto dal genitore di intenzione rispetto al minore, la durata della coabitazione con il minore. Proprio la mancanza di questi elementi ha portato la Grande Camera a escludere – contrariamente a quanto statuito in precedenza dalla Camera²⁵ – che ci fosse stata una ingerenza nella vita familiare della coppia e a ritenere che fosse legittima e proporzionata l'ingerenza nella loro vita privata (ossia rispetto al loro progetto di genitorialità)²⁶.

Questa interpretazione è stata ripresa e rafforzata nelle pronunce che hanno riscontrato una violazione del diritto alla vita familiare, in caso di stabile convivenza, per il mancato riconoscimento, da parte degli Stati membri della CEDU, degli atti stranieri di adozione di minori, anche nati attraverso il ricorso a maternità surrogata, figli biologici del partner omosessuale dell'adottante²⁷.

²⁴ Ivi, paragrafi 140-141 anche per riferimenti giurisprudenziali pregressi.

²⁵ In un primo momento (sentenza del 27 gennaio 2015, cit., paragrafi 81-87), i giudici di Strasburgo avevano affermato la violazione del diritto al rispetto della vita familiare dei genitori di intenzione. Pur riconoscendo la legittimità del rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita del minore, in assenza di qualsivoglia legame biologico con ciascuno di essi, la Corte aveva ritenuto che i successivi provvedimenti di allontanamento e di collocamento del minore presso una famiglia affidataria integrassero una violazione dell'art. 8 CEDU. Tuttavia, avuto riguardo al superiore interesse del minore e ai legami che questo aveva nel frattempo sviluppato con la famiglia affidataria, la Corte aveva escluso che il minore dovesse ritornare presso i genitori intenzionali e concesso esclusivamente un indennizzo pecuniario.

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli*, cit., paragrafi 142-158. Sull'opportunità di valorizzare l'elemento della stabilità e della durata del rapporto tra figlio e madre di intenzione, ai fini del superamento del limite dell'ordine pubblico e del riconoscimento del rapporto di filiazione nell'interesse superiore del minore, v. già le considerazioni di C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia* e sentenza del 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X e altri c. Austria*: con riferimento all'adozione da parte di un *partner* omosessuale dei figli dell'altro, la Corte ha concluso che, nel primo caso, non vi fosse violazione dell'art. 8 CEDU, non consentendo la Francia l'adozione neanche alle coppie eterosessuali non coniugate, nel secondo ha ritenuto sussistente la violazione in quanto l'ordinamento austriaco ammette la *step-child adoption* per le coppie non sposate composte da soggetti di sesso differente. In argomento, v. S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, n. 1, pp. 81-104; ID., *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, ivi, 2017, n. 4, pp. 1070-1101, in specie p. 1091 ss.; G. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di status familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, pp. 335-359.

Inoltre, esso trova una recente conferma nella sentenza del 18 maggio 2021 relativa al caso *Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*²⁸.

Nel caso di specie, le ricorrenti, genitori di un minore nato all'estero attraverso il ricorso alla maternità surrogata vietato dalla legge islandese, lamentavano la violazione del diritto alla vita familiare per il rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere il rapporto di filiazione a favore delle madri di intenzione, nessuna delle quali aveva un legame biologico col bambino. La Corte, riconosciuta la stabilità del legame familiare di fatto sulla base dei parametri già utilizzati nel caso *Paradiso e Campanelli*, ha negato l'esistenza della violazione, in quanto le autorità islandesi avevano, per altre vie, garantito la stabilità dei legami del minore con entrambe le ricorrenti – inclusi gli obblighi di mantenimento e cura a favore del bambino – anche nel periodo successivo al divorzio tra le stesse²⁹. Si realizza così un corretto bilanciamento tra “*the applicants’ right to respect for their family life and the general interests which the State sought to protect by the ban on surrogacy*”, in quanto lo Stato ha agito “*within the margin of appreciation which is afforded to it in such matters*”³⁰, in base alle indicazioni relative alla giurisprudenza *Mennesson*.

In conclusione, dalla giurisprudenza richiamata emerge che la Corte europea, pur dando rilievo, come di consueto nelle situazioni in cui manchi un comune sentire degli Stati europei, al margine di apprezzamento dei singoli Paesi, lo comprime a favore del principio del superiore interesse del minore. Ne deriva una erosione del limite dell'ordine pubblico in funzione di preminente tutela dei diritti umani del minore, in quanto soggetto più vulnerabile. Nel bilanciamento tra i due interessi contrapposti, la Corte adombra una soluzione di compromesso volta a obbligare lo Stato a riconoscere i legami con i genitori di intenzione che siano anche biologici e a tutelare giuridicamente in modo stabile e certo la relazione col genitore di intenzione non biologico, restando alla discrezionalità dello Stato la scelta dell'istituto o modello da utilizzare in questo secondo caso.

3. L'incidenza della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza italiana in materia di maternità surrogata

In tema di riconoscimento di figlio nato da maternità surrogata all'estero, i giudici italiani si sono da subito orientati a favore dell'applicazione del suddetto concetto di ordine pubblico internazionale e, pur con alcune oscillazioni e peculiarità rispetto al contemperamento tra il divieto di ricorso a tale pratica e l'interesse del minore al

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 18 maggio 2021, ricorso n. 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*.

²⁹ Le autorità islandesi avevano infatti, prima, dichiarato il minore in stato di abbandono; quindi, lo avevano dato in affidamento alle ricorrenti; successivamente al divorzio tra le due donne, era stato disposto un affidamento congiunto e in alternanza, con possibilità di entrambe di visitare il minore nel periodo di affidamento all'altra donna.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda*, cit, par. 75.

mantenimento dei rapporti familiari con i genitori di intenzione³¹, si sono sempre richiamati alla “giurisprudenza” degli organi internazionali di garanzia (e, soprattutto, della Corte europea) pertinente. La materia è oggetto di una copiosa giurisprudenza, di merito, di legittimità e costituzionale, che non è possibile esaminare compiutamente in questa sede³². Limitandoci alle pronunce più rilevanti e più recenti, va ricordato che, inizialmente, la Cassazione ha escluso, per contrarietà all’ordine pubblico, la trascrivibilità dell’atto di nascita formato all’estero in esecuzione di un contratto di maternità surrogata, in mancanza di un legame biologico del minore con i committenti, richiamando proprio le pronunce della Corte europea nei casi *Menesson* e *Labassé*³³. Quindi, essa ha ammesso la trascrivibilità dell’atto di nascita rispetto al genitore di intenzione che sia anche genitore biologico, riconoscendo, altresì, la necessità di consentire il ricorso all’adozione in casi particolari (disciplinata dall’art. 44, comma 1, lett. d) della legge 184 del 1993) per il genitore di intenzione non biologico³⁴. Successivamente, la stessa Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale rispetto a questa interpretazione, che – ispirandosi alla valorizzazione del margine di apprezzamento statale emergente dalle sentenze *Labassé*, *Menesson* e *Paradiso e Campanelli* della Corte europea – mirava a salvaguardare il divieto di surrogazione di maternità contemperandolo con l’interesse superiore del minore alla tutela della vita

³¹ M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all’estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, op. cit., pp.161-170.

³² Per un esame dettagliato e articolato della giurisprudenza italiana si rinvia a A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interests of the child*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 717-738; ID., *La maternità surrogata e la convergenza tra favor veritatis e favor minoris (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e il suo impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020, pp. 617-643. V., anche, C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, n. 3, pp. 481-516, in specie p. 505 ss.; E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, n. 2, pp. 315-348, in specie p. 330 ss.

³³ Corte di cassazione, sentenza dell’11 novembre 2014, n. 24001.

³⁴ Inizialmente, la Corte di cassazione (sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962) ha interpretato l’espressione “impossibilità di affidamento preadottivo”, contenuta nella clausola residuale di cui all’art. 44, comma 1 lett. d) della L. 184/83, nel senso di ricomprendere oltre all’impossibilità di fatto, anche quella di diritto, così da dar rilievo a rapporti familiari di fatto già esistenti col minore e permetterne l’adozione da parte del compagno del genitore, in assenza di uno stato di abbandono, al fine di assicurare la migliore tutela all’interesse superiore del bambino. Nella più recente sentenza delle Sezioni Unite dell’8 maggio 2019, n. 12193, essa ha ribadito (par. 13.4) che “Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l’adozione in casi particolari, prevista dall’art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983”.

privata e familiare³⁵, in quanto in contrasto con gli sviluppi più recenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁶. Infatti, l'adozione in casi particolari non crea un rapporto con la famiglia dell'adottante ed è subordinata alla volontà del genitore biologico, difettando così dei requisiti di celerità ed effettività richiesti dalla Corte europea nel citato parere consultivo del 10 aprile 2019, ai fini di una piena tutela del superiore interesse del minore.

Il rilievo attribuito dalla nostra Corte di cassazione a tale parere appare particolarmente interessante nell'ottica del dialogo tra le Corti, in quanto trattasi di un atto che non vincola neppure il giudice rimettente e che è stato emanato in base a un Protocollo alla CEDU di cui ancora l'Italia non è parte. Tuttavia, la Cassazione vi attribuisce – condivisibilmente³⁷ – la stessa portata delle sentenze emanate in sede contenziosa dalla Corte nel ricostruire la *res interpretata*, ossia nell'assicurare l'attuazione della CEDU come diritto vivente³⁸. Sicché, ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost., la Cassazione prospetta la richiamata questione di illegittimità costituzionale, non mancando di rilevare come l'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari

³⁵ Per un esame delle criticità conseguenti all'interpretazione in questione, cfr. M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione*, cit., p. 300 ss.

³⁶ Corte di cassazione, ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325. La Corte di Cassazione ha prospettato questione di illegittimità costituzionale (in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) dell'art. 12, comma 6, della cit. legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218, relativa alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, sulla revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, “nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta ‘maternità surrogata’) del c.d. genitore d'intenzione non biologico”. La questione era sorta a seguito di un ricorso proposto contro un provvedimento della Corte di appello di Venezia che aveva ritenuto riconoscibile in Italia, in base all'art. 67 della legge 218/95, la sentenza canadese attributiva della genitorialità, a una coppia omosessuale, rispetto al bambino nato con ricorso alla maternità surrogata, escludendone il contrasto con l'ordine pubblico. In particolare, secondo la ricostruzione dei giudici veneziani, l'interesse superiore del minore alla integrità dello *status* è espressione dell'ordine pubblico internazionale, trovando specifico riconoscimento nella Convenzione sui diritti del fanciullo, oltre che nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come interpretate dai rispettivi organi di garanzia. Al contrario, non può essere considerato un principio di ordine pubblico che la filiazione possa costituirsi solo rispetto a genitori di sesso diverso, né la sanzione penale che accompagna il divieto di maternità surrogata può estendersi al minore nato, suo malgrado, per mezzo di tale pratica.

³⁷ Si veda il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 alla CEDU, par. 27. Sul punto ci sia consentito rinviare al nostro *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 1, pp. 117-145, in specie p. 142 ss.

³⁸ E, invero, la Corte europea ha confermato le statuizioni contenute nel parere consultivo nella decisione di inammissibilità del 19 novembre 2019, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, casi riuniti *C. c. Francia* e *E. c. Francia*, e nella sentenza del 16 luglio 2020, ricorso n. 11288/18, *D. c. Francia*. In quest'ultima (sulla quale v. O. LOPES PEGNA, *Mater (non) semper certa est! L'impatto sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, n. 3, pp. 709-716), la Corte ha, altresì, escluso che la scelta del Governo francese di imporre il ricorso all'adozione per la madre di intenzione, moglie del padre biologico intenzionale, nonostante ella fosse madre genetica, creasse una disparità di trattamento, in quanto oggetto del ricorso era la violazione del diritto alla vita privata, unitamente al divieto di discriminazione, del solo minore.

confligga, altresì, con la Convenzione sui diritti del fanciullo³⁹ e con i principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti dagli articoli 2, 3, 30 e 31 Cost⁴⁰.

Ne risulta una ricostruzione della tutela dei diritti del minore, anche derivanti dal disposto costituzionale, effettuata in base, anzitutto, alla giurisprudenza della Corte europea (appositamente richiamata) relativa all'art. 8 CEDU, "comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona e anche del diritto all'identità dell'individuo"⁴¹ come fine primario dell'ordinamento. Da ciò discende "una valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e bigenitorialità affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano"⁴².

Sempre nell'ottica del dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo, si pone la sentenza con la quale la Corte costituzionale – pur ritenendo condivisibili le surrichiamate argomentazioni della Cassazione – ha respinto la questione di illegittimità costituzionale da quest'ultima prospettata, in quanto "Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori (...) – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra (...) nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore"⁴³.

Per quanto qui rileva, i diritti del minore che vengono in rilievo sono, ancora una volta, ricostruiti dalla Corte costituzionale avendo riguardo alla consolidata giurisprudenza della Corte europea, di cui la nostra Corte suprema non manca di sottolineare la corrispondenza rispetto ai principi fondamentali in materia di filiazione (incluso l'interesse superiore del minore) sanciti, in particolare, dagli articoli 30 e 31 Cost.⁴⁴ e che si traducono nella necessità di assicurare al bambino un riconoscimento

³⁹ Il divieto di riconoscimento in esame violerebbe i diritti del minore a non subire discriminazioni, a vedere preso in considerazione preminente il proprio interesse, a essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, a essere da loro allevato e a non esserne separato (rispettivamente, articoli 2, 3, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo), il principio della responsabilità comune dei genitori per l'educazione e la cura del figlio (art. 18 della medesima Convenzione), nonché i diritti riconosciuti dall'art. 24 Carta.

⁴⁰ Il contrasto con gli articoli 2, 3, 30 e 31 Cost. si risolverebbe nel mancato rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità, essendo violato il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale, nonché il diritto alla stessa identità del minore; inoltre, si realizzerebbe una discriminazione tra figli nati da maternità surrogata e ogni altro bambino, in conseguenza di circostanze delle quali egli non porta alcuna responsabilità.

⁴¹ Corte di cassazione, ordinanza n. 8325/2020, cit.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 33, par. 5.9.

⁴⁴ Con riferimento all'art. 30 Cost., inteso nel senso che imponga che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata "la soluzione ottimale 'in concreto' per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior 'cura della persona'", v. la sentenza n. 11 del

anche giuridico dei legami che, di fatto, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia che ha condiviso il progetto di genitorialità⁴⁵. Ciò al duplice scopo di garantire la tutela di rapporti familiari che costituiscono parte integrante della sua stessa identità del minore (anche a tutti i fini giuridici che rilevano per la vita del bambino stesso: cura della sua salute, educazione scolastica, tutela dei suoi interessi patrimoniali e diritti ereditari, ecc.) e di affermare in capo ai genitori la titolarità giuridica dei doveri funzionali agli interessi del figlio – che l’ordinamento lega inscindibilmente all’esercizio di responsabilità genitoriali – affinché essi non possano sottrarsi agli stessi *ad libitum*.

Pertanto, fermo restando che sia legittimo disincentivare il ricorso a una pratica ritenuta meritevole di sanzione penale nel nostro ordinamento, si pone la necessità di un bilanciamento con gli interessi del minore nei termini descritti dalla richiamata giurisprudenza della Corte europea, che “appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a quo”⁴⁶ e, a fronte dell’esistenza di diritti che non trovino una tutela piena ed effettiva, emerge “l’obbligo giuridico” dello Stato (nella specie del legislatore nazionale) di intervenire per rimediare a tale lacuna.

È degno di nota che, in una (di poco) precedente sentenza, la Corte costituzionale aveva già rimarcato l’inidoneità dell’adozione in casi particolari a garantire la certezza delle relazioni giuridiche tra minore e genitore di intenzione non biologico, a causa della possibilità che l’altro genitore di intenzione, che sia anche genitore biologico, neghi il proprio consenso all’adozione medesima. La Corte – sollecitata con riferimento al ricorso all’estero a procreazione medicalmente assistita da parte di una coppia omosessuale – anche in quel caso aveva respinto la questione di illegittimità costituzionale prospettata, richiedendo un immediato intervento del legislatore per colmare il grave vuoto di tutela del preminente interesse del minore riscontrato⁴⁷.

Proprio a fronte della perdurante inerzia del legislatore, con una ordinanza dello scorso 21 gennaio, la Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per una eventuale assegnazione alle Sezioni Unite⁴⁸, al fine di fornire direttive ai giudici di merito per colmare in via interpretativa la lacuna normativa, creatasi a seguito del suddetto intervento della Corte costituzionale. Dato che l’adozione in casi particolari non è idonea a tutelare i diritti del minore nel senso richiesto dalla Corte europea, allo scopo di evitare

1981; nonché per la correlazione tra l’art. 31 Cost. e l’interesse superiore del minore, le sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).

⁴⁵ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale del 25 giugno 2020, n. 127, secondo la quale “Sul rilievo che l’art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, siffatta evoluzione ha portato a negare l’assoluta preminenza del favor veritatis e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali. In più occasioni, infatti, il legislatore, cui l’art. 30, quarto comma, Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all’assunzione della conseguente responsabilità rispetto al favor veritatis”. Nell’apprezzamento giudiziale, dunque, prima della verità biologica, possono assumere rilievo i legami affettivi e personali sviluppatasi all’interno della famiglia.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cit., par. 5.7.

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 32.

⁴⁸ Corte di cassazione, ordinanza interlocutoria del 21 gennaio 2022, n. 1842.

condanne dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, la Cassazione ha proposto di ricorrere al riconoscimento di sentenze o atti amministrativi stranieri attributivi dello *status* di figlio anche nei confronti del genitore non biologico, subordinando tale riconoscimento al contemperamento tra interesse superiore del minore e ordine pubblico da effettuarsi attraverso una valutazione concreta del caso di specie. A riguardo, la Corte ha suggerito che si tenga conto del consenso spontaneo (e non causato da ragioni di bisogno) della madre biologica, dell'esistenza di un legame genetico con almeno uno dei genitori di intenzione, della stabilità dei rapporti familiari, dell'incidenza sulla libera circolazione del cittadino europeo del mancato riconoscimento dello *status* di figlio.

In quest'ottica, sia le ordinanze della Cassazione che le sentenze della Corte costituzionale richiamate rappresentano – a nostro parere – strumenti di attuazione da parte dell'Italia dei diritti garantiti dalla CEDU, come interpretati dalla Corte europea. Infatti, l'adesione alla CEDU comporta per gli Stati membri non solo il dovere di non violare i diritti convenzionali, bensì anche quello positivo di adottare tutti gli atti necessari a realizzarne una piena tutela o a prevenirne le violazioni (art. 1)⁴⁹. Sicché le nostre Corti supreme si muovono nel solco di quanto previsto dall'art. 117, 1° comma, Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale a partire dalle famose sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, al fine di indurre una modifica delle norme italiane non suscettibili di una interpretazione e applicazione conforme agli obblighi convenzionali, ovvero di fornire una interpretazione conforme alla CEDU di altri istituti astrattamente applicabili⁵⁰.

D'altro canto, se non vi è dubbio che il concetto di interesse superiore del minore sia definito dai giudici italiani, di merito, di legittimità e costituzionale, attraverso un costante riferimento alle norme internazionali come applicate dagli organi di garanzia, le nostre Corti supreme non si limitano a essere mere recettrici della giurisprudenza internazionale – segnatamente della Corte europea – ma ne vagliano la portata alla luce dei principi del

⁴⁹ Sulla necessità degli Stati membri della CEDU di riconoscere i provvedimenti stranieri attributivi dello *status* di figlio in conformità al diritto alla vita privata e familiare quale emerge dalla giurisprudenza della Corte europea in materia di maternità surrogata come forma di attuazione degli obblighi positivi discendenti dalla adesione alla Convenzione, v. R. BARATTA, *Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, n. 2, pp. 413-444, in specie p. 433 ss., secondo il quale, in quest'ottica, non si realizza una erosione del margine di apprezzamento degli Stati, ma un adeguamento del livello di protezione dei diritti fondamentali in base a “common international values as arising from international instruments” (p. 437). Sugli obblighi positivi discendenti dalle convenzioni in materia di diritti umani, v., per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 333, 2008, p. 174-506.

⁵⁰ In argomento, *ex multis*, v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, n. 1, pp. 7-27; F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n. 3, pp. 637-665; A. DI STASI, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, 2016, op. cit., pp. 73-113; ID., *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, II ed., Padova, 2018, p. 87-132; A. DEL VECCHIO, *Il valore della CEDU nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, n. 2-3, pp. 205-220.

nostro ordinamento⁵¹. Proprio dal confronto tra le varie norme nazionali e internazionali effettuato nelle sentenze richiamate, si evince una convergenza di intenti tra ordinamento nazionale e quello internazionale (e, in particolare, europeo), volta a rendere centrale, primaria ed effettiva la tutela del minore, passando per una riscrittura del limite dell'ordine pubblico in senso di sempre maggiore apertura verso la tutela dei suoi diritti umani fondamentali, anche a discapito di altri principi meritevoli di tutela. Ne deriva una consapevole arretramento delle scelte politiche sottese al divieto di maternità surrogata (in armonia con quella effettuata dalla Corte europea rispetto al margine di apprezzamento concesso agli Stati parte della CEDU in casi siffatti) per salvaguardare la prevalenza dei diritti del minore all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, contenuti negli articoli 24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, divenuti parte integrante del diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*, oltre che fondamento dei più recenti interventi del legislatore italiano in tema di filiazione, in quanto trattasi, altresì, di una delle estrinsecazioni più rilevanti dell'art. 2 Cost⁵².

4. Le aperture della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in senso funzionale alla tutela della libertà di circolazione dei cittadini europei

La Corte di giustizia, ad oggi, si è trovata a pronunciarsi sul riconoscimento degli *status* giuridici costituiti all'estero soprattutto con riguardo al diritto al nome e ha colto l'occasione per formulare il principio di mutuo riconoscimento degli *status* personali e familiari validamente acquisiti in un altro Stato membro, escludendo in linea di principio il diritto degli altri Stati membri nei quali tali *status* siano fatti valere di sottoporli ad una diversa valutazione, alla stregua del diritto individuato come applicabile in base alle proprie norme di conflitto o in base a proprie norme materiali interne, salvo che l'applicazione di queste ultime si imponga per ragioni imperative di interesse generale⁵³. Invero, la Corte ha riconosciuto che una limitazione al mutuo riconoscimento dello *status* personale (nella specie, il cognome del ricorrente) è conforme alle norme sulla libertà di circolazione delle persone (sul piano del divieto di discriminazione e dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione), qualora tale limitazione sia volta a tutelare un

⁵¹ In argomento, v., per tutti, U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, n. 3, pp. 489-514.

⁵² Il riferimento è alle leggi del 28 marzo 2001, n. 149, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*; del 19 ottobre 2015, n. 173, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare*. V., anche la legge del 10 dicembre 2012, n. 219, *Riforma della filiazione*, e il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*. In senso conforme, cfr., infine, la cit. sentenza della Cassazione n. 9006/2021, par. 19.1.

⁵³ Corte di giustizia dell'Unione europea. sentenze del 2 ottobre 2003, *Garcia Avello c. Belgio*, causa C-148/02, e del 14 ottobre 2008, *Grunkin e Paul c. Germania*, causa C-353/06, ove la Corte ha affermato il diritto dei figli dei ricorrenti a mantenere la formulazione del proprio cognome così come acquisita in altro Stato membro.

interesse essenziale per lo Stato (quali i principi di ordine pubblico internazionale), che sia legittimo e meritevole di essere perseguito dal punto di vista dell'ordinamento stesso dell'Unione, e purché sia rispettato il richiamato principio di proporzionalità⁵⁴. Sicché, ci pare indubbio che le esigenze di tutela dell'ordine pubblico espresse dal divieto di maternità surrogata siano conformi alle esigenze imperative che, in base ai Trattati, possono limitare la libertà di circolazione del cittadino; tuttavia, si pone un problema di proporzionalità di tale divieto che apre verso forme di riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero⁵⁵.

In proposito, ai nostri fini, è degno di nota che, secondo la Corte di giustizia, il diritto alla vita privata e familiare, stabilito dall'art. 7 della Carta, deve essere letto "in correlazione con l'obbligo di tener conto del superiore interesse del minore, sancito all'art. 24, n. 2, della Carta medesima, e segnatamente del diritto fondamentale del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, quale enunciato all'art. 24, n. 3"⁵⁶. Orbene, come abbiamo già notato, proprio tale diritto potrebbe risultare gravemente compromesso ove, a seguito dell'esercizio della libertà di circolazione, lo Stato ospitante non riconosca il rapporto di filiazione col genitore di intenzione, stabilmente costituito all'estero.

In senso conforme all'interpretazione prospettata può richiamarsi la recente sentenza del 14 dicembre 2021, in cui, pronunciandosi in via pregiudiziale su richiesta del Tribunale amministrativo di Sofia, la Corte di giustizia ha stabilito che "L'articolo 4, paragrafo 2, TUE, gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...), devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri"⁵⁷.

⁵⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea. sentenza del 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann Von Wien*, causa C-208/09.

⁵⁵ Nel senso che sarebbe auspicabile una generale apertura verso il riconoscimento dei figli nati da maternità surrogata per evitare di ostacolare la libertà di circolazione, v. A. PISAPIA, *Maternità surrogata versus libera circolazione nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, n. 1, pp. 187-207.

⁵⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea. sentenza del 5 ottobre 2010, *J. McB. c. L. E.*, causa C-400/10 PPU, punto 60.

⁵⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, causa C-490/20.

La Corte è giunta a tale conclusione dopo aver riconosciuto che gli Stati membri sono liberi di prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime, purché ciò non nuoccia al rispetto del diritto dell'Unione e, in particolare, delle disposizioni dei Trattati relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri, compreso l'obbligo di riconoscere, a tal fine, lo *status* delle persone, stabilito in un altro Stato membro conformemente al diritto di quest'ultimo. Pertanto, ammesso che l'emissione di un atto di nascita che indichi due persone di sesso femminile come genitori di un minore è ritenuta pregiudizievole dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, in quanto la Costituzione bulgara e il diritto di famiglia bulgaro non prevedono la genitorialità di due persone dello stesso sesso; dato che l'art. 4, par. 2, TUE, rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri; posto che la nozione di ordine pubblico può essere invocata solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società; accogliendo la soluzione prospettata dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni⁵⁸, la Corte ha affermato che "l'obbligo per uno Stato membro, da un lato, di rilasciare una carta d'identità o un passaporto a un minore, cittadino di tale Stato membro, nato in un altro Stato membro e il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di quest'altro Stato membro designa come suoi genitori due persone dello stesso sesso, e, dall'altro, di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell'articolo 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi, non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro"⁵⁹. Ciò in quanto "tale obbligo non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, *a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione*, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante"⁶⁰.

La Corte ha accolto tale soluzione sottolineandone la conformità rispetto ai diritti fondamentali, sanciti dalla Carta, che non possono essere sacrificati dalle norme nazionali limitative della libertà di circolazione e, nella specie, rispetto al richiamato diritto al rispetto della vita privata e familiare (da interpretarsi in conformità alla giurisprudenza della Corte europea, giusta la previsione dell'art. 52, par. 3, della Carta) e ai diritti del minore garantiti dall'articolo 24 della Carta – tra i quali l'interesse superiore del minore e il diritto di mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori –, da leggersi in conformità a quanto disposto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, in quanto ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione. Ne deriva che non possono ammettersi provvedimenti limitativi del rapporto del minore con uno dei suoi

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale JULIANE KOKOTT, presentate il 15 aprile 2021, nella causa C-490/20, *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon «Pancharevo»*, paragrafi 150 e 151.

⁵⁹ Corte di giustizia, *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit. punto 56.

⁶⁰ Ivi, punto 57, corsivo nostro.

genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o che rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto⁶¹.

Invero, la sentenza brevemente richiamata si preoccupa, anzitutto, di evitare che il mancato riconoscimento dello *status* di figlio possa provocare una discriminazione dello stesso in base al sesso dei genitori, né distingue tra figli nati a seguito del ricorso a pratiche di maternità surrogata o di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, ci pare che l'affermazione in base alla quale gli Stati siano obbligati a riconoscere gli "effetti" del rapporto di filiazione costituito in uno Stato membro – anche se la normativa straniera sulla quale esso si fonda è contraria all'ordine pubblico e all'identità nazionale di tale Stato – sia formulata in modo da poter essere estesa a tutti i figli nati da maternità surrogata. Ciò in quanto per questi ultimi si pongono analoghi problemi di tutela della libertà di circolazione, oltre che dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE a favore del minore. In proposito, anzi, va rilevato che il riconoscimento degli effetti (senza l'obbligo di emettere comunque un atto di nascita in base al diritto nazionale conforme all'atto di nascita straniero) sia un compromesso conforme alle indicazioni provenienti dalla citata giurisprudenza della Corte europea (non a caso richiamata più volte dalla Corte di giustizia) e, in particolare, ai suoi più recenti sviluppi risultanti dal parere del 2019 e dalla successiva giurisprudenza contenziosa⁶².

5. Il dialogo tra le Corti e il *favor filii*: verso un nuovo modello di famiglia e una disciplina uniforme dello stato di figlio nato da maternità surrogata

L'esame della giurisprudenza delle Corti europee mostra una apertura a un confronto e un dialogo costante, sia con i tribunali nazionali, sia tra le stesse Corti europee, al fine di massimizzare la tutela dei diritti umani fondamentali che vengono in rilievo, prestando una peculiare attenzione verso il soggetto ontologicamente più vulnerabile: il minore. A sua volta, la giurisprudenza italiana si muove nel solco delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, col risultato di acconsentire a una preminenza di una piena ed effettiva tutela dell'interesse superiore del minore rispetto alle scelte di politica legislativa finalizzate a vietare la maternità surrogata. La definizione concreta di tale interesse superiore e dei diritti in cui esso si manifesta in riferimento al figlio nato da madre surrogata, a sua volta, è frutto di un processo interpretativo e applicativo di tutte le norme internazionali ed europee sui diritti del minore, ispirato, anzitutto, alla Convenzione sui diritti del fanciullo. Da questo costante confronto e scambio deriva una soluzione di compromesso che non impone necessariamente la costituzione del rapporto di filiazione in termini analoghi a quelli propri dell'ordinamento straniero, ove contrastino con i

⁶¹ Tale soluzione, secondo la Corte, si imporrebbe anche ove il minore non fosse considerato cittadino bulgaro, in quanto discendente di un cittadino bulgaro ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. c), della direttiva 2004/38.

⁶² *Supra*, nota 38.

principi fondamentali dell'ordinamento richiesto, bensì, salvaguardando l'identità nazionale di quest'ultimo, dei soli effetti di tale *status*. In altri termini, si lascia alla discrezionalità degli Stati la possibilità di creare un rapporto di filiazione *sui generis* (come nel caso islandese recentemente deciso dalla Corte europea), o di costituire un diverso titolo per giustificare il rapporto di filiazione col genitore non biologico (come prospettato dal parere della Corte europea del 2019 e come avviene in Italia), o di limitarsi a disciplinare gli effetti giuridici che derivano da un rapporto di filiazione costituito all'estero, al solo fine di fornire al minore gli strumenti per l'esercizio dei diritti che derivano dal suo *status* (come sembra suggerire la Corte di giustizia nella sentenza dello scorso dicembre sul figlio di due madri). In quest'ottica, la tutela dei diritti dei soggetti diversi dal minore diviene eventuale e occasionale, in quanto deriva indirettamente – ed è condizionata – dalla tutela del suo interesse superiore. Anzi, proprio la necessità di fornire certezze al figlio (con riferimento alla sua identità, nelle relazioni sociali e familiari, nell'individuazione di un genitore responsabile nell'adempimento degli obblighi educativi, di cura e mantenimento nascenti dalla legge) giustifica la tutela fornita a progetti di genitorialità consolidati⁶³, anche con un genitore non biologico che sia divenuto tale in violazione delle leggi nazionali.

Si deve però avvertire che la pur doverosa tutela dei diritti del fanciullo, in questi termini, ha per conseguenza il sacrificio della dignità della donna e consente che il bambino sia ridotto a “bene-oggetto” acquistabile dai più ricchi, intenzionati a divenire genitori ad ogni costo, realizzando sovente anche una discriminazione nell'accesso alla genitorialità in base al censo⁶⁴. Si pone, dunque, più che mai l'esigenza di uniformità normativa su una questione tanto sensibile, al fine di garantire certezza giuridica al rapporto di filiazione attraverso la creazione di una figura “diversa” di genitore legale, sul modello di quello adottivo, per definirne in particolare gli obblighi nei confronti del minore e per garantire una piena tutela dei diritti di quest'ultimo, connessi al suo stato di figlio, senza “premiare” il genitore intenzionale che abbia agito in frode alla propria legge nazionale. Per quanto, allo stato, appare molto difficile che possa giungersi ad approvare una convenzione internazionale che vieti in via definitiva (come sarebbe auspicabile) il ricorso alla maternità surrogata (dato che, persino nell'ambito dei Paesi membri dell'UE non c'è uniformità di vedute a riguardo e che in molti Paesi è, tristemente, diventato un *business* piuttosto remunerativo), diventa prioritario dettare una normativa che fissi i criteri per l'attribuzione dello *status* al figlio nato per surrogazione di maternità, distinguendo tra surrogazione commerciale e altruistica, dando rilievo all'esistenza di un

⁶³ Sull'obbligo dello Stato di adoperarsi per fornire adeguata tutela giuridica ai rapporti tra figli e genitori nell'ottica della tutela dell'interesse superiore del fanciullo, v., con riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo (art. 9, paragrafi 1 e 3), il General Comment No. 14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), adottato dal Comitato sui diritti del fanciullo il 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14; par. 60-64.

⁶⁴ Sulla contrarietà della maternità surrogata a fini commerciali rispetto alle norme internazionali che vietano la vendita dei bambini, nonché sulla contrarietà di qualsiasi forma di maternità surrogata alle norme che tutelano la dignità della donna e del bambino, v. le osservazioni dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov nella opinione concorrente relativa alla sentenza della Grande Camera *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 6.

progetto familiare consolidato, stabilendo limiti di età per l'accesso a tale pratica da parte dei genitori di intenzione, disciplinando gli obblighi di assistenza per chi abbia avviato il progetto, tutelando il diritto del minore a conoscere le proprie origini rispetto alla madre biologica.

In questo modo, verrebbe a rinsaldarsi il delicato equilibrio emerso attraverso il dialogo tra giudici europei e nazionali, volto a favorire l'integrazione tra culture per promuovere la maggior tutela dei diritti del fanciullo, pur nel rispetto delle identità e dei valori fondamentali di quegli Stati che non possono accettare una palese violazione della dignità della donna e dello stesso minore.

Un luogo nel quale questa soluzione potrebbe trovare attuazione è lo studio sugli accordi di surrogazione con riferimento al riconoscimento della genitorialità, attualmente oggetto di attenzione da parte del *Permanent Bureau* della Conferenza de L'Aja di Diritto internazionale privato, di cui si attende il rapporto finale nel 2023⁶⁵. Dal canto suo, anche la Commissione europea sta vagliando l'opportunità di emanare un regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra i Paesi dell'UE, nell'ottica di eliminare un importante ostacolo alla libertà di circolazione dei suoi cittadini e di fornire una piena tutela ai diritti dei minori come riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali, nella CEDU e nella Convenzione sui diritti del fanciullo, agendo ai sensi del citato art. 81, par. 3, TFUE⁶⁶.

ABSTRACT: Il lavoro esamina il contributo del dialogo tra Corti europee e tribunali nazionali nel bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico internazionale e principio del superiore interesse del minore, rispetto al riconoscimento dello *status* di figlio nato da maternità surrogata. A questo scopo, prima, è ricostruita l'incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo su quella italiana, soffermandosi sui più recenti sviluppi di quest'ultima; quindi, si dà conto delle aperture della Corte di giustizia dell'Unione europea verso un riconoscimento degli

⁶⁵ Per riferimenti al Progetto e ai rapporti approvati dal Permanent Bureau, v. il sito <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁶⁶ La Commissione ha aperto a una consultazione pubblica sull'opportunità e l'utilità di un simile atto che si è svolta nel 2021 e sta attualmente vagliando diverse opzioni (l'adozione di mere raccomandazioni per fornire linee-guida agli Stati in materia di riconoscimento; l'adozione di una proposta di regolamento sul riconoscimento della genitorialità per le famiglie che esercitano il diritto alla libera circolazione a favore di genitori biologici, legali o adottivi, che potrebbe, a sua volta, limitarsi a stabilire il mutuo riconoscimento di atti pubblici – quali i certificati di nascita – attraverso regole di conflitto uniformi; il mutuo riconoscimento di provvedimenti giudiziari per mezzo di regole uniformi in materia; criteri di collegamento uniformi per la individuazione della legge applicabile; l'introduzione di un certificato europeo di genitorialità). Sulla necessità di “un quadro giuridico europeo per affrontare le conseguenze negative della maternità surrogata a fini commerciali”, si è espresso anche il Parlamento europeo nella proposta di risoluzione *sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia – relazione annuale 2021 (2021/2181(INI))*, in cui la pratica commerciale della maternità surrogata è condannata in quanto “fenomeno globale che espone le donne di tutto il mondo allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani prendendo di mira, nel contempo, soprattutto le donne finanziariamente e socialmente vulnerabili”, con un “grave impatto sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute e uguaglianza di genere” (par. 60).

“effetti” della filiazione ai fini dell’esercizio dei diritti del minore derivanti dal diritto dell’UE. In conclusione, si sottolinea l’esigenza di una normativa uniforme in materia che, accogliendo gli esiti del dialogo tra le Corti, realizzi in modo certo la tutela dei diritti del minore senza sacrificare altri valori, parimenti importanti.

KEYWORDS: dialogo – maternità surrogata – interesse superiore del minore – ordine pubblico internazionale – diritti umani fondamentali.

THE DIALOGUE BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL COURTS ON SURROGACY: TOWARDS A BALANCE BETWEEN PUBLIC POLICY AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD

ABSTRACT: This article deals with the dialogue between European and national courts on the recognition of the *status filii* acquired through surrogate motherhood, in order to ascertain its effects on the balance between the public policy exception and the best interest of the child. First, the paper examines the European Court of Human Rights case-law and its effects on Italian domestic courts, taking into account the most recent judgments of the Italian Supreme Courts. Then, it analyses the current EU Court of Justice case-law recognizing the parent-child relationship in the context of the exercise of the child’s rights under EU law. Finally, the article advocates the adoption of an international treaty or a EU Regulation addressing this sensitive issue, to uniformly enhance the protection of the rights of the child and strike a fair balance with the other paramount values opposing to surrogacy.

KEYWORDS: Dialogue – Surrogate Motherhood – Best Interest of the Child – Public Policy – Fundamental Human Rights.