

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Rosalba Alessi; Esther Arroyo Amayuelas; Chris Ashford; Marzia Barbera; Vittoria Barsotti; Maria Caterina Baruffi; Roberto Bin; Nerina Boschiero; Giuditta Brunelli; Frances Burton; Ruggiero Cafari Panico; Carlo Casonato; Massimo Cavino; Eleonora Ceccherini; Paolo Cendon; Nicola Cipriani; Roberta Clerici; Giovanni Comandé; Marco Cuniberti; Marilisa D'Amico; Massimo Dogliotti; Emilio Dolcini; Ascensión Elvira Perales; Carla Facchini; Carla Faralli; Vincenzo Ferrari; Arianna Fusaro; Alfredo Galasso; Orsetta Giolo; Victor Luis Guitiérrez Castillo; Berta Esperanza Hernandez-Truyol; Francesca Ippolito; Maurizio Lupoi; Francesco Munari; Gaetano Natullo; Silvia Niccolai; Fernanda Nicola; Rosanna Pane; Baldassare Pastore; Mario Perini; Tamar Pitch; Salvatore Patti; Alessandra Pioggia; Roberto Pucella; Andrea Pugiotto; Roberto Romboli; Giulia Rossolillo; Francesco Salerno; Amedeo Santosuosso; Roberto Toniatti; Elena Urso; Maria Carmela Venuti; Filippo Viglione; Alessandra Viviani; Danaya C. Wright; Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus: Trascrizioni e riconoscimento degli status familiari

a cura di Chiara Ragni

- 6 **Chiara Ragni:** Gestazione per altri e riconoscimento dello *status* di figlio
- 10 **Patricia Orejudo Prieto de los Mozos:** Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión
- 22 **Ilaria Anrò:** Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?
- 43 **Ludovica Poli:** Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale
- 56 **Eva De Gotzen:** Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: *grasp all, lose all?*

Interventi

- 74 **Serena Baldin:** Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio non discriminatorio come caso di studio.
- 89 **Nausica Palazzo, Marta Tomasi:** I referendum in materia di diritti delle coppie omosessuali: minoranze e *vox populi*

Commenti

- 105 **Salvatore Patti:** La Corte costituzionale e la "necessità" di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso
- 108 **Erica Covacci:** Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale
- 125 **Silvia Marino:** Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU: alcune osservazioni a margine della sentenza *Pajić* della Corte europea dei diritti umani

Chiara Ragni*

Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio

Il sempre più ampio ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita e, in particolare, alla c.d. gestazione per altri (o maternità surrogata), come strumenti per diventare genitori in situazioni in cui tale possibilità sarebbe altrimenti esclusa, comporta, sul piano giuridico, alcuni problemi, il più grave dei quali è certamente la difficoltà di ottenere il riconoscimento del rapporto parentale costituitosi all'estero, mediante l'utilizzo delle citate procedure, in Stati dove queste sono vietate. Va infatti rilevato che, mentre in molti Paesi europei è ampiamente consentita la c.d. fecondazione eterologa, che consiste nella possibilità per la donna di ottenere una gravidanza attraverso l'inseminazione artificiale effettuata con materiale genetico non appartenente al partner, lo stesso non può dirsi per la maternità surrogata; tale "tecnica" comporta che la gestazione e il parto siano portati avanti da una persona estranea alla coppia, con la quale questa abbia concordato in via preventiva che, una volta nato, il bimbo sarà – a tutti gli effetti – figlio legittimo dei committenti.

Questa pratica è per lo più vietata dagli Stati membri dell'Unione europea: ma mentre la stipulazione di accordi di tipo commerciale è unanimemente considerata illegale, vi sono ordinamenti, come ad esempio quelli del Belgio, dell'Olanda, più di recente del Portogallo e dell'Inghilterra, che ammettono il ricorso alla gestazione per altri, seppure entro confini e limiti piuttosto circoscritti e tali da rendere spesso difficoltoso per la coppia l'accesso ad essa¹.

A fronte del quadro normativo descritto, è sempre più frequente che gli aspiranti genitori si rivolgano a Paesi terzi più permissivi, come gli Stati Uniti o l'Ucraina, dove è ammessa la conclusione di veri e propri contratti a norma dei quali, a fronte generalmente del pagamento di una somma di denaro, la gestante si impegna a consentire, dopo il parto, l'instaurazione di un rapporto di filiazione legittima tra i committenti e il bambino; tale rapporto risulta legalmente documentato da un atto pubblico di nascita attestante appunto l'esistenza del legame parentale, al quale tuttavia potrà essere altrove negata qualsivoglia efficacia giuridica. La conseguenza più allarmante, che discende evidentemente dall'estrema eterogeneità delle risposte normative fornite alla maternità surrogata, è il costante e crescente prodursi di situazioni per così dire claudicanti, ovvero giuridicamente esistenti in uno Stato e improduttive di effetti in un altro².

A testimonianza dell'entità del fenomeno, è sufficiente l'esame della giurisprudenza di vari Stati europei, dove la gestazione per altri non è ammessa; ci limiteremo qui ad alcuni cenni alla prassi delle corti italiane, particolarmente significativa rispetto ai problemi evidenziati, considerato che il nostro Paese non solo vieta in modo categorico la maternità surrogata, sia essa oggetto di un contratto di natura commerciale o meno, ma oltretutto, diversamente da altri Stati, come la Spagna, ma al pari ad esempio della Francia, si è per lo più opposto, soprattutto in passato, per effetto dell'operare del limite dell'ordi-

* Associata di Diritto internazionale, Università di Milano.

- 1 È questo ad esempio il caso del Belgio e dell'Olanda, dove, per quanto la maternità surrogata sia ammessa, purché non formi oggetto di un accordo commerciale, le regole che governano il ricorso alla procedura sono talmente restrittive e il numero di strutture cui ci si può rivolgere per tale pratica talmente esiguo, da costringere la gran parte delle coppie di genitori intenzionali a rivolgersi altrove. Nel Regno Unito, invece, affinché possa sorgere un rapporto di filiazione legittima tra il bambino partorito dalla madre "surrogata" e gli aspiranti genitori, occorre che questi ultimi ottengano dal giudice una pronuncia favorevole che disponga in tal senso. Per una rassegna del quadro normativo esistente in materia, si consiglia la lettura dei rapporti prodotti dal Gruppo di esperti istituito in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (<https://www.hch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>), nonché lo studio prodotto dal Parlamento europeo, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)). In dottrina cfr. K. Trimmings, P. Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing 2013.
- 2 Sul problema della circolazione e del riconoscimento degli status familiari ci sia consentito di fare riferimento a C. Ragni, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, in questa *Rivista*, 2015, II, p. 226 ss., nonché, soprattutto, alla dottrina ivi citata.

ne pubblico, al riconoscimento delle conseguenze giuridiche che da essa derivano, qualora il rapporto di filiazione tra i genitori committenti e il bambino sia sorto all'estero in seguito al ricorso a tale pratica³. Significativa a questo riguardo è la sentenza del 2014, con cui la Corte di Cassazione ha ribadito la contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento della gestazione per altri; a supporto di questa tesi viene menzionata la previsione di una sanzione penale, prevista dalla legge n. 40 del 2004 a carico di coloro che violano il divieto di promuovere e realizzare la maternità surrogata⁴, con la conseguente dichiarata impossibilità di riconoscere validità ed efficacia giuridica al rapporto di filiazione stabilito tramite il ricorso ad essa⁵.

Va però a questo proposito segnalato che, come peraltro rilevato da altra parte significativa della nostra giurisprudenza, anche recente, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico ai casi considerati andrebbe valutata con maggiore cautela⁶. Anche a volere ammettere che il ricorso alla gestazione per altri sia di per sé contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento, lo stesso ragionamento non dovrebbe necessariamente estendersi fino alla negazione dell'esistenza di un legame familiare, creatosi altrove e quindi senza contravvenire, almeno in via di principio, al divieto di svolgere certe pratiche in Italia. In altre parole, il fatto che una norma straniera consenta una pratica che nel nostro ordinamento non è ammessa, non è di per sé motivo sufficiente per negare efficacia a un rapporto di filiazione validamente costituitosi altrove, qualora la sua conservazione corrisponda all'interesse del minore, il quale rappresenta il principio cardine cui qualunque decisione in materia deve necessariamente ispirarsi. Ragionando in questi termini la prima sezione della Cassazione ha in una recentissima e importante sentenza, che sembrerebbe invertire il precedente indirizzo, affermato che: «l'interesse del minore ha un valore non di mero fatto, ma giuridico e preminente... [Esso] è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea. Il diritto alla continuità di tale status è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito nella L. n. 218 del 1995, ..., ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sul "diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali"»⁷.

È questo d'altronde il ragionamento svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel valutare la contrarietà all'art. 8 CEDU del rifiuto opposto dalle autorità italiane al riconoscimento dell'atto di nascita rilasciato in Ucraina, da cui risultava il rapporto di filiazione tra un bambino, nato da una madre surrogata e i gli aspiranti genitori committenti, di cittadinanza italiana, nonché degli effetti da esso prodotti, ha stabilito il principio secondo cui: «*the reference to public order could not... be considered as giving carte blanche for any measure, since the State had an obligation to take the child's best interests into account irrespective of the nature of the parental link, genetic or otherwise. In this connection, the Court reiterates that in the above-cited case of Wagner and J.M.W.L., the Luxembourg authorities did not recognise the legal parentchild relationship established abroad on the ground that it was contrary to public order; however, they did not take any measure aimed at removing the child or interrupting family life. The removal of a child from the family setting is an extreme measure which should only be resorted to as a very last resort. Such a measure can only be justified if it corresponds to the aim of protecting a child who is faced with immediate danger*»⁸.

-
- 3 Per l'analisi della giurisprudenza spagnola, la quale adotta una prospettiva diversa da quella accolta dalle nostre corti, si rimanda allo studio condotto da P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión*, *infra*, p. 10.
- 4 Art. 12 comma 6 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 - Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (in *Gazz. Uff.*, 24 febbraio, n. 45).
- 5 Corte di cassazione civile, sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001, secondo cui: «Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».
- 6 V ad es. in questo senso Corte di Appello di Bari, sentenza del 13 febbraio 2009, nonché più di recente Corte di appello di Napoli, sentenza del 30 marzo 2016.
- 7 Corte di cassazione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, spec. § 8 e ss.
- 8 Corte EDU, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, su cui si veda M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 160 ss.; S. 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 diritto internazionale*, 9, 2015, pp. 202 ss., nonché di seguito I. Anrò, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue*,

La Corte EDU muove quindi anch'essa dalla premessa, secondo cui in tutte le decisioni che riguardano il minore, ivi comprese quelle concernenti i suoi *status* personali e familiari, la tutela del suo superiore interesse deve essere garantita in via prioritaria rispetto ad ogni altra esigenza concorrente. Principio questo che, ribadito da diversi strumenti internazionali, e valorizzato nell'ambito dell'Unione europea da una specifica norma della Carta dei diritti fondamentali⁹, è certamente parte, come peraltro confermato anche dalle nostre corti e dalla dottrina¹⁰, dei valori di cui necessariamente tenere conto ai fini dell'applicazione del limite dell'ordine pubblico¹¹. L'importanza fondamentale della prassi della CEDU, ed in particolare, nell'ambito considerato, della consacrazione dell'interesse del minore, quale principio la cui tutela impone una restrizione al margine di apprezzamento concesso allo Stato nella salvaguardia di altre esigenze pubbliche, trova ulteriore supporto sia nell'art. art. 117 Cost. – ai sensi del quale è stata riconosciuta rilevanza costituzionale alle norme contenute nella CEDU, secondo l'interpretazione che di esse è stata data dalla Corte –; ma anche, con riferimento allo specifico contesto qui in esame, nell'art. 2 della legge n. 218/1995, che obbliga l'operatore giuridico a tenere conto, nell'applicazione delle norme di conflitto, incluse evidentemente quelle sul riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri - degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia, nella misura in cui essi incidano sul loro operare¹².

Se ne ricava, che, come segnalato nei contributi che seguono, le scelte assunte dallo Stato nella materia considerata, anche qualora volte alla protezione di interessi pubblici, devono potere essere ponderate sulla base di una valutazione attenta, basata su un'analisi da svolgersi in concreto, della soluzione che meglio realizza l'interesse del minore. Questo certamente comprende, sulla base delle indicazioni fornite dalla CEDU, nonché, più di recente, come si è detto, anche dalla nostra Corte di Cassazione, il diritto al rispetto dei legami familiari nei quali il bambino si riconosce, nonché alla tutela della identità personale. Diritto quest'ultimo che, con specifico riguardo al problema della nascita avvenuta mediante il ricorso a tecniche di procreazione assistita o maternità surrogata, può comportare anche l'accesso alle informazioni relative al genitore biologico¹³.

Affinché possa essere accertata l'esistenza di un legame familiare costituitosi all'estero e perché possano operare le norme di diritto internazionale privato sul riconoscimento degli effetti giuridici di situazioni perfezionate altrove, è in genere necessario che il legame parentale risulti da un provvedimento giudiziale¹⁴, ovvero da un atto pubblico, quale ad esempio quello di nascita, la cui trascrizione è, peraltro, in molti Stati, tra cui il nostro, da considerarsi presupposto per la produzione di effetti giuridici derivanti dalla filiazione. È proprio con riguardo a tale aspetto della questione qui in esame che si sono

infra, p. 22. Di segno analogo si vedano anche le decisioni del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, anch'esse reperibili in <http://hudoc.echr.coe.int>.

- 9 Il principio del superiore interesse del minore, che nel contesto descritto riveste rilevanza cruciale e carattere preminente, è sancito tra l'altro: sia dall'art. 3 par. 1 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, la cui diretta applicabilità negli ordinamenti interni è stata recentemente sottolineata nel *General Comment* n. 14 del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia; sia dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ne consacra la considerazione preminente in tutte le decisioni che riguardano un minore. Benché tuttavia il principio del preminente interesse del minore sia garantito da una norma *ad hoc* nella Carta, la sua considerazione in casi riguardanti i diritti della lavoratrice madre, nel caso di un bambino avuto tramite il ricorso alla gestazione per altri, non pare trovare uno spazio adeguato, come testimoniato dall'analisi di I. Anrò, *infra cit.*, al cui scritto si rimanda.
- 10 F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 2014, 207 ss., nonché la giurisprudenza ivi citata; A. Sperti, *La tutela del superiore interesse del minore alla luce dei principi costituzionali e del diritto costituzionale comparato nell'adozione del secondo genitore*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 236 ss.; In giurisprudenza v. tra le altre, Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza del 10 novembre 2014, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 309; Cassazione civile, sentenza del 2 febbraio 2015, n. 1843; n. 24001/2014 cit., secondo cui l'interesse del minore è esso stesso un principio di ordine pubblico, prevalente su ogni altra considerazione; Corte di Appello di Torino, sentenza del 4 dicembre 2014.
- 11 «La necessità di salvaguardare prioritariamente l'interesse del minore rappresenta essa stessa un principio fondamentale per il nostro ordinamento giuridico, presidiato dal limite pubblico ed anzi – anche perché conforme a precetti di diritto internazionale (...) – più forte di altri per il nostro ordinamento pur fondamentali principi: un controlimite che prevale sul limite». Così F. Mosconi, C. Campiglio, cit., p. 229.
- 12 Cfr. 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, p. 549 ss.
- 13 Sul tema e sul bilanciamento tra il diritto del figlio alla informazione e quello della madre alla riservatezza si veda L. Poli, *Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale*, *infra*, p. 43.
- 14 Si pensi ad esempio al sistema inglese, sulla base del quale, in seguito al ricorso a maternità surrogata, la costituzione del rapporto giuridico tra i genitori committenti e il bambino avviene per il tramite di una decisione giudiziaria, nell'ambito di un procedimento in cui sia previamente accertata l'esistenza di un genuino consenso della madre biologica.

posti alcuni ostacoli, legati alla impossibilità non solo di considerare l'atto efficace, ma anche di ritenerlo legalmente prodotto. La questione è stata sollevata in diverse occasioni davanti alle nostre corti, dinanzi alle quali è emerso anche l'aspetto penalistico del problema, dovuto alla presunta riconducibilità alla fattispecie delittuosa delle false attestazioni, della dichiarazione, rilasciata dai genitori committenti, sulla base dell'atto di nascita del minore, di essere rispettivamente padre e madre del medesimo¹⁵. Mentre con riguardo ai rapporti con Paesi terzi – ed in particolare con l'Ucraina – la prassi non è del tutto lineare e ha per lo più condotto a risultati non soddisfacenti, nel contesto dell'Unione europea, è oggi stato adottato, il 6 luglio 2016, il regolamento (UE) 2016/1191, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea. Sulla base del principio di reciproca fiducia che governa le relazioni tra Stati membri, tale regolamento semplifica le formalità per il mutuo riconoscimento dei documenti pubblici validamente rilasciati altrove. I limiti e i problemi che l'adozione di un simile atto ha sollevato e le questioni che esso lascia irrisolte sono ben illustrati nell'ultimo contributo di questo *Focus*, cui pertanto si rimanda¹⁶.

15 Su questo tema cfr. T. Trinchera, G. Vallar, *La surrogazione di maternità all'estero: trascrizione dell'atto di nascita e profili di responsabilità penale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, p. 34 ss. La natura non criminosa della condotta è stata infine oggi riconosciuta da Corte di cassazione penale, sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525.

16 E. De Götzen, *Child's Civil Status, Birth Certificates' Effects and the Free Movement Of Public Documents: Grasp All, Lose All?*, *infra*, p. 56.