

## Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione

Matteo Caldironi\*

THE LEGAL STATUS OF THE CHILD: THE NEED FOR A UNIFIED RECONSTRUCTION WITHIN THE UNION

ABSTRACT: The paper analyzes some of the issues related to surrogacy procedures carried out abroad, with reference to the recognition of foreign orders recognizing the parentage of the intended parent where surrogacy is prohibited. It will be seen how the obligation to recognize the *status filiationis* of the foreign-acquired child with respect to both the biological parent and the intended parent is also derived from EU law, to the extent that such disallowance results in the loss of *status* and restricts his or her freedom of movement and the expression of family ties within the territory of the EU. Lastly, the paper deals with the European Commission's proposal December 7, 2022, for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood.

KEYWORDS: Surrogacy; intentional parenthood; public order limits; best interests of the child; freedom of movement

ABSTRACT: Il contributo analizza alcune delle problematiche relative alle procedure di surrogazione di maternità compiute all'estero, con particolare riferimento alla trascrivibilità dei provvedimenti stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore d'intenzione laddove la surrogazione sia vietata. Si vedrà come derivi anche dal diritto dell'UE l'obbligo di riconoscere lo *status filiationis* del nato acquisito all'estero rispetto sia al genitore biologico sia al genitore d'intenzione, nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'UE. In ultimo, si esamina la recente proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea sul riconoscimento degli atti in materia di genitorialità e sulla creazione di un Certificato Europeo di Genitorialità.

PAROLE CHIAVE: Maternità surrogata; genitorialità intenzionale; ordine pubblico; miglior interesse del minore; libertà di circolazione

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale all'interno del progetto finanziato dalla Commissione europea (Justice Programme 2021-2027) "JUST-PARENT. Legal Protection for Social Parenthood", Università di Modena e Reggio Emilia. Mail: [matteo.caldironi@unimore.it](mailto:matteo.caldironi@unimore.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*



SOMMARIO: 1. Lo *status* del nato da surrogazione di maternità all'estero – 2. Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842 – 3. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/2020) – 4. Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162 – 5. Nuove prospettive *de iure condendo*: la proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea.

## 1. Lo *status* del nato da surrogazione di maternità all'estero

**D**i fronte alla nascita delle tecniche di PMA si sono registrati sin da subito approcci particolarmente differenziati tra gli Stati, anche solo se si limita il campo di indagine ai confini dell'UE<sup>1</sup>. Si pensi, a titolo di esempio, al procedimento di surrogazione di maternità<sup>2</sup>, dove l'assenza di omogeneità tra gli ordinamenti ha spinto coppie (ma anche singoli) a recarsi fuori dal proprio paese poter realizzare il proprio "sogno di genitorialità", dando così luogo al c.d. turismo procreativo<sup>3</sup>. Una delle conseguenze più problematiche di questo tipo di pratica ha riguardato la trascrivibilità dei provvedimenti stranieri che riconoscono la genitorialità di diritto del genitore d'intenzione laddove la surrogazione sia vietata. Problema, questo, che inciderebbe direttamente sulla sfera giuridica del minore, dal momento in cui in determinati ordinamenti egli sarebbe garantito nei rapporti con entrambi

<sup>1</sup> Sul punto v. almeno S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 138-139 e M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e interesse del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, 239 nt. 1.

<sup>2</sup> Nonostante sia rappresentata in letteratura anche l'opinione di chi ritiene che la pratica di surrogazione di maternità non rientri tra le procedure di procreazione medicalmente assistita (v. ad es. I. PARISI, *La procreazione medicalmente assistita e la surrogazione di maternità*, in *Rivista AIAF*, 2, 2022, 159-168, spec. par. 4), ai nostri fini sembra utile aderire ad una qualificazione più ampia di PMA, che ricomprenda appunto anche la surrogazione di maternità. Il motivo principale è di carattere squisitamente normativo, in quanto è proprio la legge 19 febbraio 2004, n. 40, denominata, per l'appunto, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" che si occupa – vietandola – anche della surrogazione di maternità.

<sup>3</sup> Il c.d. turismo procreativo ha come destinazioni tipo per lo più paesi fuori dall'Unione europea. Questo in quanto le tecniche di surrogazione di maternità sono nella maggior parte degli ordinamenti vietate o fortemente limitate. Non è un caso che anche le istituzioni europee mostrino uno sfavore verso la gestazione per altri. Infatti, il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 16 marzo 1989 ha affermato che «ogni forma di maternità su commissione sia in generale da respingere» (89/C 96/04) e con la Risoluzione del 13 dicembre 2016 ha espressamente condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» (Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009 INI) (paragrafo 82)).

La convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedicina approvata nel 1997, poi, pur non intervenendo sulla procreazione assistita viene ad incidere su tali rapporti in virtù dell'art. 21 che stabilisce il divieto di trarre profitto economico dal corpo umano e dalle sue parti. In ultimo, anche la Carta dei Diritti fondamentali dell'UE all'art. 3 pone il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Sul punto v. almeno I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in P. ZATTI, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, G. FERRANDO, S. CANESTRARI (a cura di), *Trattato di Biodiritto, Il governo del corpo*, Tomo II, Milano, 1483-1484; M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata ed interessi del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, 269; L. CARPANETO, *Procreazione assistita e nuovi rapporti parentali*, in *ivi*, 280; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 180-182.



i genitori, mentre in altri non avrebbe un pieno riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale per l'esistenza di limiti impeditivi alla trascrizione<sup>4</sup>.

Sembra però che sia lo stesso diritto dell'UE a imporre l'obbligo di riconoscere lo *status filiationis* acquisito all'estero, nella misura in cui il mancato riconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'UE.

Di recente, infatti, la CGUE ha riconosciuto l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti all'identità personale e alla vita privata e familiare, della conservazione degli *status* personali e della libertà di circolazione e soggiorno (causa C-490/2020), affermando che l'atto di nascita rilasciato dallo Stato membro ospitante, in cui siano riconosciuti come genitori due persone dello stesso sesso, deve essere riconosciuto dallo Stato Membro di cui tale soggetto sia cittadino, consentendogli di esercitare, con ciascuno di essi, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente.

Non pare un caso, quindi, che con l'ordinanza interlocutoria 21 gennaio 2022, n. 1842, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si sia interrogata sulla necessità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite a seguito delle sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021<sup>5</sup>, e della sentenza della CGUE da ultimo citata, essendo venuto meno il punto di equilibrio tra la tutela del minore e i limiti di

<sup>4</sup> Su tale problematica si veda anche la recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 22 novembre 2022, ricorso n. 58817/15-58252/15 - D.B. e altri c. Svizzera (con nota di S.P. PERRINO, *Il mancato riconoscimento del rapporto tra genitore "sociale" e nato da maternità surrogata*, in *Giur. it.*, 1, 2023, 27-29), nella quale ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu dalla richiesta di riconoscimento dello *status filiationis* fino alla data in cui è stata pronunciata l'adozione, a seguito della riforma del Codice civile svizzero che consentiva l'adozione del minore figlio del partner dell'unione registrata. Ma anche Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, sentenza 6 dicembre 2022, ricorso n. 25212/21 - K.K. e altri c. Danimarca, nella quale ha ritenuto che le autorità danesi non abbiano adeguatamente bilanciato il diritto dei minori a vedere riconosciuto il loro legame con la madre intenzionale e gli interessi della società a limitare il fenomeno della maternità surrogata commerciale.

<sup>5</sup> Con note di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 1, 2021, 221-222; E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?* in *Consulta Online*, 1, 2021, 232-237; G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2021, 112-120; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, 2, 2021, 348-378; C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi.it*, 22, 2021, 170-197; E. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos*, 2, 2021, 1-11; A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 73-91; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 13-26; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 59-71; M. CALDIRONI, *La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile*, in *Consulta Online*, 3, 2021, 1047-1065.





ordine pubblico<sup>6</sup> nel riconoscimento dei rapporti di filiazione con il c.d. genitore di intenzione con particolare riguardo alla c.d. surrogazione di maternità<sup>7</sup>.

## 2. Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, ordinanza 21 gennaio 2022, n. 1842

La Corte di Cassazione concentra la prima parte delle sue riflessioni sugli istituti della delibazione delle sentenze straniere e della trascrizione degli atti di stato civile. Infatti, come già evidenziato anche dalla Corte costituzionale<sup>8</sup>, le procedure di riconoscimento dei rapporti genitoriali con il genitore d'intenzione previste (*i.e.*, l'adozione in casi particolari<sup>9</sup>) sono sostanzialmente inadeguate. La Prima Sezione sottolinea che con la delibazione e la trascrizione si recepisca soltanto l'atto di assunzione della responsabilità genitoriale del genitore intenzionale e, ovviamente, non sia recepito l'accordo di maternità surrogata<sup>10</sup>. In tal modo, non si mette in discussione l'illiceità della pratica della gestazione per altri, ma si tratta, piuttosto, di riconoscere al minore la continuità del suo *status* già riconosciuto da un altro ordinamento.

L'aspetto più problematico risiederebbe, però, nella tendenziale automaticità che avrebbero acquisito tali strumenti per l'accresciuta mutualità del riconoscimento tra gli Stati<sup>11</sup>. Al contrario, proprio la natura degli interessi in gioco richiederebbe soluzioni ritagliate su ciascun singolo caso. Più nello speci-

<sup>6</sup> Sul tema v. almeno F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 31 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, *ivi*, 119 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, *ivi*, 145 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 21 settembre 2018, 1 ss.; V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 luglio 2018, 1 ss.; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 186-211; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 4, 2019, 737-756; M. TRESARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 23-55; M. TRESARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 41-58; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 93-101; R. TRESARO, *Maternità surrogata o best interest of the child?*, in *federalismi.it*, 22, 2020, 278-308.

<sup>7</sup> Cassazione a Sezioni Unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. 9 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

<sup>9</sup> Sull'istituto dell'adozione in casi particolari v. almeno G. IORIO, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 45, 2022, spec. 498-511.

<sup>10</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>11</sup> *Ibidem*.





fico, la verifica sulla compatibilità con il limite di ordine pubblico dovrebbe essere compiuta “in concreto”<sup>12</sup>, seppur secondo i criteri (generali) di proporzionalità e ragionevolezza<sup>13</sup>. Il bilanciamento non sarebbe definibile a priori, in astratto, ma dovrebbe tener conto di tutti i valori in potenziale conflitto, avendo però particolare riguardo per gli interessi del minore<sup>14</sup>.

Il più importante dei valori tutelati dal divieto penale di surrogazione di maternità<sup>15</sup> individuato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità è essenzialmente la dignità della gestante<sup>16</sup>. Secondo la Cassazione è legittimo presumere che la dignità della gestante sia lesa, a meno che la sua scelta di intraprendere una gravidanza per altri sia stata libera, consapevole, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da controprestazioni economiche.

Nel caso di mancanza di tali condizioni nel paese di origine, e quindi a causa della concreta lesione della dignità della donna, è legittimo che il nostro ordinamento impedisca la delibazione e la trascrizione per la garanzia di valori fondamentali<sup>17</sup>.

A *contrario*, qualora tutte queste garanzie fossero presenti sembrerebbe illegittimo un automatico diniego del riconoscimento del provvedimento straniero, in quanto non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della gestante (già garantita dalla normativa del paese d'origine).

Un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse sull'altro, impeditiva di qualsiasi possibilità di riconoscimento, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, in *BioLaw Journal Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 146-147.

<sup>13</sup> Critico S. BUZI, *La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità*, in *Famiglia*, 14 maggio 2022.

<sup>14</sup> R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore*, cit., 146-147.

Sul *best interest* del minore si veda anche la Convenzione sui diritti del fanciullo (la c.d. Convenzione di New York, del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176), che all'art. 3, par. 1, recita: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Sullo specifico profilo del riconoscimento del suo stato di figlio si rimanda a M. SALVADORI, B. AMEDEO, *Diritti fondamentali e riconoscimento di status filii*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, cit., 24-28.

Dello stesso tenore la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'art. 24, par. 2, stabilisce che: «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente» (sul punto M. SALVADORI, B. AMEDEO, *op.cit.*, 39-43; L. CARPANELO, *op. cit.*, 283).

<sup>15</sup> Sul punto v. almeno A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*, Torino, 2012, spec. 139-156.

<sup>16</sup> Seguito dalla preservazione dell'istituto dell'adozione.

<sup>17</sup> Sul punto, per un'analisi più approfondita, si consenta di rimandare a M. CALDIRONI, *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 317-327.

<sup>18</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022. Su questo profilo, ed in particolare sul parallelismo con il caso dei “figli incestuosi”, v. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Padova, 2022, 120: «Come si concilia allora il sacrificio di diritti fondamentali, chiaramente riconosciuti ai minori dalla stessa Corte, in nome dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»? Il rischio è chiaro alla Corte (“ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento... finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome





Ma vi è di più: la Corte di Cassazione si chiede se «derivi anche dal diritto dell'Unione Europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo *status filiationis* acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato dalla gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura i cui tale disconoscimento comporti la perdita dello *status* e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei suoi legami familiari nel territorio dell'Unione»<sup>19</sup>. Anche nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea l'interesse del minore alla tutela dei suoi diritti inviolabili all'identità personale e alla vita privata e familiare assume importanza maggiore con riferimento allo specifico rilievo nel diritto euro-unitario<sup>20</sup> della conservazione degli *status* personali e della libertà di circolazione e soggiorno e della stretta correlazione di tali principi con l'esplicazione della vita familiare come è stato di recente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>21</sup>.

### 3. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/2020)

Nella sua sentenza, pronunciata in Grande Sezione, la Corte ha infatti interpretato l'art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, 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 (al di là quindi dell'esplicito riconoscimento del rapporto genitoriale con entrambi i genitori)<sup>22</sup>.

---

della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata”); non può non venire in mente (e in effetti la Corte la richiama) la sentenza sui figli incestuosi, ricordata in precedenza: davvero la maternità surrogata, che in diversi ordinamenti è lecita, costituisce un “disvalore” sociale più grave dell'incesto, che credo sia ovunque vietato?».

<sup>19</sup> Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>20</sup> Art. 4 § 2 del TUE, artt. 20 e 21 del TFUE, artt. 7, 24 e 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

<sup>21</sup> VMA c./Stolichna obshtina, rayon Pancharevo (sentenza 14 dicembre 2021 causa C-490/2020).

<sup>22</sup> La vicenda riguardava: V.M.A., cittadina bulgara, e K.D.K. risiedono dal 2015 in Spagna e si sono sposate nel 2018. La loro figlia, S.D.K.A., è nata nel 2019 in Spagna. L'atto di nascita di detta figlia, rilasciato dalle autorità spagnole, menziona le due madri come genitori della medesima. V.M.A. ha chiesto al comune di Sofia di rilasciarle un atto di nascita per S.D.K.A., dal momento che tale atto rilasciato dalle autorità bulgare era necessario per ottenere un documento d'identità bulgaro. A sostegno della sua domanda, V.M.A. ha presentato una traduzione in lingua bulgara, legalizzata ed autenticata, dell'estratto del registro dello stato civile spagnolo relativo all'atto di nascita di S.D.K.A. Il Comune di Sofia ha invitato V.M.A. a fornire prove relative alla filiazione di S.D.K.A., in relazione all'identità della madre biologica. Infatti, il modello di atto di nascita vigente in Bulgaria prevede una sola casella per la «madre», e un'altra per il «padre», e solo un nome può apparire in ciascuna di tali caselle. Poiché V.M.A. riteneva di non essere obbligata a fornire l'informazione richiesta, il Comune di Sofia ha rifiutato di rilasciare l'atto di nascita alla luce della mancanza di informazioni riguardanti l'identità della madre biologica del minore interessato e in considerazione del fatto che la menzione in un atto di nascita di due genitori di sesso femminile era contraria all'ordine pubblico bulgaro, che non autorizza il matrimonio tra due persone dello stesso sesso. V.M.A. ha proposto ricorso avverso tale decisione di rigetto dinanzi all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), il giudice del rinvio. Quest'ultimo si chiede se il rifiuto, da parte delle





Per giungere a tale conclusione, la Corte ricorda innanzitutto che, per permettere ai cittadini degli Stati membri di esercitare il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riconosciuto ad ogni cittadino dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, la direttiva 2004/38 impone agli Stati membri, conformemente alla loro legislazione, di rilasciare ai loro cittadini una carta d'identità o un passaporto che indichi la loro cittadinanza.

Pertanto, poiché nel caso di specie il minore ha la cittadinanza bulgara, le autorità bulgare sono obbligate a rilasciarle una carta d'identità o un passaporto bulgaro, che indichi il suo cognome come risulta dall'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole (dove era avvenuta la pma), indipendentemente dall'emissione di un nuovo atto di nascita.

Tale documento, da solo o in combinazione con un documento rilasciato dallo Stato membro ospitante, deve permettere al minore di esercitare il proprio diritto alla libera circolazione, con ciascun genitore (nel caso di specie, con ciascuna delle sue due madri), il cui *status* di genitore sia stato accertato dallo Stato membro ospitante nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38. Infatti, i diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri all'articolo 21, paragrafo 1, TFUE includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari. Dal momento che le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra il minore e i suoi due genitori, attestato nell'atto di nascita rilasciato per il minore, entrambi, in quanto genitori di un cittadino dell'Unione minorenni di cui hanno la custodia effettiva, devono quindi vedersi riconosciuto da tutti gli Stati membri, in applicazione dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, il diritto di accompagnare quest'ultimo nell'esercizio dei suoi diritti.

Ne risulta che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere tale rapporto di filiazione al fine di consentire al minore di esercitare, insieme a ciascuno dei suoi due genitori, il proprio diritto alla libera circolazione<sup>23</sup>.

---

autorità bulgare, di registrare la nascita di un cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro e attestata da un atto di nascita che designa due madri, rilasciato in quest'ultimo Stato membro, violi i diritti conferiti a detto cittadino dagli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, tale rifiuto potrebbe rendere più difficile il rilascio di un documento d'identità bulgaro e, di conseguenza, ostacolare l'esercizio da parte del minore del diritto alla libera circolazione e quindi il pieno godimento dei suoi diritti di cittadino dell'Unione. Pertanto, tale giudice ha deciso di interrogare la Corte in merito all'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, degli articoli 20 e 21 TFUE, nonché dagli articoli 7, 24 e 45 della Carta. Lo stesso chiede, in sostanza, se tali disposizioni obblighino uno Stato membro a rilasciare un atto di nascita, al fine di ottenere un documento d'identità, per un minore, cittadino di tale Stato membro, la cui nascita in un altro Stato membro è attestata da un atto di nascita redatto dalle autorità di tale altro Stato membro, conformemente al diritto nazionale del medesimo, e che designa, quali madri di tale minore, una cittadina del primo di tali Stati membri e sua moglie, senza precisare quale delle due donne abbia dato alla luce la bambina.

<sup>23</sup> Una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone potrebbe essere giustificata solo se fosse conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta.



#### 4. Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

Quello che emerge è che lo *status* giuridico del minore debba avere necessariamente un riconoscimento minimo in tutti gli Stati membri che perlomeno gli consenta di esercitare quei diritti garantiti dal diritto dell'Unione: se si parla della sua libertà di circolazione e soggiorno, il minore deve veder riconosciuto il suo rapporto genitoriale con coloro i quali sono stati già riconosciuti come genitori da un altro Stato Membro, indipendentemente dall'esistenza di limiti di ordine pubblico esistenti in ciascun singolo Stato. Infatti, la Corte ha dichiarato in più occasioni<sup>24</sup> che la nozione di "ordine pubblico", in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, e quindi che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Come sottolineato anche dall'avvocato generale Kokott<sup>25</sup>, ciò non viola l'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico di tale Stato membro, in quanto tale obbligo (di riconoscimento) 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. Sembra così che i rapporti derivanti da progetti genitoriali basati non (soltanto) su legami biologici o genetici siano da considerarsi esistenti e "validi", anche se ai soli fini del diritto UE.

Tuttavia, sebbene si possa guardare con favore a questo ampliamento di tutele, ciò non sembra sufficiente per affermare che, ad oggi, sia effettivamente garantita una tutela piena ed effettiva (quindi omogenea) per i minori in tutto il territorio dell'UE. Rimangono infatti numerosi gli ambiti fuori dal campo di diretta applicazione del diritto dell'Unione, nei quali il fenomeno del *downgrading* è ancora presente. Questo vale in particolare per tutto il diritto di famiglia, da sempre considerato di competenza esclusiva dei singoli Stati.

Quanto appena affermato non è smentito nemmeno dalla recentissima pronuncia con la quale la Cassazione<sup>26</sup> ha risposto agli interrogativi sollevati nell'ordinanza interlocutoria n. 1842/2021 della Prima Sezione. Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2022, infatti, le Sezioni Unite hanno ribadito che non è possibile riconoscere il minore nato tramite procedimenti di surrogazione di maternità all'estero con nessun altro strumento che non sia l'adozione in casi particolari. A legislazione invariata non è ammissibile un intervento in via giurisprudenziale manipolativo che riveda i limiti dell'ordine pubblico internazionale, viceversa, è solo il legislatore che può agire «quale interprete della coscienza sociale» e «tradurla in atti normativi»<sup>27</sup>. Secondo la Cassazione, infatti, la disciplina italiana,

«nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo

<sup>24</sup> Sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 44.

<sup>25</sup> Paragrafi 150 e 151 delle sue conclusioni.

<sup>26</sup> Cass., Sezioni Unite Civili, sent. 30 dicembre 2022, n. 38162.

<sup>27</sup> *Ivi*, § 6.



della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»<sup>28</sup>.

La Corte ha però superato in via interpretativa una delle criticità che caratterizzavano l'istituto in questione: il necessario assenso del genitore biologico all'adozione. Ha così statuito che «il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere *meramente potestativo*, ma va collocato in una *dimensione funzionale*»<sup>29</sup>. Pertanto, «il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner [*n.d.a.*: il genitore intenzionale] *solo* nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore»<sup>30</sup>.

Nondimeno, la Corte stessa riconosce come rimanga irrisolto il problema relativo al potere di iniziativa ai fini della costituzione dello *status* che non compete al minore, il quale non può quindi richiedere l'adozione.

In tal modo il nato non avrebbe alcun diritto alla costituzione di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico qualora quest'ultimo «cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato»<sup>31</sup>. Rimarrebbe così privo di strumenti di garanzia adeguati ai fini che rilevano per la sua vita, tra cui la cura della sua salute, la sua educazione scolastica, la tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi diritti ereditari nei confronti di questa persona. È allora evidente, anche solo da questi esempi, come il già citato fenomeno del *downgrading* di tutele sia tutt'altro che superato.

## 5. Nuove prospettive *de iure condendo*: la proposta di Regolamento 7 dicembre 2022 della Commissione europea

I migliori strumenti per garantire lo *status* giuridico dei nati attraverso pma potrebbero essere, allora, quelli classici del diritto internazionale e cioè la negoziazione a livello multilaterale di convenzioni che avvicinino la legislazione degli Stati su questa materia<sup>32</sup>.

Tuttavia, almeno a livello dell'Unione europea sarebbe auspicabile una soluzione condivisa che consentisse il godimento pieno dei diritti fondamentali (e non solo della libertà di circolazione e soggiorno) a tutti i cittadini dell'Unione, compresi i minori nati tramite pma. Quantomeno a livello teorico, si era ipotizzato di poter utilizzare a questi fini (seppur con gli inevitabili adeguamenti del caso)<sup>33</sup> uno strumento giuridico già esistente: il "*Regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei*

<sup>28</sup> *Ivi*, § 18.

<sup>29</sup> *Ivi*, § 11 (corsivi miei).

<sup>30</sup> *Ibidem* (corsivi miei).

<sup>31</sup> *Ivi*, § 12.

<sup>32</sup> Così anche Cass. Sez. I, ord. n. 1842/2022.

<sup>33</sup> Infatti, ad oggi il Regolamento include nel suo ambito di applicazione i documenti pubblici sulla nascita, sulla filiazione e sull'adozione, ma riguarda l'autenticità e la lingua di tali documenti, non già il riconoscimento del loro contenuto o dei loro effetti in un altro Stato membro.



*cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea*<sup>34</sup>. Attraverso il regolamento si immaginava la creazione di un quadro comune europeo di stato civile, per garantire uno *status* giuridico unitario per tutti i cittadini con eguali garanzie rispetto a tutti i rapporti parentali già riconosciuti da (almeno) uno Stato membro.

A questa riflessione astratta e ampiamente ipotetica, del resto, oggi si sono aggiunti alcuni importanti e concreti passi in avanti.

Infatti, il 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento volta ad armonizzare a livello comunitario le norme di diritto internazionale privato in materia di genitorialità<sup>35</sup>. Mantenendo sempre il fuoco sull'interesse e sui diritti del minore, il Regolamento si pone l'obiettivo di fornire una maggiore "chiarezza giuridica" a tutti i tipi di famiglie<sup>36</sup> che si trovano in una situazione transfrontaliera all'interno dell'UE, sia che si spostino da uno Stato membro all'altro per viaggiare o risiedere<sup>37</sup>.

Uno degli aspetti chiave della proposta è che la genitorialità stabilita in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri senza alcuna procedura speciale<sup>38</sup>. In particolare, si consentirebbe così ai minori di beneficiare automaticamente dei diritti derivanti dal rapporto genitoriale previsti dal diritto nazionale, in materie quali la successione, il diritto al mantenimento, l'affidamento o il diritto dei genitori di agire come rappresentanti legali del minore per questioni sco-

<sup>34</sup> Questa ipotesi era stata da me discussa nell'ambito del convegno "*Identities on the move - Documents Crossborders*" organizzato a Castel San Pietro Terme il 23-24 giugno 2022 (i cui atti sono stati raccolti in un numero speciale della rivista *Papers di diritto europeo* (2023) consultabile al link: <https://www.papersdirittoeuropeo.eu/fascicolo-2023-numero-speciale-special-issue/> (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>35</sup> "*Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*", da qui in avanti semplicemente COM/2022/695 (consultabile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A695%3AFIN&qid=1670511556992> (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>36</sup> La proposta riguarda il riconoscimento della filiazione indipendentemente dal modo in cui il figlio è nato o è stato concepito (compreso quindi il figlio concepito con tecniche di riproduzione assistita) e indipendentemente dal tipo di famiglia da cui proviene, compreso quindi il figlio con due genitori dello stesso sesso, con un genitore unico o adottato a livello nazionale in uno Stato membro da uno o due genitori.

<sup>37</sup> Si noti che la proposta non si applica all'accertamento della filiazione in un contesto nazionale privo di elementi transfrontalieri, come l'adozione nazionale in uno Stato membro, sebbene si applichi al riconoscimento della filiazione accertata in tale contesto nazionale in uno Stato membro. Inoltre, la proposta dovrebbe lasciare impregiudicato il regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i documenti pubblici relativi alla nascita, alla filiazione e all'adozione, in particolare la presentazione da parte dei cittadini di copie autentiche e l'uso da parte delle autorità degli Stati membri del sistema di informazione del mercato interno qualora abbiano ragionevoli dubbi circa l'autenticità di un documento pubblico relativo alla nascita, alla filiazione o all'adozione o della copia autentica di tale documento, loro presentati. (v. art. 2, COM/2022/695).

<sup>38</sup> Già nel 2020, La Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, nel suo discorso sullo stato dell'Unione ha affermato che «if you are parent in one country, you are parent in every country» ([https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020\\_en](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2020_en) (ultima consultazione il 22/02/2023)). Con questa affermazione, la Presidente ha fatto riferimento alla necessità di garantire che la genitorialità stabilita in uno Stato membro sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri a tutti gli effetti. Infatti, il mancato riconoscimento della genitorialità mette a rischio i diritti fondamentali dei bambini, tra cui il diritto a un'identità, alla non discriminazione e alla vita privata e familiare.



lastiche o sanitarie. Non si modificherebbero così le normative nazionali nell'ambito del diritto di famiglia, che rimarrebbe di competenza dei singoli Stati<sup>39</sup>, ma si estenderebbe la loro applicabilità ai minori il cui rapporto con i genitori sia stato riconosciuto in qualsiasi altro Stato membro<sup>40</sup>.

In questo modo, si potrebbe aspirare ad ottenere una tutela dei diritti fondamentali dei minori, ma anche una maggiore garanzia della certezza del diritto per le famiglie, oltre che una riduzione dei costi e degli oneri legali e per i sistemi amministrativi e giudiziari degli Stati membri<sup>41</sup>.

In sintesi, gli elementi principali della proposta riguardano la giurisdizione<sup>42</sup>, l'individuazione della legge applicabile all'accertamento della filiazione<sup>43</sup>, il riconoscimento della filiazione<sup>44</sup> e la creazione di un certificato europeo di genitorialità<sup>45</sup>, concepito specificamente per facilitare il riconoscimento dei rapporti genitoriali all'interno dell'Unione (rivolto al minore o al rappresentante legale che debba far valere il suo status di genitore in un altro Stato membro).

L'importanza di questo ultimo strumento risiederebbe nel fatto che non potrebbe essere rifiutato da nessuna autorità nazionale (ma, più in generale, da nessun soggetto pubblico o privato). Infatti, se da

---

<sup>39</sup> «Under the Union Treaties, substantive law on family matters, including the legal status of persons, falls within the competence of Member States, which means that the substantive rules for the establishment of the parenthood of a person are laid down in national law. However, the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications pursuant to Article 81(3) TFEU, such as measures to facilitate that, once parenthood has been established in a Member State, it is recognised in other Member States. These measures can include the adoption of common rules on international jurisdiction, applicable law and procedures for the recognition of parenthood in another Member State. These measures will not lead to the harmonisation of the Member States' substantive law on the definition of family or on the establishment of parenthood in domestic situations. Like other Union instruments on family law, the proposal aims to facilitate the recognition of court decisions and authentic instruments on parenthood through the adoption of common rules on international jurisdiction and applicable law. The proposal aims to require the recognition of parenthood established in another Member State for the purposes, in particular, of the rights derived from parenthood under national law. Article 81(3) TFEU is therefore the appropriate legal basis» (§ 2. *Legal basis, subsidiarity and proportionality*, nell'*Explanatory memorandum*, ma più nel dettaglio v. art. 5, COM/2022/695).

<sup>40</sup> «All children should have the same rights irrespective of how they were conceived or born and of their type of family. Today's proposal aims to guarantee that the fundamental rights of children are not put at risk in cross-border situations within the European Union. Thanks to the new rules, all children and families would enjoy the rights derived from parenthood under national law in all the Member States, once their parenthood has been established in one Member State» (Didier Reynders, Commissioner for Justice, 7 dicembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7509](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509) (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>41</sup> «It is unthinkable that a parent in one Member State is not recognised as a parent in another Member State. This puts some children at risk, as they would not have guaranteed access to their rights, such as succession, maintenance or decisions on schooling and education. Our proposal provides a clear set of rules on the recognition of parenthood, so when a family moves from one Member State to another, they remain a family. And with this we also reduce costs and time spent in legal proceedings» (Věra Jourová, Vice-President for Values and Transparency, 7 dicembre 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_7509](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7509) (ultima consultazione il 22/02/2023)).

<sup>42</sup> La proposta determina i tribunali degli Stati membri competenti per le questioni relative alla genitorialità, garantendo l'interesse superiore del minore (v. più dettagliatamente artt. 6-15, COM/2022/695).

<sup>43</sup> La legge applicabile all'accertamento della paternità dovrebbe essere quella dello Stato di residenza abituale della persona che partorisce. (v. più dettagliatamente artt. 16-23, COM/2022/695)

<sup>44</sup> La proposta prevede il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici che stabiliscono o provano l'accertamento della filiazione: la genitorialità stabilita in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza alcuna procedura speciale (v. più dettagliatamente artt. 24-33, COM/2022/695).

<sup>45</sup> Artt. 46-57, COM/2022/695.

Cald

una parte le persone autorizzate a richiederlo manterranno la possibilità di presentare altri documenti<sup>46</sup> per il riconoscimento della genitorialità in un altro Stato membro (sentenze, certificati di nascita ecc.), dall'altra nessun soggetto a cui sia stato presentato una copia del certificato (rilasciato in un altro Stato membro) avrà il diritto di richiedere atti ulteriori che attestino il rapporto genitoriale. In conclusione, le novità che introdurrebbe questa proposta sarebbero particolarmente rilevanti per la tutela degli interessi dei minori, compreso l'interesse al riconoscimento del rapporto con entrambi i genitori che abbiano condiviso il progetto procreativo. E questo a prescindere dall'orientamento sessuale degli stessi e dall'eventuale utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Per questi motivi, non può che vedersi con favore questo primo passo verso una maggior garanzia dello *status* dei nati che potrebbe così circolare almeno fra gli Stati membri, senza soggiacere più all'incognita di incorrere in una *capitis deminutio* dei loro diritti per l'esistenza di limiti o divieti di accesso a determinate pratiche previsti dai singoli ordinamenti.

---

<sup>46</sup> Quindi, almeno da questo punto di vista, il certificato sarebbe facoltativo, in quanto i diretti interessati – il minore e colui il quale debba far valere il suo *status* di genitore – non sarebbero obbligati a richiederlo.

