

Il divieto di trascrizione dei certificati a seguito delle pratiche di maternità surrogata, i limiti di ordine pubblico e la libera circolazione delle persone nel mercato interno dell'Unione europea

di Alice Pisapia*

16 giugno 2023

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il quadro legislativo italiano. – 3. Il divieto di trascrizione fondato sull'ordine pubblico. – 4. Il criterio del supremo interesse del minore sancito dal diritto europeo. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

A seguito di una circolare del Prefetto di Milano¹ che recepiva indicazione del Ministero dell'Interno, dal mese di marzo 2023 gli ufficiali dello Stato civile del Comune di Milano, (e prima ancora, dal mese di gennaio in altri Comuni²), sono stati costretti ad interrompere le trascrizioni dei certificati di nascita esteri dei figli nati da coppie omogenitoriali in Italia. Tale decisione, dividendo politicamente le amministrazioni e l'opinione pubblica, richiede di svolgere alcune riflessioni in tema di maternità surrogata del quadro non solo normativo, ma anche interpretativo della stessa. Come sottolineato dall'Avvocato Generale *Wahl* nell'incipit delle proprie conclusioni *“La maternità surrogata, che rappresenta una forma di riproduzione*

* Ricercatore in Diritto dell'Unione Europea presso l'Università degli Studi dell'Insubria, Dipartimento di Economia.

¹ Circolare del Prefetto di Milano del 10 marzo 2023.

² Circolare del Prefetto di Venezia del 19 gennaio 2023.

*assistita sempre più comune, costituisce una delicata questione politica e sociale in taluni Stati membri*³.

La prefettura, per imporre alle amministrazioni locali l'interruzione delle trascrizioni, ha fatto riferimento alla legge 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, pratica consentita solo a coppie maggiorenni formate da persone di sesso diverso coniugate o conviventi⁴. La Corte Costituzionale con la pronuncia n. 221 del 2019 precisava in via interpretativa il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) da parte di coppie omosessuali⁵. Tuttavia, considerando il criterio principe dell'interesse superiore del minore, le Sezioni Unite della Cassazione avevano fornito una soluzione legale per consentire all'ufficiale di Stato civile la registrazione diretta del rapporto di filiazione attraverso l'applicazione dell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, co. 1, lett. d) della legge 184/1983⁶. È ancora possibile sostenere tale approccio interpretativo? Come si porrà la giurisprudenza di legittimità nel vagliare la legittimità del diniego di trascrizione recentemente imposto dai Prefetti?

Si consideri, infine, che mentre l'amministrazione pubblica italiana affronta il blocco delle trascrizioni e le conseguenti azioni giudiziarie che ne discenderanno, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento sulla filiazione e sulla creazione di un certificato europeo in materia e la maggior parte degli Stati membri dell'Unione riconosce fin dalla nascita i figli di coppie omogenitoriali senza dover affrontare lunghe battaglie per ottenere la trascrizione di certificati esteri o la *stepchild adoption* cioè l'adozione del figlio del partner. Il certificato di filiazione europeo, superando le frammentazioni nazionali, consentirebbe a tutti i bambini, a prescindere da chi siano i loro genitori, di poter godere di una delle libertà costitutive dell'Unione: quella di circolare liberamente e quindi vivere e lavorare nel mercato interno⁷. Nel

³ Conclusioni del 26 settembre 2013, causa C-363/12, *Z. c. A Government department e The Board of management of a community school*, ECLI:EU:C:2013:604.

⁴ Legge n. 40/2004 pubblicata in GU n. 45 del 24 febbraio 2004.

⁵ Per un inquadramento sulle norme in materia di procreazione medicalmente assistita v., tra gli altri, C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 531-554; K. BOELE-WOELKI, *(Cross-Border) Surrogate Motherhood: We Need to take Action Now!*, in *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, A commitment to Private International Law: Essay in Honour of H. van Loon*, Cambridge, 2013, pp. 47-58; C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 589; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 2015, pp. 7-28; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal*, 2015, pp. 89-108; A. VETTOREL, *International surrogacy arrangements: recent developments and ongoing problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 523-540.

⁶ C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516.

⁷ Corte giust., sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. v Stolichna obshtina*, ECLI:EU:C:2021:1008 con la quale la Corte ha imposto agli Stati membri di riconoscere il legame familiare registrato in altro Stato membro per consentire al figlio di esercitare senza impedimento alcuno, con ciascun genitore, il diritto a muoversi e risiedere liberamente nel territorio dell'Unione che

quadro del pacchetto di uguaglianza la Commissione ha proposto nuove norme per uniformare il riconoscimento della filiazione tra Stati membri⁸. Infatti, tale certificato europeo uniforme sarebbe volto specificamente a facilitare il riconoscimento della filiazione all'interno dell'Unione essendo rilasciato proprio per essere utilizzato in uno Stato membro diverso da quello dove avviene la nascita⁹. Il diritto dell'Unione quale interpretato dalla Corte di giustizia in materia di libera circolazione, prevede già che la filiazione accertata in uno Stato membro sia riconosciuta in tutti gli altri Stati membri per alcuni scopi: accesso al territorio, diritto di soggiorno, non discriminazione rispetto ai cittadini nazionali. Tuttavia, ciò non vale per i diritti conferiti dal diritto nazionale. La proposta regolatoria di dicembre 2022, tenendo in considerazione le conclusioni del Consiglio europeo di giugno 2022¹⁰, consentirebbe ai figli di beneficiare in situazioni transfrontaliere dei diritti derivanti dalla filiazione ai sensi del diritto nazionale, in materie quali la successione, i diritti alimentari o il diritto dei genitori di agire in qualità di rappresentanti legali del minore, per esempio per motivi di istruzione o di salute. Per essere adottata la proposta della Commissione deve essere votata all'unanimità dal Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo in applicazione della procedura legislativa speciale in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile prevista dell'art. 81, co. 3 TFUE¹¹.

2. Il quadro legislativo italiano

L'art. 1 della legge n. 40/2004 – considerando la procreazione medicalmente assistita come estrema *ratio* per la soluzione di problemi riproduttivi ed escludendo dal novero delle possibilità ogni tecnica di procreazione assistita per ovviare al pericolo di trasmissione di gravi malattie ereditarie – colloca l'Italia tra gli Stati più restrittivi

include quindi anche il diritto per ciascun genitore ad avere i documenti amministrativi necessari per gli spostamenti con il minore stesso.

⁸ La proposta è stata indicata come iniziativa cruciale nella strategia dell'UE sui diritti dei minori e nella strategia dell'UE per l'uguaglianza LGBTIQ. Il Parlamento europeo ha accolto con favore l'iniziativa della Commissione nella risoluzione sulla tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia e nella risoluzione sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE. Le conclusioni del Consiglio relative alla strategia dell'UE sui diritti dei minori sottolineano che i diritti dei minori sono universali, che ogni minore gode degli stessi diritti senza discriminazioni di alcun tipo e che l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente in tutte le azioni relative ai minori, siano esse intraprese da autorità pubbliche o da istituzioni private.

⁹ *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*, 7 dicembre 2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402 (NLE).

¹⁰ Conclusioni del Consiglio Europeo sulla 'Strategia europea sui diritti dei minori' del 9 giugno 2022, 10024/22.

¹¹ In applicazione rispettivamente del Protocollo 22 del TFUE per la Danimarca e del Protocollo 21 per l'Irlanda, tali misure non si applicano in virtù dell'*opting out* al processo d'integrazione ivi concesso.

nell'applicazione delle tecniche mediche¹² spingendo quindi gli aspiranti genitori a valutare e, forse, praticare una sorta di *forum shopping* verso ordinamenti più permissivi. Riassumendo i criteri per l'accesso alla procreazione assistita in Italia risulta che essa è preclusa: alle coppie in cui siano presenti persone età avanzata, alle coppie omosessuali, alle coppie non conviventi; inoltre, è vietata l'inseminazione *post mortem*. Tali criteri sono stati parzialmente ampliati attraverso un orientamento giurisprudenziale estensivo della Corte costituzionale che con sentenza n. 96 del 2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dalla possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico. A seguito della quale il Tribunale di Milano ha riconosciuto il diritto di una coppia portatrice di una grave patologia trasmissibile di accedere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto a carico del servizio sanitario¹³. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale estensivo del dispositivo nazionale supportato anche dalle corti di vertice del sistema europeo – la Corte Edu aveva infatti nel 2012 condannato l'Italia poiché il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili contrastava con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹⁴ – ha trovato il proprio limite espresso nella sentenza di rigetto della stessa Corte costituzionale n. 221 del 2019 che ha vietato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali femminili da ottenersi quindi attraverso la tecnica di fecondazione eterologa¹⁵.

La legge n. 40/2004 vieta poi espressamente la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surroga di maternità prevedendo anche una sanzione penale. Il legislatore nazionale è certamente libero di sanzionare penalmente, nel proprio ordinamento e tenendo conto dell'applicazione territoriale della propria normativa, quelle condotte che reputa particolarmente lesive di beni giuridici meritevoli di tutela, tuttavia la normativa italiana non potrà violare la normativa europea sovraordinata in tema di libera circolazione. La recente proposta del governo, dopo aver superato l'esame alla competente commissione parlamentare, è stata proprio recentemente approvata per la modifica dell'art. 12 della legge 40 prevedendo un ampliamento della potestà punitiva dello Stato e includendo anche quelle pratiche operate da cittadini italiani al di fuori dei confini territoriali dello Stato stesso. Sostanzialmente il reato sarà effettivamente commesso con applicazione extraterritoriale.

¹² Si consideri che la Corte costituzionale con sentenza n. 84 del 2016 ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze relativa al divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari per finalità di ricerca.

¹³ Tribunale di Milano, ordinanza del 18 aprile 2017, R.G. 58158/2014.

¹⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10.

¹⁵ La sentenza del 2019 consolida il divieto già espresso dallo stesso giudice nella sentenza n. 162 del 2014.

Infatti, fino a questa modifica legislativa la maternità surrogata praticata all'estero aveva posto problemi interpretativi ai giudici nazionali chiamando la giurisprudenza sia penale che civile a precisare i seguenti elementi:

- se sia possibile perseguire i cittadini che realizzano la maternità surrogata all'estero, in violazione della norma nazionale, ma nel rispetto della normativa straniera;

- se sia possibile perseguire tali cittadini quando chiedono in Italia la trascrizione dell'atto di nascita del minore generato mediante maternità surrogata, e quindi non per il reato già eventualmente realizzato all'estero, ma per i reati di alterazione di stato civile *ex art. 567 c.p.* e quello di false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali *ex art. 495, co. 2, n. 1 c.p.*;

- infine, se l'atto di nascita redatto all'estero, che attribuisce la genitorialità del minore generato mediante maternità surrogata alla coppia committente, sia trascrivibile in Italia nei registri dello stato civile.

Sancita la criminalizzazione nell'ordinamento italiano della maternità surrogata, senza tuttavia poter in alcun modo incidere sulla pubblicizzazione dell'offerta di tale pratica riproduttiva effettuata all'esterno, si erano sempre più sviluppati casi di contratti di maternità surrogata conclusi all'estero da cittadini italiani con conseguenze sia in sede civile che penale¹⁶. Per esempio, con riferimento al secondo punto sopra individuato, si rileva che la giurisprudenza di merito non fornisce un'interpretazione unitaria dell'art. 567 c.p. ovvero reato di alterazione di stato¹⁷. In particolare la questione attiene alla definizione del momento di formazione dell'atto di nascita stesso: la norma infatti prevede che la formazione dell'atto di nascita sia penalmente rilevante nel momento in cui avviene per false dichiarazioni, certificazioni o altre falsità. Il reato si consuma quindi al momento della formazione dell'atto originario straniero o con la sottoscrizione avanti all'ufficiale di stato civile italiano? La trascrizione nell'ordinamento italiano avanti all'ufficiale di stato civile ha natura costitutiva o meramente dichiarativa? La giurisprudenza di merito oscilla tra l'assoluzione perché l'atto non è ideologicamente falso e la dichiarazione di colpevolezza per falsa attestazione. In conclusione il ventaglio di qualificazioni giuridicamente rilevanti delle condotte in oggetto mostra in maniera evidente l'incertezza giuridica che caratterizza la materia.

Infine, con riferimento all'ultimo quesito sopra elencato, si sottolinea che fino ad oggi la Cassazione ha ritenuto che la maternità surrogata effettuata all'esterno senza violazione della *lex loci* non possa costituire un reato nemmeno nell'ordinamento italiano escludendo quindi l'applicabilità dell'art. 12, co. 6 per i fatti commessi

¹⁶ Si veda inoltre lo studio del Parlamento Europeo, *A comparative Study on the regime of surrogacy in EU Member States*, http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=IPOL-JURI_ET%282013%29474403

¹⁷ Cfr. Camera dei Deputati, XIX Legislatura, Documentazione per l'esame del progetto di legge disponibile al link <https://documenti.camera.it/Leg19/Dossier/Pdf/gi0015.Pdf>

all'estero e riconoscendo la scriminante dell'esercizio putativo del diritto¹⁸. La questione centrale da soppesare nel valutare tale questione è, a mio parere, proprio come espresso dalla Corte Edu, quale sia il nocumento che possa essere causato al bene giuridico tutelato dalla norma penale? Pare evidente che l'ampliamento di diritti non possa costituire nocumento¹⁹. La stessa Cassazione nel 2020 ha specificato che il reato di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto di maternità surrogata e col compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano²⁰.

Sul versante civilistico si rilevano altrettante difformità interpretative in sede di giudizio che determinano una grave e insoddisfacente incertezza giuridica circa lo *status* del figlio concepito e nato all'estero con pratiche di maternità surrogata. Giurisprudenza di merito, come per esempio il Tribunale di Napoli nel 2011²¹, quello di Bari poco prima²², la Corte d'Appello di Torino nel 2014²³ e infine, la Corte d'Appello di Trento nel 2017²⁴, ha valutato che la trascrizione nei registri dello stato civile non costituisse un riconoscimento improprio alla maternità surrogata vietata nell'ordinamento nazionale italiano, ma fosse il mero riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di filiazione conformemente al principio del *favor filiationis*.

3. Il divieto di trascrizione fondato sull'ordine pubblico

¹⁸ Cass. pen., V sez., sentenza n. 13525 del 10 marzo 2016. Il Tribunale di Varese in una nota pronuncia del 2014 ha non solo negato la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato *ex art. 567, co. 2 c.p.*, quando l'atto si sia validamente formato all'estero nel rispetto delle leggi del Paese dove è stata praticata la surrogazione di maternità, ma ha anche escluso il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali *ex art. 495, co. 2 c.p.*

¹⁹ Corte Edu, sentenza gemelle del 24 giugno 2014, *Labasse c. Francia*, ricorso n. 65941/11 e *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11. Nel caso Labasse, in particolare, i coniugi Labasse lamentavano, insieme alla piccola Juliette, cittadina degli USA e figlia della coppia (almeno per il diritto statunitense) nata tramite surrogazione, la violazione del loro diritto alla vita familiare *ex art. 8 Cedu*, essendo stata negata dalla Francia la trascrizione del certificato americano con cui i coniugi erano stati riconosciuti genitori della piccola Juliette. La loro figlia si ritrovava difatti in Francia in una situazione di evidente incertezza giuridica, che la privava della stessa cittadinanza francese e costringeva i genitori ad esibire l'atto di stato civile estero ogni volta che ciò si rendeva necessario, con il rischio di vedere negato l'effettivo godimento del diritto alla loro vita familiare.

²⁰ Cass. pen., sez. III, sentenza del 28 ottobre 2020, n. 5198.

²¹ Trib. Napoli del 1 luglio 2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, p. 2695.

²² Corte App. Bari del 13 febbraio 2009.

²³ Corte Cass., sentenza del 21 giugno 2016, n. 19599/2016.

²⁴ Ordinanza della Corte di Cassazione del 22 febbraio 2018, n. 4382.

Con gli atti di stato civile viene data notizia pubblica e certezza dell'esistenza di una persona fisica, del suo status e delle relative modifiche. Con gli adempimenti anagrafici ogni persona fisica viene registrata negli appositi schedari di competenza del Comune di residenza. Conformemente alle disposizioni della direttiva 2004/38/CE in materia di libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, il d. lgs. 6 febbraio 2007 sancisce la possibilità di trascrizione di atti formati all'estero dei cittadini stranieri residenti in Italia che ne facciano richiesta. L'atto straniero concernente un cittadino italiano non può essere trascritto se contrario all'ordine pubblico. Conseguentemente, si rende necessario analizzare l'interpretazione dell'istituto dell'ordine pubblico e come esso si sia modificato nel corso del tempo²⁵. Come primo rilievo, tuttavia, la casistica fortemente discordante sopra riportata delle corti di merito sottolinea come la legge n. 40/2004, principale cardine dell'impianto giuridico della maternità surrogata in Italia, abbia ampiamente dimostrato di non essere strumento giuridico idoneo a fare fronte alle complesse esigenze della società moderna per gestire un fenomeno in evidente espansione.

Sebbene l'ordine pubblico identifichi un nucleo di valori scelti discrezionalmente dal legislatore nazionale, il concetto non ha profili puramente interni poiché viene in rilievo con riferimento a fenomeni sovranazionali, originariamente tipici del solo diritto internazionale privato e, successivamente, applicabili anche al progressivo fenomeno d'integrazione europea. L'ordine pubblico interno identifica il complesso di principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico. In dottrina pertanto all'ordine pubblico strettamente interno – ovvero preposto alla difesa dei valori nazionali – si è affiancato progressivamente l'ordine pubblico internazionale volto a tutelare i valori comuni condivisi dalla comunità internazionale, come per esempio la tutela dei diritti fondamentali e tra questi evidentemente la tutela dei diritti del bambino e quello della vita familiare. Il nucleo di questi principi fondamentali che trovano quindi enunciazione nella Carta Costituzionale, ma non solo, costituiscono un completamento all'ordinamento interno per la tutela dei valori fondanti.

Analizzando la pratica della maternità surrogata risulta necessario applicare entrambe i profili dell'istituto dell'ordine pubblico: le coppie committenti, trovandosi

²⁵ Per un inquadramento sull'evoluzione dell'istituto cfr. G. BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 1105 ss. Sul limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato tra i tanti, senza pretesa di completezza, v. P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice Law Rules*, in *Recueil des cours*, 1989/V, t. 217, p. 9 ss.; F. MOSCONI, *Il limite dell'ordine pubblico nella Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 45 ss.; F. MOSCONI, *Qualche riflessione in tema d'ordine pubblico nel progetto di riforma e nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. Dir. Int. priv. e proc.*, 1992, p. 5 ss.; N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, 1974; G. SPERDUTI, *Ordine pubblico e divorzio*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, pp. 311-336; P. VALLINDAS, *La réserve de l'ordre public en droit international privé*, in *Revue hellénique du droit international*, 1950, p. 270 ss.

davanti ad una limitazione della loro autonomia privata (ordine pubblico interno), ricorrono agli accordi di maternità surrogata internazionale che vengono loro lecitamente offerti, in applicazione come già visto della libera circolazione della pubblicizzazione delle offerte sanitarie in un mondo globalizzato. Al momento del rientro, la coppia con il bambino deve però superare lo scoglio del riconoscimento affrontando quindi la questione della trascrizione e l'istituto dell'ordine pubblico internazionale che nelle recenti circolari dei Prefetti viene posto a fondamento del diniego di trascrizione. Si precisa che tale limitazione alla libera circolazione nel mercato interno e al mutuo riconoscimento degli atti giuridici formati in seno al territorio europeo è istituito a carattere assolutamente eccezionale come ampiamente precisato dalla Corte di giustizia dell'Unione per garantire il rafforzamento del processo d'integrazione europea. Con l'obiettivo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – obiettivo oggi sancito all'art. 3, par. 2, TUE – la Commissione nel 1998 sottolineava che “[...] *in materia di mantenimento dell'ordine pubblico, occorrerà disegnare progressivamente i contorni di un “ordine pubblico europeo” fondato su una valutazione degli interessi fondamentali comuni*”²⁶. L'ordine pubblico europeo ha quindi anche la funzione di preservare la coerenza del mercato interno rispetto alle autonomie discrezionali degli Stati terzi. Tuttavia, gli approfondimenti comparatistici del Parlamento europeo hanno messo ampiamente in luce come in materia di maternità surrogata non vi sia, anche all'interno dell'Unione stessa, una condivisione di valori etici tali da farli assurgere ad un'unica categoria, precisa e condivisa. L'istituto dell'ordine pubblico ben rispecchia quindi le grandi differenze e le fratture giuridiche esistenti tra gli Stati membri sottolineando quelle diversità del diritto nazionale che il diritto europeo mira ad attenuare.

La Corte di giustizia ha più volte ribadito nelle proprie pronunce come gli Stati membri non possano invocare l'istituto dell'ordine pubblico per violare i principi generali dell'Unione. Quindi il fatto che uno di tali principi afferisca anche alla categoria dell'ordine pubblico non lo sottrae alla generale applicazione del diritto europeo. Pertanto, conformemente alla giurisprudenza europea non sarà possibile per gli Stati membri operare un intervento che produca effetti discriminatori²⁷. Inoltre, uno Stato membro può invocare motivi d'interesse generale per giustificare una misura nazionale che ostacoli la libera circolazione solo quando tale misura sia conforme ai diritti fondamentali. Pare evidente che qualora lo Stato, in virtù delle proprie politiche nazionali, effettuasse tale scelta discriminatoria potrà essere eventualmente oggetto di una procedura d'infrazione *ex art. 258 TFUE* da parte della Commissione.

Si reputa che la diversa modalità di gestione degli accordi di maternità surrogata da parte degli Stati membri producano effetti restrittivi alle quattro libertà

²⁶ COM(1998) 459 def., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133080>

²⁷ Corte giust., sentenza del 5 giugno 1997, causa C-105/94, *Celestini*, in *Racc.* p. I-2971; del 26 novembre 2002, causa C- 100/01, *Olazabal*, in *Racc.* p. I-10981.

fondamentali nel mercato interno con effetti discriminatori²⁸. Se infatti la coppia è composta da un cittadino di uno Stato membro che permette o autorizza tale modalità di filiazione come per esempio l'Olanda o il Portogallo, o da un cittadino che in uno di tali Stati vi risiede stabilmente, il bambino in questo caso sarà regolarmente registrato nei registri dello stato civile potendo successivamente circolare all'interno dell'Unione in virtù della libera circolazione. Senza considerare l'ulteriore situazione di disparità derivante dal fatto che vi sono Stati membri - Belgio, Repubblica Ceca e Lussemburgo - che hanno mostrato un atteggiamento tollerante nei confronti della maternità surrogata in virtù del quale è più agevole registrare un atto di nascita di un bambino avuto tramite maternità surrogata praticata fuori dal territorio europeo.

Infine, oltre al principio di non discriminazione esistono altri due rilevanti principi di diritto che dovrebbero fare propendere per il riconoscimento: il principio del *favor filiationis* che garantisce una conservazione della progenie e il principio di conservazione della validità degli atti costituitisi all'estero. In particolare, l'ultimo principio si declina nell'Unione attraverso la pietra miliare del mutuo riconoscimento che sostiene l'instaurazione e il consolidamento della libera circolazione nel mercato interno. Proprio sulla base di tale secondo principio è stata elaborata dalla Commissione la bozza di regolamento europeo per certificare la filiazione nell'Unione di cui si è parlato nell'introduzione del presente contributo.

4. Il criterio del supremo interesse del minore sancito dal diritto europeo

Negli accordi di maternità surrogata transazionale gli interessi coinvolti non sono solo quelli dei genitori committenti e della gestante, ma anche, e si sottolinea specialmente, quelli del nascituro che vedrà coinvolti i propri diritti fondamentali, in particolare il diritto alla tutela della vita familiare e alla non discriminazione, entrambi sanciti dalla Carta. Specificità del contratto di surrogazione è proprio il coinvolgimento d'interessi di un individuo che non è ancora nato attraverso il consenso di altre parti, da una parte la donna gestante e dall'altra i genitori committenti.

Attraverso il sistema di tutela multilivello garantito ai diritti fondamentali, la giurisprudenza di Strasburgo ha elaborato il riferimento al concetto di supremo interesse del minore, peraltro già presente in fonti di natura convenzionale del diritto internazionale, con il quale procedere a un bilanciamento, caso per caso, con il limite dell'ordine pubblico²⁹. Il principio del *best interests of the child* ha subito una notevole

²⁸ Corte giust., sentenza del 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in *Racc.* p. I-6279.

²⁹ Art. 3 e 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata in Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991. Adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore il 2 settembre 1990, e attualmente vincola 193 Stati. Sebbene il principio non compaia nel testo della CEDU, è tuttavia certamente parte integrante della giurisprudenza della Corte EDU, solitamente ricondotto all'art. 8 sia in relazione alla vita familiare

evoluzione nella prassi giurisprudenziale e dottrina, passando da criterio ispiratore a principio generale della normativa internazionale³⁰. Il concetto ha infatti avuto una crescente e progressiva rilevanza autonoma con portata estensiva. Nella prassi interpretativa dei giudici nazionali tale criterio è stato utilizzato per decidere circa la cura del minore, come per esempio nel caso del diritto alla bigenitorialità. Gli interessi del minore risultano quindi prevalenti nel bilanciamento operato dai giudici rispetto all'operatività della clausola di ordine pubblico che garantirebbe l'impossibilità della trascrizione degli atti.

Questa è stata fino ad oggi l'interpretazione giurisprudenziale che, in un certo modo, consentiva l'adeguamento, nonostante l'arretratezza normativa statale, con gli orientamenti giurisprudenziali europei applicabili in materia. La lettura convenzionalmente orientata dei diritti dei minori ha spinto diversi giudici nazionali a disporre una trascrizione, almeno parziale, degli atti di nascita formati all'estero a seguito di maternità su commissione, sanando in questo modo eventuali discriminazioni del caso concreto³¹.

5. Conclusioni

Attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, l'applicazione del criterio estensivo del supremo interesse del minore nonché con l'utilizzo "improprio" dell'istituto dell'adozione in casi particolari, i giudici nazionali avevano fino ad oggi elaborato una modalità per aggirare l'ostacolo posto dal legislatore nella mancanza di riconoscimento dei diritti in materia di maternità surrogata³². Tuttavia, è evidente che diventa ora molto più complesso provare a mantenere un ampliamento dei diritti solo su base giurisprudenziale quando le indicazioni del governo sono di segno opposto.

Si reputa che il blocco alle trascrizioni dei certificati di nascita stranieri, legalmente formati in un altro ordinamento giuridico, costituisca oltre che una lesione del diritto di uguaglianza costituzionalmente garantito e sancito anche dalle fonti primarie pattizie sovraordinate, anche un grave rischio di frammentazione per le libertà fondamentali tutelate del diritto europeo, in particolare per la libera circolazione delle persone. Il presente contributo si propone quindi di operare una ricostruzione del

(*Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, 6 luglio 2010, par. 135), sia sotto il profilo della vita privata (*Mikulić c. Croazia*, 7 febbraio 2002, par. 64).

³⁰ In dottrina v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minori e giustizia*, 2011, p. 15 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Il minore e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo*, in *Iust.*, 1997, p. 361 ss..

³¹ R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2016, p. 5 ss.

³² Trib. Min. Roma. del 21 marzo 2016; Cass. civ., sez. I, del 30 settembre 2016, n. 19599, in www.articolo29.it, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*. Cfr. anche Corte App. Napoli del 13 marzo 2015.

quadro normativo e giurisprudenziale applicabile al tema della maternità surrogata, nonché di svolgere una riflessione e una distinzione tra le questioni strettamente correlate con la pratica della maternità surrogata e quelle, distinte seppure connesse, derivanti dal riconoscimento fin dalla nascita dei figli di coppie omosessuali. A mio avviso in tema di maternità surrogata la questione da porsi inoltre non può essere limitata alla scelta di come disciplinarla internamente a ciascuno Stato europeo l'istituto quanto piuttosto a come valutare le condotte transazionali poste in essere in tutti i quei casi in cui la maternità si è correttamente formalizzata in uno Stato terzo, magari proprio attraverso un contratto lecitamente disciplinato dall'ordinamento straniero. Solo in tale luce potrà anche essere valutata la questione della pubblicità, in un modo globalizzato, di una pratica lecita o vietata, ma esistente e relativamente diffusa. La prospettiva europea, in applicazione delle norme sulla libera circolazione nel mercato interno dell'Unione, ha ormai aperto la porta a possibilità che erano prima precluse ai cittadini in applicazione del mero diritto interno.