



Papers di  
**DIRITTO  
EUROPEO**

[www.papersdidirittoeuropeo.eu](http://www.papersdidirittoeuropeo.eu)  
ISSN 2038-0461

2023, n. 2

DIRETTORE RESPONSABILE

**Maria Caterina Baruffi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

**Francesco Bestagno** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

**Adelina Adinolfi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).  
*Segretario:* **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

**Stefano Amadeo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Ordinario di Diritto internazionale, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

**Diletta Danieli** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

**Isolde Quadranti** (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

## **Fascicolo 2023, n. 2**

### **INDICE**

Stefano Armellini, Bruno Barel <i>La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere</i>	1
Ruggiero Cafari Panico <i>L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica</i>	41
Giovanna Ligugnana <i>Agenzie europee, reti e tutela dell'ambiente</i>	95
Danijela Vrbljanac <i>Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes in Croatian courts: an assessment after nearly five years of application</i>	119
Michele Migliori <i>Alcune riflessioni a margine della sentenza Unilever Italia, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?</i>	141
Relazioni a convegni	
Ruggiero Cafari Panico <i>Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi</i>	159



# La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello *status filiationis* in situazioni transfrontaliere

Stefano Armellini\*, Bruno Barel\*\*

**SOMMARIO:** 1. La proposta di regolamento contenente norme uniformi di diritto internazionale privato in materia di filiazione e l'obiettivo del riconoscimento dello *status filiationis*. – 2. Oggetto e ambito di applicazione. – 3. Legge applicabile. – 4. *Segue*. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica della maternità surrogata. – 5. *Segue*. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica dei bambini con due madri. – 6. Il ricorso alla clausola di ordine pubblico. – 7. *Segue*. Le osservazioni critiche alla proposta da parte della Commissione politiche europee del Senato italiano. – 8. Le circolari attuative degli orientamenti giurisprudenziali in tema di maternità surrogata e di bambini con due madri.

## 1. La proposta di regolamento contenente norme uniformi di diritto internazionale privato in materia di filiazione e l'obiettivo del riconoscimento dello *status filiationis*.

In data 7 dicembre 2022, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento recante norme di diritto internazionale privato uniformi in materia di filiazione<sup>1</sup>.

La proposta intende disciplinare tutti i profili internazionalprivatistici della filiazione – giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento delle decisioni e accettazione degli atti pubblici – e inoltre istituire un certificato europeo di filiazione. In questa sede ci occuperemo delle disposizioni sulla legge applicabile, delle ragioni che le

---

\* Avvocato, Foro di Padova; Docente di diritto internazionale privato, Scuola di specializzazione delle professioni legali dell'Università di Padova e delle Università di Verona e Trento.

\*\* Avvocato, Foro di Treviso; Professore associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Padova.

<sup>1</sup> Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, [COM\(2022\) 695 final](#) del 7 dicembre 2022. Sulla proposta di regolamento, cfr. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 535-549; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023, reperibile [online](#), L. CARPANETO, *Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo*, in *Aldricus*, 9 gennaio 2023, reperibile [online](#).

hanno ispirate e della ricaduta che esse avrebbero, allo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale – sul problema del riconoscimento – e quindi della continuità – dello status *filiationis*, con un focus particolare sui casi in cui esso deriva da situazioni come la surrogazione di maternità e la pratica dei bambini con due madri, che non sono ammessi in tutti gli Stati; in un prossimo numero della rivista tratteremo invece della giurisdizione, del riconoscimento delle decisioni e accettazione degli atti pubblici, e del certificato europeo di filiazione.

L'obiettivo principale della proposta è il riconoscimento dello *status filiationis*<sup>2</sup> in tutti gli Stati dell'Unione «indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato o dal tipo di famiglia da cui proviene o dalla cittadinanza sua e dei suoi genitori»<sup>3</sup>.

I problemi di riconoscimento dello *status* in situazioni transfrontaliere<sup>4</sup> sorgono perché in ambito europeo non esistono nozioni uniformi di filiazione (così come degli altri istituti familiari)<sup>5</sup>.

Questa disarmonia corrisponde ad una precisa scelta politica poiché l'Unione europea non dispone di competenze specifiche per adottare atti in materia di diritto di famiglia quanto alla disciplina sostanziale.

L'assenza di nozioni uniformi è apparsa evidente fin dai primi interventi normativi che hanno cominciato ad interferire con il settore della famiglia – in materia di libera circolazione e sicurezza sociale dei lavoratori, di statuto dei funzionari, di immigrazione e asilo – in quanto da essa dipendeva la mutevolezza dei presupposti per l'applicazione di norme materiali comunitarie così come la necessità di ricavare di volta

---

<sup>2</sup> Come vedremo, se la filiazione deriva da un provvedimento giudiziale il riconoscimento riguarda solo la filiazione accertata in uno Stato dell'Unione ma se invece dipende dalla legge applicabile, in considerazione del carattere *erga omnes* delle norme di conflitto (su cui v. *infra*, par. 3), è esteso anche alla filiazione costituita in base alla legge di uno Stato extra UE.

<sup>3</sup> Cfr. la relazione della Commissione alla proposta di regolamento, COM(2022) 695 final, cit., par. 1, 3 e 5, 12 ss. su cui v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 537. In essa (par. 1.1) viene precisato che sono circa due milioni le persone la cui filiazione, accertata in uno Stato dell'Unione, non è riconosciuta in un altro Stato.

<sup>4</sup> Sul tema della circolazione degli *status*, v. M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 347-379, reperibile [online](#); F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; S. MARINO, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, pp. 173-187, reperibile [online](#); F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours, Collected courses of the Hague Academy of International Law*, t. 395, 2019; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 49-88.

<sup>5</sup> Sul tema v. L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 47-90, spec. p. 48.

in volta le nozioni dagli ordinamenti interni, con il solo limite del rispetto dei diritti fondamentali<sup>6</sup>.

La situazione è cambiata nel 1997 col Trattato di Amsterdam che ha attribuito alla Comunità – ora Unione – europea nuove competenze in materia di conflitti di leggi e di giurisdizioni. Ne sono seguiti programmi pluriennali di intervento, prima su impulso del Consiglio europeo di Tampere del 1999 e poi con il programma dell’Aja per il «rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea»<sup>7</sup>, e vari regolamenti di unificazione, dapprima dedicati ai profili processuali relativi a competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni<sup>8</sup>, estesi poi ai conflitti di legge.

Molti sono stati gli interventi normativi dell’Unione: il regolamento n. 1347/2000<sup>9</sup> (c.d. Bruxelles II), sul riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, poi sostituito dal regolamento n. 2201/2003<sup>10</sup> (c.d. Bruxelles II *bis*) che ne ha ampliato l’ambito di applicazione ed è stato poi a sua volta sostituito dal regolamento 2019/1111<sup>11</sup> (c.d. Bruxelles II *ter*); il regolamento n. 4/2009<sup>12</sup> su legge applicabile, giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e cooperazione in materia di obbligazioni alimentari nella famiglia; il regolamento n. 1259/2010<sup>13</sup> sulla cooperazione rafforzata nel settore della

---

<sup>6</sup> Varie decisioni giurisprudenziali in applicazione della normativa in materia di occupazione, condizioni di lavoro e assegni di famiglia dei funzionari hanno infatti stabilito che la competenza in materia di *status* familiari appartiene al legislatore nazionale salvo il rispetto del principio di non discriminazione da valutarsi in relazione alla concreta situazione di fatto (cfr. Corte di giustizia, sentenze del 1° aprile 2008, [causa C-267/06, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen](#), EU:C:2008:179, e del 10 maggio 2011, [causa C-147/08, Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg](#), EU:C:2011:286, per le quali si rinvia a F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso: livello “federale” e livello statale in Europa e negli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 301-304).

<sup>7</sup> [Programma dell’Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea](#), 3 marzo 2005.

<sup>8</sup> Il Consiglio europeo di Tampere del 1999 aveva infatti invitato il Consiglio e la Commissione ad adottare misure anche per affermare il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia civile.

<sup>9</sup> [Regolamento \(CE\) n. 1347/2000](#) del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi.

<sup>10</sup> [Regolamento \(CE\) n. 2201/2003](#) del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

<sup>11</sup> [Regolamento \(UE\) 2019/1111](#) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

<sup>12</sup> [Regolamento \(CE\) n. 4/2009](#) del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

<sup>13</sup> [Regolamento \(UE\) n. 1259/2010](#) del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. Roma III); il regolamento 2016/1103<sup>14</sup> che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; il regolamento 2016/1104<sup>15</sup> che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

L'insieme di questa disciplina segna un processo di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri anche nella materia familiare ma circoscritto ai conflitti di leggi e di giurisdizioni e al riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici: l'obiettivo era infatti garantire i diritti dei singoli all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre la disciplina materiale restava riservata alle diverse tradizioni giuridiche e culturali degli Stati membri.

Questa visione del legislatore è manifesta nel penultimo periodo del par. 3.4.2 del programma dell'Aja: «[g]li strumenti in questi settori dovrebbero essere messi a punto entro il 2011 e dovrebbero contemplare questioni di diritto privato internazionale e non dovrebbero essere basati sui concetti armonizzati di “famiglia”, “matrimonio”, o altri. Si dovrebbero varare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di accompagnamento, qualora fosse necessario per procedere al reciproco riconoscimento delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile». Ed infatti il momento dell'accertamento della filiazione, che pure costituisce il presupposto per l'applicazione di quelli tra i citati regolamenti che si occupano anche di filiazione, resta escluso dal loro ambito di applicazione.

Il diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere è ricompreso invece nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, ai sensi dell'art. 4, lett. j, TFUE, rientra tra le competenze concorrenti; ed infatti i regolamenti di armonizzazione in materia di famiglia, così come la proposta di regolamento in commento, sono stati adottati sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE il quale attribuisce all'Unione la competenza ad intervenire solo per regolare aspetti del diritto di famiglia di carattere transnazionale.

L'art. 81, par. 2 stabilisce che, in linea generale, le misure di unificazione del diritto internazionale privato sono adottate dal Parlamento e dal Consiglio su proposta della Commissione, così come previsto dalla procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE; l'art. 81, par. 3 ha però cura di precisare che le misure in materia di

---

<sup>14</sup> [Regolamento \(UE\) 2016/1103](#) del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

<sup>15</sup> [Regolamento \(UE\) 2016/1104](#) del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.



diritto di famiglia sono deliberate all'unanimità dal Consiglio (cui quindi è attribuito il ruolo di legislatore principale) previa (mera) consultazione del Parlamento europeo<sup>16</sup>.

Sussiste così un ulteriore limite al processo di armonizzazione nella materia familiare, oltre a quello del perimetro circoscritto ai profili processuali transnazionali, rappresentato dalla necessità di consenso politico unanime.

Quando non sia possibile deliberare all'unanimità, come è praticamente certo accadrà anche per la proposta di regolamento in commento, non resta che la possibilità di ricorrere alla cooperazione rafforzata ove si raggiunga perlomeno un ampio consenso fra gli Stati membri.

Si determina così una situazione anomala e piuttosto complessa, per la quale la normativa armonizzata deve necessariamente avvalersi – già per la determinazione del proprio ambito di applicazione e poi anche per la disciplina degli aspetti internazionalprivatistici delle materie regolate – di nozioni fondamentali del diritto di famiglia, a partire da matrimonio e filiazione, che essa non può definire in modo autonomo e univoco ma deve ricavare mediante rinvio, volta a volta, a questo o quell'ordinamento degli Stati membri<sup>17</sup>.

La necessità di rinvio agli ordinamenti nazionali non ha creato difficoltà insormontabili fino a quando sussisteva fra di loro una sostanziale omogeneità, dovuta ad una comune tradizione culturale e giuridica e ad un conforme assetto sociale.

Negli ultimi anni, però, gli istituti familiari hanno subito importanti cambiamenti, non solo in Italia ma ancor prima in molti altri Stati dell'Unione europea, e gli ordinamenti statali sono andati perdendo omogeneità e differenziandosi in maniera molto significativa. È accaduto così che, accanto a paesi rimasti a lungo ancorati al

---

<sup>16</sup> Sulla procedura delineata dall'art. 81 TFUE cfr. R. BARATTA, *Art. 81*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, pp. 859-865. Ai sensi dell'art. 81, par. 3, comma 2, TFUE, in materia di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali il Consiglio delibera all'unanimità ma è sufficiente l'opposizione di un parlamento nazionale entro sei mesi dal ricevimento della proposta di decisione per impedire che la stessa venga adottata. È stato correttamente osservato che questo sistema mira a proteggere l'identità giuridica degli ordinamenti nazionali: M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 541.

<sup>17</sup> F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *I matrimoni tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 301. Autorevole dottrina ha osservato che «in moltissimi settori della vita giuridica non è stata attribuita alla Comunità alcuna competenza normativa e dunque vi sono norme di conflitto di origine comunitaria senza le corrispondenti norme materiali. Di conseguenza, mentre in alcuni ambiti esistono norme nazionali armonizzate secondo modelli di fonte comunitaria, che si inseriscono e si integrano nella normativa interna, in altri invece non ci sono ancora norme armonizzate e probabilmente non ci saranno ancora per molto tempo». La mancanza di nozioni uniformi non deve stupire perché il diritto internazionale privato «si è sviluppato allo scopo di fornire una soluzione a casi con elementi di estraneità, che presentano punti di contatto con più Stati, i quali hanno norme sostanziali diverse. L'armonizzazione delle norme materiali nazionali non è mai stata ritenuta necessaria né richiesta per l'adozione di norme nazionali di diritto internazionale privato, e si è invece sviluppata in alcuni settori attraverso convenzioni internazionali e leggi modello» (S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., pp. 153-174, spec. pp. 157-158).

tradizionale matrimonio eterosessuale come unica forma di unione familiare legalmente riconosciuta, altri si sono aperti rapidamente ad altre forme di unione interpersonale, come la convivenza e le unioni civili, spesso accessibili alle coppie omosessuali, mentre altri ancora hanno esteso anche il matrimonio alle coppie *same-sex*.

In questo contesto, era inevitabile che divenisse problematica anche la nozione di filiazione, tanto più a seguito dell'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) che hanno consentito di costituire un rapporto di filiazione per via diversa da quella naturale, e talvolta anche con l'intervento di persone estranee alla coppia, come accade con i contratti di maternità surrogata.

In una situazione così frammentata, il rinvio agli ordinamenti nazionali per la definizione degli istituti familiari, se da un lato ha favorito l'emersione, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di una nozione di famiglia a geometria variabile a seconda dello Stato interessato, dall'altro, ha creato problemi di circolazione delle persone con continuità dello *status* nelle vicende transfrontaliere.

Inizialmente, i problemi hanno riguardato il matrimonio omosessuale, che è stato il primo istituto familiare a cambiare radicalmente la sua configurazione tradizionale in alcuni Stati membri.

Accadeva così che due persone che avevano contratto matrimonio *same-sex* in un paese che lo ammetteva non si vedessero riconosciuto lo *status* quando, usufruendo della libertà di circolazione e di soggiorno, si trasferivano in un altro paese dove l'istituto non solo non era contemplato ma talvolta era anche considerato contrario all'ordine pubblico<sup>18</sup>.

Attualmente, per il matrimonio omosessuale i problemi di riconoscimento possono considerarsi superati dato che la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), a partire dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010<sup>19</sup>, ha chiarito che anche il matrimonio omosessuale è espressione del diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), letto alla luce dell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e che pertanto «il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU non deve più essere limitato al matrimonio tra persone di

---

<sup>18</sup> Ciò è quanto è accaduto per un periodo in Italia dove la [circolare del 26 marzo 2001, n. 2](#) del Ministero dell'interno, ribadita dalla [circolare 18 ottobre 2007, n. 55](#), aveva stabilito che non è trascrivibile, per contrarietà all'ordine pubblico, il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali di cui uno italiano. In una prima fase la giurisprudenza di merito (Tribunale di Latina, [decreto del 10 giugno 2005](#), confermato da Corte d'appello di Roma, [decreto del 13 luglio 2006](#)) aveva negato la trascrizione in Italia di un matrimonio omosessuale di due cittadini italiani celebrato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 del [decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#) (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) in quanto mancava quello che all'epoca era ritenuto un requisito essenziale per la configurabilità del matrimonio costituito dalla diversità di sesso tra gli sposi.

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 giugno 2010, [ricorso n. 30141/04](#), *Schalk e Kopf c. Austria*.

sesto opposto». Ciò non comporta che gli Stati siano tenuti a riconoscere nei propri ordinamenti quel diritto, bensì che non possano discriminare le coppie omosessuali una volta che si siano legalmente costituite in uno Stato che lo consenta.

Per evitare la discriminazione l'Italia, con la legge 20 maggio 2016, n. 76<sup>20</sup> (c.d. legge Cirinnà), ha previsto e disciplinato il nuovo istituto della unione civile come forma di convivenza regolamentata riservata alle coppie omosessuali. In Italia, pertanto, le coppie omosessuali hanno accesso a questo istituto, parificato quasi completamente al matrimonio.

Per quanto riguarda il diverso problema del riconoscimento dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero in un paese che li ammette, l'art. 1, lett. a, del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7<sup>21</sup> attuativo della legge Cirinnà ha introdotto nella legge 31 maggio 1995, n. 218<sup>22</sup> una nuova disposizione speciale di diritto internazionale privato: l'art. 32 *bis* disciplina ora il riconoscimento in Italia del matrimonio omosessuale contratto da italiani all'estero, stabilendo che esso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana, operando così quella che è stata definita in dottrina come *downgrade recognition*.

Resta il dubbio sul trattamento da riservare ai matrimoni omosessuali stranieri, non presi in considerazione dalla nuova disposizione. La Corte di giustizia ha chiarito che il mancato riconoscimento, in uno Stato dell'Unione, dei matrimoni omosessuali celebrati in un altro Stato membro, violerebbe le norme eurounionali sulla libertà di circolazione e soggiorno. La sentenza *Coman e a.*<sup>23</sup> ha infatti stabilito che il rifiuto della Romania (dove il matrimonio omosessuale non è ammesso) di riconoscere il matrimonio omosessuale celebrato da un cittadino rumeno all'estero con un cittadino di uno Stato terzo, al fine della concessione del diritto di soggiorno, è contrario al principio di libera circolazione delle persone sancito dall'art. 21 TFUE nonché al diritto al ricongiungimento dei familiari (in cui rientra anche il coniuge *same-sex*) riconosciuto dalla direttiva 2004/38<sup>24</sup>.

È vero che la sentenza *Coman* ha imposto di riconoscere lo *status* derivante dal matrimonio *same-sex* anche in uno Stato che non ammette tale forma di matrimonio

---

<sup>20</sup> [Legge 20 maggio 2016, n. 76](#), Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

<sup>21</sup> [Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7](#), Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76.

<sup>22</sup> [Legge 31 maggio 1995, n. 218](#), Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

<sup>23</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 5 giugno 2018, [causa C-673/16](#), EU:C:2018:385, su cui v. U. BELAVUSAU, D. KOCHENOV, *Same-sex spouses: More free movement, but what about marriage? Coman*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 227-242.

<sup>24</sup> [Direttiva 2004/38/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

solo nella misura in cui ciò pregiudichi i diritti di circolazione e soggiorno nell'Unione discendenti dalla cittadinanza europea, e non anche ad altri fini, per esempio in materia di affidamento, obbligazioni alimentari e successioni<sup>25</sup>. Riteniamo tuttavia che il principio della continuità dello *status* non possa non avere una portata più ampia e generale: dopo la citata sentenza *Schalk e Kopf* della Corte EDU, secondo la quale il matrimonio *same-sex* è espressione del diritto di sposarsi riconosciuto dall'art. 12 CEDU, il mancato riconoscimento di un matrimonio *same-sex* celebrato all'estero in uno Stato aderente alla CEDU, a qualsiasi fine, comporterebbe la violazione della Convenzione.

In Italia, tale soluzione è avallata implicitamente anche dalla legge Cirinnà. Infatti, la circostanza che essa abbia precisato che solo il matrimonio omosessuale degli italiani all'estero è sottoposto a *downgrade recognition* lascia intendere che i matrimoni omosessuali stranieri possono godere del pieno e automatico riconoscimento in Italia.

Una questione diversa si pone con riguardo al riconoscimento dello *status filiationis*.

È proprio in questa materia, infatti, che si registrano le maggiori difformità tra le legislazioni dei vari Stati, dato che negli ultimi tempi è divenuto possibile ciò che fino ad un recente passato non era neanche immaginabile, cioè la costituzione di un rapporto di filiazione anche da parte di chi non è genitore biologico.

Mentre per creare l'istituto del matrimonio omosessuale è stata sufficiente «solo» una modifica legislativa, le nuove forme di filiazione sono collegate e dipendenti dalle più recenti scoperte dell'ingegneria genetica.

Una forma di filiazione diversa da quella biologica tradizionalmente conosciuta ha infatti cominciato ad affermarsi quando sono state perfezionate le moderne tecniche di fecondazione artificiale eterologa, che consentono di dare luogo alla filiazione utilizzando i gameti di un donatore esterno alla coppia. Queste tecniche consentono non solo di realizzare la filiazione da parte di coppie eterosessuali sterili, dando luogo ad una situazione che dopo qualche iniziale incertezza è ora pienamente accettata a livello sociale e giuridico, ma anche di creare un rapporto di filiazione sulla base di una assunzione di responsabilità in due situazioni in ordine alle quali la coscienza sociale è invece divisa: all'interno di una coppia di donne, delle quali l'una partorisce e l'altra dichiara di condividere il progetto di procreazione (bambini con due madri); e all'interno di una coppia, etero o anche omosessuale, che ricorre ad una gestante estranea (maternità surrogata).

Si tratta di pratiche utilizzate anche dalle coppie omosessuali (nel caso di bambini con due madri, solo dalle coppie omosessuali) per le quali esse costituiscono l'unico modo per realizzare un rapporto di filiazione di coppia. Per questo motivo la

---

<sup>25</sup> D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., pp. 2-3.

Commissione europea ha inserito la proposta di regolamento in commento all'interno della strategia per l'uguaglianza LGBTIQ<sup>26</sup>.

Tuttavia, poiché non tutti gli Stati ammettono le ultime due tipologie di situazioni, gli interessati hanno cercato di conseguire il loro obiettivo nello Stato che offre la legislazione più favorevole incontrando però ostacoli per quanto riguarda il riconoscimento – e quindi la continuità – dello *status* negli Stati che non ammettono questo tipo di filiazione<sup>27</sup>.

Con riferimento alla tematica dei bambini con due madri la questione è stata portata anche all'attenzione della Corte di giustizia la quale, come vedremo nel prosieguo<sup>28</sup>, nella sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*<sup>29</sup>, ha stabilito che l'atto di nascita di un bambino con due madri, formato in un paese che ammette tale tipo di filiazione, deve essere riconosciuto anche negli altri Stati dell'Unione.

Tuttavia, anche la sentenza *V.M.A.*, allo stesso modo della citata sentenza *Coman* con riguardo al matrimonio omosessuale, non ha portata generale, in quanto impone il riconoscimento dello *status filiationis* riportato nell'atto di nascita nella misura in cui sia necessario per l'esercizio della libertà di circolazione, e non anche in altre situazioni in cui potrebbe venire in considerazione (per esempio, in una causa successoria, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari): in sostanza, un conto è riconoscere lo *status* al fine del rilascio della carta d'identità che consente di circolare, altro conto è trascrivere un atto di nascita o provvedimento straniero da cui risulta il rapporto di filiazione.

Nei paragrafi successivi si vedrà che la proposta di regolamento in esame interviene in questo scenario con l'obiettivo, perseguito in particolare con la disciplina di conflitto, di generalizzare il riconoscimento dello *status filiationis*, anche se derivante dalla pratica dei bambini con due madri o da surrogazione di maternità, e di ammetterlo per tutti i possibili effetti rilevanti, esemplificati dal considerando 11 (diritto al nome,

---

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, [COM\(2020\) 698 final](#) del 12 novembre 2020. In questa prospettiva la proposta, distaccandosi dalla neutralità dei precedenti regolamenti sull'uniformità del diritto internazionale privato rispetto alle tematiche sensibili, appare frutto di un determinato indirizzo politico e, conseguentemente, esprimere una certa «politicizzazione della tematica» che potrebbe rendere più difficile l'approvazione del regolamento. Sul punto cfr. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *SIDIBlog*, 3 aprile 2023, reperibile [online](#), p. 1.

<sup>27</sup> Sul tema v. M. C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 539 ss.

<sup>28</sup> V. *infra*, par. 5.

<sup>29</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 dicembre 2021, [causa C-490/20](#), EU:C:2021:1008, su cui vedi M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 541 s.; EAD., *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 1093-1103; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 2. Come vedremo *infra*, par. 6, l'art. 2, par. 1 della proposta di regolamento fa espressamente salvi i principi affermati da questa sentenza confermando che la clausola di ordine pubblico non può essere invocata per negare il riconoscimento dello *status filiationis* nei casi in cui esso è funzionale all'esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno.

alla cittadinanza, obblighi alimentari, successioni, responsabilità genitoriale, rappresentanza legale, etc.) in modo da consentire ai genitori e al figlio di esercitare pienamente i diritti e gli obblighi che discendono dallo *status*. Vedremo anche che per questo motivo la proposta non incontra il favore degli Stati contrari alle nuove forme di filiazione diversa da quella naturale (la contrarietà si verifica soprattutto rispetto alla surrogazione di maternità).

## **2. Oggetto e ambito di applicazione.**

Il capo I della proposta di regolamento in commento ne definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione e detta alcune importanti definizioni che dovrebbero garantirne l'uniformità di interpretazione.

L'oggetto è costituito dalla disciplina di tutti i profili internazionalprivatistici (giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento) della filiazione transfrontaliera oltre che dall'istituzione di un certificato europeo di filiazione (art. 1).

L'art. 2 delinea i rapporti con alcuni altri atti dell'Unione che, in astratto, presentano profili di interferenza con la materia regolata dalla proposta.

L'art. 2, par. 1 precisa che esso lascia impregiudicati i diritti che derivano dalla libertà di circolazione ai sensi delle norme europee (in particolare, la richiamata direttiva 2004/38). Ciò significa che la prova dei rapporti familiari che costituiscono il presupposto per il godimento di tali diritti può essere data con qualsiasi mezzo e non necessariamente con gli strumenti contemplati dalla proposta di regolamento. Il secondo periodo dell'art. 2, par. 1 chiarisce che resta fermo il limite posto alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico per escludere il rapporto di filiazione nei casi in cui gli Stati sono tenuti a riconoscere un documento che accerta tale rapporto per garantire la libertà di circolazione alla stregua di quanto chiarito dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *V.M.A.* del 2021.

L'art. 2, par. 2 delinea invece i rapporti tra il futuro regolamento e il regolamento 2016/1191<sup>30</sup> sul riconoscimento degli atti pubblici.

Per comprendere il senso di tale disposizione va considerato che il riconoscimento degli *status* va di pari passo con quello degli atti di stato civile che documentano le principali vicende relative alla persona: la nascita, la morte, la cittadinanza, il nome e i rapporti di filiazione e di coniugio. La circolazione degli atti di stato civile è stata a sua volta oggetto di numerosi interventi, tra cui grande importanza assume l'adozione del regolamento 2016/1191 sulla circolazione degli atti pubblici.

---

<sup>30</sup> [Regolamento \(UE\) 2016/1191](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

Tale regolamento prevede un sistema semplificato per il riconoscimento degli atti di stato civile e delle certificazioni rilasciati dalle autorità degli Stati membri ma (a differenza di quanto prevede la proposta di regolamento in commento) non disciplina il riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto di questi atti (art. 2, par. 4) e quindi non obbliga uno Stato membro a riconoscere situazioni giuridiche venute ad esistenza all'estero e non contemplate in tale Stato (come potrebbero essere un matrimonio omosessuale, ad esempio, o un rapporto di filiazione non biologica).

In definitiva, la proposta di regolamento in commento costituisce uno strumento diverso dal regolamento 2016/1191 in quanto quest'ultimo concerne solo l'autenticità degli atti pubblici, non il riconoscimento delle situazioni che ne costituiscono oggetto.

Ed infatti, l'art. 2, par. 2 della proposta chiarisce che non è pregiudicato il regolamento 2016/1191: ciò significa che tale regolamento continuerà ad applicarsi per quanto riguarda il riconoscimento (cioè in sostanza l'autenticità<sup>31</sup>) degli atti di stato civile e delle certificazioni rilasciati dalle autorità degli Stati membri mentre il futuro regolamento dovrebbe applicarsi anche al riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto di questi atti.

L'art. 3 scolpisce poi l'ambito di applicazione della proposta di regolamento in commento.

La disposizione di cui all'art. 3, par. 1 conferma quanto chiarito in precedenza<sup>32</sup>, cioè che il futuro regolamento si applicherà alla materia della filiazione solo in situazioni transfrontaliere.

L'art. 3, par. 2 contiene invece una sorta di *actio finium regundorum* tra la materia disciplinata dalla proposta di regolamento, cioè, come si è detto, la disciplina civile della filiazione in situazioni transfrontaliere, e la materia oggetto di altri regolamenti in materia di famiglia stabilendo che sono esclusi dal suo ambito di applicazione: il riconoscimento del matrimonio e dei rapporti comparabili, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari e le successioni, nonché altre materie regolate da specifiche convenzioni internazionali, come l'adozione internazionale e i trust e altre che invece restano di competenza degli Stati membri, come la capacità giuridica delle persone fisiche, l'emancipazione e la cittadinanza.

La disposizione di cui all'art. 3, par. 3, infine, precisa che le norme sul riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici che riconoscono la filiazione e l'accettazione degli atti pubblici che la comprovano si applicano solo agli atti redatti o registrati in uno Stato UE, non a quelli provenienti da uno Stato terzo. Questa limitazione opera anche in tutti gli altri regolamenti sull'unificazione del diritto internazionale privato ed è ovvia visto che il riconoscimento delle decisioni e

---

<sup>31</sup> D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 3.

<sup>32</sup> V. *supra*, par. 1.

l'accettazione degli atti pubblici si fondano su un procedimento semplificato che si giustifica per il rapporto di fiducia che esiste tra gli Stati dell'UE (o, in caso di approvazione mediante la procedura di cooperazione rafforzata, tra gli Stati partecipanti al regolamento).

### **3. Legge applicabile.**

Il punto centrale della proposta in commento è quello relativo alla legge applicabile, disciplinata nel capo III. Sono infatti le disposizioni sulla legge applicabile ad essere configurate in modo da conseguire l'obiettivo del futuro regolamento di garantire il riconoscimento – e con esso la continuità – dello *status filiationis*.

I criteri di collegamento sono indicati dall'art. 17 che rimanda, in prima battuta, alla legge dello Stato di residenza abituale della donna che ha partorito, al momento della nascita, e solo in subordine, nell'ipotesi (verosimilmente rara) che non sia possibile accertare lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito (ad esempio perché si tratti di persona rifugiata o sfollata), alla legge dello Stato di nascita del figlio.

Per favorire la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori, l'art. 17, par. 2 stabilisce che «se la legge applicabile ai sensi del paragrafo 1 permette di accertare la filiazione per un solo genitore, all'accertamento della filiazione per il secondo genitore può applicarsi la legge dello Stato di cittadinanza del primo o del secondo genitore oppure la legge dello Stato di nascita del figlio». Con questa disposizione la proposta di regolamento fa applicazione del metodo delle considerazioni materiali<sup>33</sup> introducendo una serie di criteri di collegamento in concorso alternativo fra loro, con l'indicazione che la scelta deve ricadere su quello in grado (o meglio in grado) di realizzare il risultato auspicato dal legislatore, che consiste nel garantire lo stabilimento della filiazione rispetto ad entrambi i genitori.

Lo stabilimento della filiazione viene garantito anche dall'art. 19, il quale ha cura di precisare che «una successiva modifica della legge applicabile lascia impregiudicata la filiazione già accertata in uno Stato membro in conformità del presente regolamento».

Ai sensi dell'art. 18 la legge designata dalle norme di conflitto va applicata senza rinvio, cioè con riferimento alle norme materiali e non a quelle di diritto internazionale privato dello Stato designato: le leggi designate saranno quindi le stesse per tutti gli Stati dell'Unione (o di quelli partecipanti al futuro regolamento), indipendentemente da quello dal cui punto di vista ci si pone per esaminare il caso.

---

<sup>33</sup> B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, XVIII ed., Milano, 2023, pp. 32-33.



L'art. 16 stabilisce che il nuovo regolamento avrà carattere universale (*erga omnes*) in quanto si applica anche ove la legge designata dai criteri di collegamento non sia quella di uno Stato membro. Questa espressione definisce il concetto a valle. A monte, ciò significa che il regolamento sulla filiazione sarà applicabile anche se la fattispecie presenta con uno Stato terzo le connessioni rilevanti come criteri di collegamento per la designazione della legge applicabile. In altre parole, si tratta di una legge uniforme di diritto internazionale privato idonea a sostituire, nella materia da essa contemplata, le norme di diritto internazionale privato vigenti nei singoli Stati contraenti<sup>34</sup>.

L'applicazione della legge designata dalle norme di conflitto può essere inibita se essa risulta contraria all'ordine pubblico del foro, ma – come accade in tutti gli altri regolamenti di armonizzazione del diritto internazionale privato – il ricorso alla clausola di ordine pubblico costituisce un'*extrema ratio*, sia perché si richiede che la violazione sia manifesta sia perché essa deve comunque essere applicata «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione» (art. 22, par. 2). La questione dell'ordine pubblico è molto importante per comprendere le ragioni per cui la proposta di regolamento non incontra il favore di alcuni Stati, tra cui l'Italia, e verrà pertanto ulteriormente approfondita<sup>35</sup>.

L'art. 18 delinea l'ambito della legge applicabile che non concerne solo le procedure di accertamento o contestazione della filiazione (lett. *a*) ma anche gli effetti giuridici vincolanti e/o l'efficacia probatoria degli atti pubblici (lett. *b*), la legittimazione ad agire in giudizio nelle cause di filiazione (lett. *c*) e i termini per accertare o contestare la filiazione (lett. *d*).

L'art. 23 regola il caso che la legge designata dai criteri di collegamento sia inserita nell'ambito di un ordinamento plurilegislativo che si compone di più unità territoriali e stabilisce che l'unità territoriale competente si determina in base alle norme interne sui conflitti di legge o, in mancanza, riferendo i criteri di collegamento alle unità territoriali di cui l'ordinamento si compone<sup>36</sup>.

Si è già detto<sup>37</sup> che lo scopo della proposta di regolamento in esame è quello di garantire la continuità e quindi la circolazione dello *status filiationis* acquisito nello Stato di nascita del bambino onde evitare che la difformità delle legislazioni in materia

---

<sup>34</sup> Molte delle convenzioni e dei regolamenti di unificazione del diritto internazionale privato in tema di legge applicabile hanno carattere universale: cfr. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 279.

<sup>35</sup> V. *infra*, par. 6.

<sup>36</sup> Con la precisazione (art. 23, par. 3) che il regolamento non si applica per risolvere i conflitti di legge tra le diverse unità territoriali di uno Stato che avessero normative diverse in materia di filiazione.

<sup>37</sup> V. *supra*, par. 1.

di filiazione dia luogo alla costituzione di situazioni claudicanti, riconosciute cioè nel paese dove esse vengono ad esistenza e non in quelli dove la persona si trasferisce.

Ora vedremo che in effetti il riconoscimento è previsto indipendentemente dal modo con cui la filiazione è stata costituita, perciò anche se sia avvenuta attraverso la pratica dei bambini con due madri o la surrogazione di maternità.

Si tratta di una posizione forte della proposta, dalla quale deriva la contrarietà ad essa da parte di quei paesi – come l'Italia – dove le pratiche dei bambini con due madri e/o della maternità surrogata sono vietate<sup>38</sup>. Per comprendere l'impatto che il futuro regolamento avrebbe nel nostro paese, può essere utile ripercorrere sinteticamente il dibattito giurisprudenziale avvenuto su queste due materie sensibili.

#### **4. Segue. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica della maternità surrogata.**

La maternità surrogata consiste in un accordo in forza del quale una donna acconsente a condurre la gravidanza per conto di una coppia alla quale si impegna a consegnare il bambino alla nascita. La maternità surrogata viene attuata mediante le tecniche della fecondazione artificiale, cioè mediante inseminazione artificiale o altri sistemi come la fecondazione *in vitro*. Secondo che venga eseguita con gameti appartenenti o estranei alla coppia, la fecondazione artificiale si distingue in omologa ed eterologa. La maternità surrogata è quasi sempre eterologa, essendo utilizzata da persone che non possono avere figli (rari sono i casi di donne che, per motivi di immagine, pur non avendo controindicazioni di carattere fisico, preferiscono evitare la gravidanza). La maternità surrogata eterologa consente di instaurare un rapporto di filiazione anche con il membro o i membri della coppia committente che non hanno un rapporto biologico con il bambino e pertanto nella prassi e anche in un documento diffuso dal Parlamento europeo<sup>39</sup>, vengono chiamati genitori intenzionali valorizzando con questa espressione la loro intenzione di crescere il minore.

La maternità surrogata è normalmente utilizzata sia dalle coppie eterosessuali sterili o infertili, sia da coppie omoaffettive, specie quelle maschili per le quali tale pratica rappresenta l'unico modo per realizzare un rapporto di filiazione di coppia.

In Italia la legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>40</sup> consente la procreazione assistita alle coppie sterili o infertili (art. 4, comma 1), ma vieta con sanzioni penali la commercializzazione di gameti e/o embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6).

---

<sup>38</sup> La maternità surrogata è vietata nella maggior parte dei paesi sia a livello europeo che mondiale.

<sup>39</sup> Cfr. Parlamento europeo, *Il regime di maternità surrogata negli Stati Membri dell'UE*, Studio PE 474.403 – sintesi, 2013, reperibile [online](#).

<sup>40</sup> [Legge 19 febbraio 2004, n. 40](#), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Il divieto di ricorso alla maternità surrogata è rimasto anche dopo che la sentenza della Corte costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162<sup>41</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge n. 40/2004, che vietavano anche la fecondazione eterologa medicalmente assistita qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

I motivi per cui la maternità surrogata è vietata nel nostro paese sono che essa, in generale, offende la dignità della donna rendendola una sorta di incubatrice per altri e quando, com'è la regola, avviene dietro un corrispettivo pagato alla clinica dove l'operazione viene effettuata, solleva anche ulteriori problemi: la previsione di un corrispettivo (che, come si è detto, la legge n. 40/2004 vieta) rischia infatti di mercificare la nascita dei bambini favorendo la diffusione di quello che viene definito un «turismo procreativo» volto alla ricerca del paese con i prezzi più convenienti e di avallare una forma di sfruttamento delle donne economicamente svantaggiate (che spesso vengono utilizzate dalle cliniche per questo tipo di operazioni).

Il divieto della maternità surrogata vigente nel nostro paese induce molte coppie a cercare di realizzarla all'estero, dove la legislazione varia da paese a paese.

Anche in Francia e Germania gli accordi di maternità surrogata sono vietati, mentre in altri paesi dell'Unione sono ammessi quando non vi sia passaggio di denaro né fini di lucro e talvolta solo per i residenti nel paese. Al di fuori dell'Unione, non pochi Stati, come ad esempio Ucraina, India, Nevada, Virginia, ammettono gli accordi di maternità surrogata, con o senza corrispettivo. Accade così frequentemente che coppie italiane che non possono avere figli naturalmente si rivolgano a persone e strutture di questi paesi per ricorrere alla fecondazione artificiale eterologa attraverso accordi di maternità surrogata e poi, ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. *b*, del citato d.P.R. n. 396/2000 chiedano la trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita del bambino nato all'estero, dove come genitori vengono indicati i membri della coppia committente.

Il tentativo di trascrivere in Italia l'atto di nascita di un bambino nato all'estero in un paese che lo ammette ha dato luogo ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che val la pena di riportare per sommi capi per comprendere come la proposta di regolamento in commento sarebbe destinata ad incidere su di esso.

Prima ancora di riportare l'opinione della giurisprudenza sulla possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione derivato da surrogazione di maternità va chiarito sin d'ora il metodo adottato dalla giurisprudenza che è intervenuta sul tema; tale metodo è consistito nel concentrarsi pressoché esclusivamente sul problema dell'ordine pubblico che, come è noto, individua il complesso di principi e valori fondamentali che

---

<sup>41</sup> Corte costituzionale, [sentenza del 9 aprile 2014, n. 162](#).

caratterizzano la comunità in un determinato momento storico<sup>42</sup>. Questo approccio trova spiegazione nel fatto che le attività che davano origine al contenzioso erano o la trascrizione nei registri di stato civile italiani dell'atto di nascita all'estero del bambino nato attraverso surrogazione di maternità, oppure il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che accertano la filiazione anche del genitore d'intenzione, ed entrambe non possono avvenire in contrasto con l'ordine pubblico: l'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000 vieta la trascrizione nei registri italiani degli atti di stato civile stranieri contrari all'ordine pubblico, mentre gli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995 configurano l'ordine pubblico come motivo ostativo al riconoscimento nel nostro paese delle sentenze e degli altri atti o provvedimenti stranieri.

Non si può però sottacere che in questo modo il dibattito non si è svolto in modo rigoroso dal punto di vista del ragionamento internazionalprivatistico.

Infatti, la questione dell'ordine pubblico avrebbe dovuto venire in considerazione solo dopo avere risolto il problema, logicamente preliminare, della legge applicabile al rapporto di filiazione.

Se dunque la giurisprudenza non si pone il problema della legge applicabile alla (filiazione da) maternità surrogata, vedremo *infra*, in questo stesso paragrafo che invece la proposta di regolamento in commento mira al riconoscimento dello *status filiationis*, anche quando deriva da surrogazione di maternità, designando la legge applicabile alla filiazione mediante l'utilizzazione di criteri di collegamento che riportano allo Stato dove essa è ammissibile ed è stata effettivamente realizzata.

Il metodo seguito dalla giurisprudenza di affrontare il problema dell'ordine pubblico prima e indipendentemente da quello della legge applicabile non pare corretto perché l'ordine pubblico costituisce un limite all'applicabilità del diritto straniero e presuppone quindi che la filiazione sia regolata dal diritto straniero.

Quando almeno un membro della coppia committente è italiano (e pertanto trasmette la cittadinanza anche al figlio), come di regola accade nelle fattispecie su cui si deve pronunciare la giurisprudenza italiana, la filiazione sarebbe regolata dalla legge italiana.

In mancanza di una norma di conflitto uniforme come quella che la proposta di regolamento in commento vorrebbe introdurre, trova applicazione l'art. 33 della legge n. 218/1995, che designa la legge della cittadinanza del figlio (o, se più favorevole, la legge della cittadinanza di uno dei genitori, legge che però, se la coppia committente è italiana, non verrebbe in considerazione).

Ebbene, se la filiazione derivante da maternità surrogata è regolata dalla legge italiana, allo stato attuale della legislazione più che una problematica di ordine pubblico ciò che si verifica è una disarmonia tra l'atto di nascita e la sottostante situazione

---

<sup>42</sup> Sul concetto di ordine pubblico v. *amplius, infra*, par. 6.

sostanziale: l'atto di stato civile, infatti, dovrebbe avere funzione probatoria di un rapporto di filiazione che, in base alla legge italiana che lo regola, non risulta invece validamente costituito perché la legge italiana attribuisce la maternità alla donna che partorisce (arg. ex art. 269, comma 3, c.c.) e non a quella che ha concluso un contratto di maternità surrogata (madre intenzionale). Però, dato che il d.P.R. n. 396/2000 ha posto come limite alla trascrizione degli atti di stato civile stranieri la contrarietà all'ordine pubblico e non la mancata corrispondenza con la disciplina sostanziale del rapporto giuridico che l'atto dovrebbe comprovare, il dibattito è stato incentrato solo sulla contrarietà dell'atto di nascita all'ordine pubblico. In questo modo si dà già per scontata la situazione che in realtà dovrebbe essere garantita dal futuro regolamento, cioè che il rapporto di maternità si sia validamente costituito nello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed è stata realizzata e dove, quindi, l'atto di nascita è stato formato, che costituirebbe quindi, per così dire, lo «Stato di origine del rapporto». Allo stato attuale, invece, in base al diritto internazionale privato italiano questa situazione potrebbe verificarsi solo quando la legge dello Stato di origine sia la legge regolatrice del rapporto di filiazione; senonché, come si è detto, quando la coppia committente è italiana, il criterio di collegamento della cittadinanza del figlio dell'art. 33 della legge n. 218/1995 designa la legge italiana. Non viene invece in considerazione la legge dello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed è stata realizzata e dove l'atto di nascita è stato formato perché questo Stato non ha alcun collegamento con la coppia committente se non quello di rendere possibile la maternità surrogata alle condizioni più vantaggiose. Come vedremo, la situazione sarebbe destinata a cambiare radicalmente con il futuro regolamento visto che l'attuale proposta detta criteri di collegamento che tendono a designare la legge dello Stato dove la surrogazione di maternità è stata legalmente realizzata e dove, quindi, viene normalmente formato l'atto di nascita.

Fatto sta che, anche in mancanza di norme di conflitto uniformi di questo tipo, il tema del dibattito giurisprudenziale che si è svolto nel nostro paese è stato solo quello relativo al punto se sia o meno conforme all'interesse superiore del minore mantenere lo *status* di figlio teoricamente acquisito nell'ordinamento dove l'atto di nascita è stato formato, senza interrogarsi se tale *status* fosse stato veramente acquisito in base alla legge applicabile al rapporto.

Chi è favorevole al riconoscimento della maternità surrogata manifesta la tendenza a prendere atto della situazione di fatto cercando di regolamentarla sulla base del presupposto che *the best interest of the child* sia quello che la coppia committente, che lo ha voluto, svolga le veci dei suoi genitori prendendosi cura di lui. Questo punto di vista è ben scolpito in una sentenza californiana<sup>43</sup>: una volta che il bambino è nato

---

<sup>43</sup> *Superior Court of California – Family Division*, sentenza del 27 agosto 1997, *Re Buzzanca*.

«the baby is here. And the matter is what is best for him now that is here, and not how he is arrived».

Se questo è vero, non può però essere dimenticato che – come si è detto – la maternità surrogata è un tema delicato e divisivo che presenta numerose controindicazioni di ordine etico e giuridico attinenti allo sfruttamento e allo svilimento della donna e alla mercificazione dei bambini che hanno indotto a vietarla in Italia rafforzando il divieto con sanzioni penali. E a questo riguardo va considerato che, seppure la Cassazione<sup>44</sup> ritiene che la maternità surrogata all'estero non comporti, neanche parzialmente, la commissione del reato in Italia, la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato all'estero in forza di un accordo di maternità surrogata eterologa finisce per legittimare una condotta che se fosse posta in essere in Italia configurerebbe un reato, per non dire che determina una ingiustificata disparità di trattamento tra le coppie che in Italia non possono ricorrere alla maternità surrogata e quelle più facoltose che hanno la possibilità di rivolgersi all'estero.

Ciò premesso, la questione relativa all'ammissibilità o meno della trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato da maternità surrogata è stata fortemente indirizzata da una sentenza della Corte EDU la quale in diverse occasioni è stata chiamata a pronunciarsi sul punto se la maternità surrogata costituisca o meno espressione di un diritto alla genitorialità e se, quindi, il suo mancato riconoscimento da parte dello Stato comporti violazione dell'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella vita privata.

Prima di entrare nel merito delle varie decisioni è opportuno chiarire che anche la valutazione della Corte EDU prescinde completamente dalla questione della legge applicabile al rapporto di filiazione secondo il sistema di diritto internazionale privato dello Stato richiesto del riconoscimento della maternità surrogata attraverso la trascrizione dell'atto di nascita del bambino<sup>45</sup>. In sostanza, anche la Corte EDU dà per scontato che avvenga quello che dovrebbe avvenire una volta che fosse approvata la proposta di regolamento, cioè che la nascita di un bambino in forza di un contratto di maternità surrogata dia sempre luogo ad un valido rapporto di filiazione in base alla legge dello Stato dove avviene la nascita, indipendentemente dal fatto che questa legge sia richiamata dal sistema di diritto internazionale privato dello Stato richiesto della trascrizione dell'atto di nascita, e chiarisce se e a quali condizioni lo *status* che si sarebbe così formato nello Stato di origine debba poi essere riconosciuto nello Stato di cittadinanza del minore.

---

<sup>44</sup> Corte di cassazione, sez. III penale, [sentenza del 10 febbraio 2021, n. 5198](#).

<sup>45</sup> Nelle fattispecie esaminate dalla Corte EDU il riconoscimento della filiazione tramite maternità surrogata doveva avvenire attraverso la trascrizione dell'atto di nascita del bambino ma la stessa soluzione dovrebbe valere anche nel caso che esso debba invece avvenire attraverso il riconoscimento di un provvedimento straniero che accerta la filiazione nei confronti del genitore d'origine.

Nella sua giurisprudenza, la Corte EDU ha distinto due situazioni.

(a) Se il padre committente è anche padre biologico, le autorità nazionali devono trascrivere l'atto di nascita a seguito di maternità surrogata perché il rifiuto sarebbe contrario all'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare del minore<sup>46</sup>. Quando nella coppia committente vi è una donna (coppie eterosessuali o coppie omoaffettive femminili) lo stesso principio dovrebbe valere se la madre committente fosse anche madre biologica (cosa che di norma peraltro non accade, perché la maternità surrogata viene utilizzata principalmente per porre rimedio a problemi di sterilità della donna). Se, come spesso avviene, il nato ha un legame biologico con uno solo dei genitori (di norma il padre) dovrà essere trascritto un atto di nascita parziale che attesti la genitorialità solo del genitore biologico.

(b) Se invece il nato da maternità surrogata non ha alcun legame genetico con la coppia committente, le sentenze *Menesson e Labassée c. Francia* lasciano agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella valutazione se ammettere o meno la trascrizione dell'atto di nascita, perché in mancanza di un legame identitario con i genitori d'intenzione l'interesse dello Stato a vietare questa pratica potrebbe essere superiore a quello del minore ad essere riconosciuto.

Va peraltro considerato che il margine di discrezionalità che la Corte EDU ha concesso agli Stati nel caso in cui il bambino non abbia legami genetici con i genitori è stato ridotto in conseguenza di due successive pronunce della stessa Corte di Strasburgo.

Con la prima, essa ha stabilito che se il minore nato da un accordo di maternità surrogata non ha legami biologici con i genitori, ma ha trascorso un periodo, per quanto breve, con la coppia committente, si crea un legame familiare e affettivo *de facto* che le autorità nazionali devono rispettare<sup>47</sup>.

Con il successivo parere consultivo del 10 aprile 2019 la *Grande Chambre* della Corte EDU<sup>48</sup>, rispondendo ad un quesito della Corte di cassazione francese, ha confermato che se il *père d'intention* è anche il padre biologico mentre la *mère d'intention* non ha dato i suoi gameti, lo Stato può stabilire che la maternità non risulti dalla trascrizione dell'atto di nascita ma ha precisato che in questo caso, dato che il superiore interesse del minore è quello di avere delle persone che si prendano cura di

---

<sup>46</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, [ricorso n. 65192/11](#), *Menesson c. Francia*, e [ricorso n. 65941/11](#), *Labassée c. Francia*, su cui vedi R. RUSSO, *Il caso Menesson, vent'anni dopo. divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) - Cour de Cassation - Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme*, 20 novembre 2019, reperibile [online](#).

<sup>47</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 27 gennaio 2015, [ricorso n. 25358/12](#), *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

<sup>48</sup> *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, [request no. P16-2018-001](#).

lui, per non violare l'art. 8 CEDU gli Stati devono riconoscere anche alla madre intenzionale la possibilità di instaurare un legame di filiazione con il bambino attraverso l'adozione o con altre modalità che garantiscano la tutela effettiva e celere dell'interesse del minore.

Dando attuazione a questi principi stabiliti dalla Corte EDU, la Corte di cassazione italiana, fin dal 2014, ha ritenuto che quando il bambino non sia stato concepito con i gameti dei genitori committenti (situazione in cui, come si è detto, la Corte EDU riconosce agli Stati un margine di discrezionalità) la maternità surrogata avvenuta all'estero è incompatibile con il principio di ordine pubblico che la vieta nel nostro paese sia per tutelare la dignità della gestante sia perché la pratica potrebbe essere un modo per eludere la disciplina dell'adozione internazionale; d'altra parte, la Suprema Corte ritiene che la maternità surrogata in questa ipotesi non potrebbe essere giustificata sulla base del prevalente interesse del minore in quanto tale interesse viene tutelato non costituendo un rapporto di filiazione con persone con cui non vi è un legame identitario, ma piuttosto tutelato attraverso la scelta legislativa di sottrarre alla discrezionalità delle parti la possibilità di costituire un rapporto di filiazione al di fuori di un legame biologico con il minore<sup>49</sup>.

Il principio così tracciato è stato sempre confermato dalla Cassazione italiana quando, nel corso degli anni, è stata chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento di un atto da cui risultava il rapporto di filiazione attraverso surrogazione di maternità, fosse questo l'atto di nascita del bambino di cui si chiedeva la trascrizione in Italia ovvero il riconoscimento di un provvedimento straniero che attribuiva la responsabilità genitoriale al genitore d'intenzione.

Sia in caso di coppia committente eterosessuale sia in caso di coppia committente omoaffettiva, l'orientamento della Cassazione è sempre stato che se solo uno dei genitori ha fornito i gameti (il padre, di solito) la filiazione può essere riconosciuta solo nei suoi confronti ostandovi, nei confronti del genitore d'intenzione, la contrarietà della pratica all'ordine pubblico: così la Corte di cassazione a sezioni unite<sup>50</sup> ha negato il riconoscimento di una decisione della *Superior Court of Justice* dell'Ontario che aveva accertato l'esistenza di una relazione di co-genitorialità fra un padre non biologico e due gemelli nati a seguito di un accordo di maternità surrogata con una donna che aveva ricevuto il materiale genetico dal marito del padre d'intenzione in base all'argomento che il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12 della legge n. 40/2004 ha natura di ordine pubblico a tutela di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione.

---

<sup>49</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza dell'11 novembre 2014, n. 24001](#).

<sup>50</sup> Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193](#).



Questa decisione ha di nuovo preso in considerazione, rigettandolo, l'argomento che il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti dei genitori d'intenzione corrisponderebbe a *the best interest of the child*. La Cassazione ha infatti ritenuto che il giudice italiano non poteva sostituire la propria valutazione del superiore interesse del minore a quella del legislatore «nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale»<sup>51</sup>.

Come si è detto, però, il parere consultivo della Corte EDU alla Cassazione francese aveva stabilito che nel caso in cui gli Stati non consentono il riconoscimento diretto del rapporto di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione devono predisporre uno strumento idoneo a costituirlo, come l'adozione.

Conformandosi a tal indicazione, le sezioni unite del 2019 hanno stabilito che quando il bambino nato da maternità surrogata è figlio biologico di un membro della coppia omoaffettiva, l'altro potrà realizzare la sua aspirazione alla genitorialità con le modalità dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. *d*, della legge 4 maggio 1983, n. 184<sup>52</sup>.

Senonché la situazione si è ulteriormente complicata perché in Italia è sorto un dibattito sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire quella efficace e rapida tutela dello *status filiationis* che, nel citato parere consultivo alla Cassazione francese, la Corte EDU ritiene imprescindibile per costituire un'alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato da maternità surrogata senza violare il diritto alla vita privata e familiare del minore. I motivi di criticità rilevati nell'istituto italiano dell'adozione in casi particolari erano che essa non determinava un legame di filiazione pieno (non creava legami del minore con i parenti dell'adottante e non attribuiva diritti successori) ed aveva il limite di richiedere il consenso del genitore biologico, che potrebbe venir meno in caso di crisi della coppia.

Su questa base, con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, n. 8325, la sezione I civile della Corte di cassazione<sup>53</sup>, discostandosi dalle sezioni unite del 2019, ha proposto alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della legge n. 40/2004 nella parte in cui vieta la maternità surrogata (nonché delle norme sulla trascrizione degli atti di stato civile stranieri), rispetto ad alcuni articoli della Costituzione e, come norme interposte, ad alcune convenzioni internazionali sui diritti umani e dei minori, con particolare riferimento al principio di non discriminazione.

---

<sup>51</sup> La sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019 è stata richiamata *incidenter tantum* per ribadire la contrarietà della pratica della maternità surrogata all'ordine pubblico dalla successiva sentenza della Corte di cassazione, sez. I civile, [del 23 agosto 2021, n. 23319](#).

<sup>52</sup> [Legge 4 maggio 1983, n. 184](#), Diritto del minore ad una famiglia.

<sup>53</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, n. 8325](#).

Con la sentenza del 9 marzo 2021, n. 33<sup>54</sup> la Corte costituzionale, pur condividendo la valutazione delle sezioni unite circa la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>55</sup>, valorizzando non tanto un diritto alla genitorialità quanto il dovere di esercitare la responsabilità genitoriale nei confronti del bambino, ha condiviso anche l'opinione della prima sezione remittente che l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983 non costituisce un rimedio sufficiente e pertanto, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, ha invitato il legislatore a disciplinare un procedimento di adozione idoneo a realizzare il superiore interesse del minore nato all'estero da maternità surrogata ad instaurare un legame di filiazione anche con il genitore non biologico, nella fattispecie (ma non necessariamente) all'interno di una coppia omoaffettiva.

Nonostante la pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, dato che la Corte costituzionale aveva condiviso l'opinione della sezione remittente quanto all'inidoneità dell'adozione in casi particolari ad «assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi costituzionali e convenzionali»<sup>56</sup>, la sezione I civile della Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di trascrivere in Italia un provvedimento canadese che ha attribuito la genitorialità al genitore d'intenzione, marito del padre genetico<sup>57</sup>, si è posta il dubbio che il diritto vivente costituito dal *dictum* della sentenza a sezioni unite n. 12193/2019 fosse stato superato, e con una nuova ordinanza interlocutoria ha quindi investito ancora le sezioni unite affinché chiarissero se fosse possibile, in via di interpretazione, colmare il vuoto normativo ripensando il contrasto della maternità surrogata con l'ordine pubblico «nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore»<sup>58</sup>.

A questo punto la vicenda ha conosciuto un ulteriore sviluppo in quanto, a distanza di pochi mesi dalla nuova rimessione della questione alle sezioni unite, è intervenuta la Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento che ha modificato i termini dell'adozione in casi particolari.

Più precisamente, la sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2022, n. 79<sup>59</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa sull'adozione in casi

---

<sup>54</sup> Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 33](#), su cui v. M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale. Ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688-703.

<sup>55</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cit., Considerato in diritto, punto 5.1.

<sup>56</sup> *Ivi*, Considerato in diritto, punto 5.8.

<sup>57</sup> Entrambi erano cittadini italiani, sicché il matrimonio omosessuale straniero è stato trascritto in Italia come unione civile ai sensi dell'art. 32 *bis* della legge n. 218/1995.

<sup>58</sup> Corte di cassazione, sezione I civile, [ordinanza interlocutoria del 21 gennaio 2022, n. 1842](#).

<sup>59</sup> Corte costituzionale, [sentenza del 28 marzo 2022, n. 79](#).

particolari (art. 55 della legge n. 184/1983) per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., in rapporto all'art. 8 CEDU sul divieto di ingerenza dello Stato nella privata e familiare, proprio nella parte censurata dalla precedente sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021 e dalla ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 1842/2022, cioè perché non induce alcun rapporto tra l'adottato e i parenti dell'adottante, discriminando, quindi, il genitore adottivo rispetto al genitore biologico.

A questo punto, la questione doveva essere definita con una sentenza delle sezioni unite in risposta alle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione della sezione I nell'ambito del giudizio sulla trascrivibilità in Italia del provvedimento canadese che ha attribuito la genitorialità al genitore d'intenzione.

Ebbene, la sentenza delle sezioni unite del 30 dicembre 2022, n. 38162<sup>60</sup> ha confermato che il provvedimento straniero che attesta la genitorialità del genitore d'intenzione non può essere trascritto nei registri di stato civile italiano per contrasto della pratica con l'ordine pubblico. Le sezioni unite sono pervenute a questo risultato in due passaggi: con il primo hanno ritenuto che a seguito della sentenza della Corte costituzionale non si è determinato alcun vuoto normativo<sup>61</sup>, mentre con il secondo hanno ribadito l'impossibilità di trascrizione del provvedimento straniero nei registri di stato civile italiani confermando che la maternità surrogata è contraria alla dignità della donna in quanto ne riduce il corpo «ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri»<sup>62</sup> e ribadendo che non esiste un diritto alla genitorialità fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori. Pertanto non è possibile, come ipotizzava la prima sezione, «salvare» la maternità surrogata neanche nei casi in cui sia dimostrato che essa è il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendentemente da contropartite economiche e revocabile sin dalla nascita del bambino; l'atto di nascita straniero, oppure il provvedimento giudiziario straniero, che indichino quale genitore del bambino il padre di intenzione, rimangono contrari all'ordine pubblico.

---

<sup>60</sup> Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162](#), su cui v. M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023, reperibile [online](#), dove l'A. esprime l'auspicio che la pronuncia metta la parola fine all'incertezza che regnava in materia, e l'ampio e articolato commento di R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale di stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*, in questa *Rivista*, 2023, n. 1, pp. 1-22, reperibile [online](#).

<sup>61</sup> Le sezioni unite ritengono che la sezione I sia giunta a questa conclusione confondendo una sentenza di inammissibilità con una di illegittimità costituzionale. In un'intervista che ha rilasciato sul tema intitolata *Nessuna concessione ai fan della surrogata, ecco cosa dice la Cassazione*, reperibile [online](#), il prof. E. BILOTTI mette in evidenza il passaggio in cui le sezioni unite chiariscono che «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del giudice. E ciò semplicemente perché la giurisprudenza non è fonte del diritto».

<sup>62</sup> Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza n. 38162/2022, cit., punto 18.

Le sezioni unite hanno, altresì, chiarito che comunque l'ordinamento italiano, pur non consentendo la trascrizione dell'atto o del provvedimento straniero, «non volta le spalle al nato»<sup>63</sup> in quanto offre uno strumento volto a garantire al bambino nato a seguito di maternità surrogata nell'ambito di una coppia omoaffettiva lo *status* di figlio e a consentirgli di mantenere la relazione affettiva e di cura già di fatto instaurata e consolidata con il partner del genitore biologico che ha condiviso il progetto. Tale strumento è l'istituto dell'adozione in casi particolari.

La sentenza della Cassazione n. 38162/2022 ha infatti stabilito che la di poco precedente sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 ha «fatto venir meno il più importante elemento di inadeguatezza della soluzione dell'adozione particolare»<sup>64</sup> che quindi ora è lo strumento che può essere utilizzato per costituire un rapporto di filiazione del minore nato da maternità surrogata con il genitore di intenzione privo di legami biologici con il bambino alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita.

In sostanza, la Cassazione, da un lato, dice no alla trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero di riconoscimento per non consentire in modo automatico al partner del genitore genetico di costituire un rapporto di filiazione derivante dall'aver svolto all'estero una pratica contraria all'ordine pubblico, ma, dall'altro lato, dal momento che i figli ormai sono nati e sono incolpevoli di tale situazione, dice anche sì al riconoscimento del rapporto di filiazione con uno strumento come l'adozione in casi particolari che consente al giudice di verificare caso per caso se esso corrisponde all'interesse del minore<sup>65</sup>.

A seguito della sentenza delle sezioni unite, «tra i due interessi rilevanti, quello del minore di mantenere il rapporto di filiazione instauratosi all'estero e quello di garantire tutela e rispetto della dignità della donna, le sezioni unite trovano il punto di equilibrio nel rimettere la valutazione al giudice, il quale dovrà decidere in merito alla richiesta di adozione *ex art.* 44 della legge n. 184/1983, istituto che potrà consentire l'instaurarsi del rapporto di filiazione anche a favore del genitore d'intenzione, salvaguardando tutte le parti in gioco e tutelando la famiglia costituitasi all'estero»<sup>66</sup>.

Molte decisioni in tema di maternità surrogata scaturiscono dalla richiesta di una coppia omoaffettiva, normalmente maschile, di trascrivere l'atto di nascita o il provvedimento straniero di riconoscimento che accerta lo *status filiationis* anche nei confronti del partner del genitore biologico; va però sottolineato che anche quando la maternità surrogata viene realizzata da una coppia eterosessuale per porre rimedio a

---

<sup>63</sup> *Ivi*, punto 26.

<sup>64</sup> *Ivi*, punto 10.

<sup>65</sup> A. NOCERA, *Figlio di due padri, concepito all'estero: sì all'adozione, no al riconoscimento della sentenza*, in *Il Quotidiano giuridico*, 9 febbraio 2023, reperibile [online](#).

<sup>66</sup> R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore*, cit., pp. 15-16.

problemi di sterilità della donna la conclusione è la stessa: non può essere riconosciuta automaticamente la filiazione nei confronti del genitore (normalmente la donna) che non ha fornito i gameti. La contrarietà della surrogazione di maternità all'ordine pubblico dipende dal fatto di essere una pratica che in Italia è considerata reato per il fatto che (come hanno detto le sezioni unite) offende la dignità della donna e rischia di mercificare la nascita dei bambini e pertanto prescinde dall'orientamento sessuale della coppia committente.

Di conseguenza, la contrarietà dell'ordinamento italiano rispetto alla pratica della maternità surrogata non può considerarsi discriminatoria rispetto all'orientamento sessuale della coppia committente. Infatti, si applicherà anche all'adozione in casi particolari nei confronti del partner del genitore genetico del bambino nato attraverso surrogazione di maternità il principio affermato dalla sentenza della Cassazione del 31 marzo 2021, n. 9006<sup>67</sup> che, superando il precedente orientamento giurisprudenziale fondato sulla concezione dell'adozione come *imitatio naturae*, ha ritenuto che l'orientamento sessuale del partner non incide sull'idoneità della persona ad assumersi la responsabilità genitoriale e quindi ha stabilito che l'adozione può essere disposta anche nei confronti delle coppie omoaffettive<sup>68</sup>.

Un dubbio circa la persistente idoneità dell'adozione in casi particolari, anche dopo la modificazione dell'istituto da parte della Corte costituzionale, a costituire uno strumento idoneo a garantire la possibilità di instaurare in modo celere ed effettivo un rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione<sup>69</sup> potrebbe essere rappresentato dal necessario consenso del padre biologico all'adozione. A questo riguardo, le sezioni unite nella sentenza n. 38162/2022 hanno però chiarito che la mancata prestazione del consenso non può avvenire arbitrariamente perché «il giudice deve controllare che il rifiuto dello stesso sia conforme all'interesse del minore»<sup>70</sup>.

L'orientamento delle sezioni unite sembra al momento consolidato visto che è stato confermato dall'ordinanza della Cassazione del 21 settembre 2023, n. 26967<sup>71</sup>, la prima a decidere relativamente alla maternità surrogata in singola sezione, la quale ha confermato la trascrizione parziale dell'atto di nascita con indicazione del solo genitore

---

<sup>67</sup> Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006](#).

<sup>68</sup> Sulle problematiche di ordine pubblico in tema di adozione, v. B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 220 ss. Per un commento alla sentenza n. 9006/2021 v. A. FIGONE, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 1004-1007.

<sup>69</sup> Ciò che, come abbiamo visto, è richiesto dal citato parere della Corte EDU alla Cassazione francese, del 10 aprile 2019, per il bilanciamento degli interessi nel caso in cui non venga consentita la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nato all'estero con la surrogazione di maternità.

<sup>70</sup> M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

<sup>71</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, ordinanza del 21 settembre 2023, n. 26967, su cui v. R. CALVIGIONI, *La Cassazione interviene sulla maternità surrogata all'estero*, in *I servizi demografici*, 2023, n. 11, pp. 32-39.

biologico e il ricorso all'adozione in casi particolari quale soluzione per il genitore d'intenzione.

Allo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza di legittimità, quindi, non solo la maternità surrogata in Italia è vietata con sanzioni penali, ma nei confronti del genitore che non ha un rapporto biologico con il bambino è escluso anche, per contrarietà all'ordine pubblico, il riconoscimento del rapporto di filiazione avvenuto all'estero con l'utilizzazione di tale pratica.

Tale situazione verrebbe però modificata dalla proposta di regolamento in esame che invece prevede il riconoscimento dello *status filiationis* costituito all'estero.

Come si è detto, infatti, l'art. 17 designa lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito al momento della nascita e, in subordine, nell'ipotesi che non sia possibile accertare lo Stato di residenza abituale della donna che ha partorito, la legge dello Stato di nascita del figlio. Dato che la donna che partorisce di solito risiede nello stesso Stato dove avviene la nascita del figlio, e questa normalmente avviene in uno Stato che ammette e dove è stata realizzata la maternità surrogata, i due criteri tendono di fatto a coincidere e a designare una legge che consente lo stabilimento della filiazione. E se per avventura la legge così designata riconoscesse il rapporto di filiazione solo nei confronti del genitore che ha fornito i gameti, la possibilità di riconoscerlo anche nei confronti dell'altro è facilitata dal par. 2 dello stesso art. 17, il quale stabilisce che «se la legge applicabile ai sensi del paragrafo 1 permette di accertare la filiazione per un solo genitore, all'accertamento della filiazione per il secondo genitore può applicarsi la legge dello Stato di cittadinanza del primo o del secondo genitore oppure la legge dello Stato di nascita del figlio».

La proposta di regolamento raggiunge l'obiettivo di riconoscere lo *status filiationis* acquisito in base alla legge dello Stato dove la maternità surrogata è ammessa ed avvenuta introducendo una definizione di filiazione che prescinde completamente dall'esistenza di un rapporto biologico, dipendendo esclusivamente dalla valutazione del legislatore.

Per convincersene, si vedano le definizioni di figlio e filiazione contenute all'art. 4 (dove sono scolpiti anche altri concetti fondamentali nell'economia della proposta di regolamento).

Per cominciare, la disposizione di cui all'art. 4, par. 1 stabilisce che si intende per «"filiazione": il rapporto che intercorre per legge tra i genitori e i figli. Rientra nella nozione lo status giuridico di figlio di uno o più genitori specifici».

La disposizione di cui all'art. 4, par. 2 precisa che si intende per «figlio» la «persona di qualunque età di cui deve essere accertata o riconosciuta o provata la filiazione».

Il quadro si chiude con la disposizione di cui all'art. 4, par. 3 che definisce l'«accertamento della filiazione» come «la determinazione per legge del rapporto tra il

figlio e ciascun genitore, compreso l'accertamento della filiazione a seguito di azione di contestazione di una filiazione già accertata».

Come si vede, questa ampia definizione di filiazione prescinde completamente dalle modalità con cui il figlio è nato: ciò significa che è considerata filiazione anche quella che avviene attraverso la tecnica della fecondazione assistita e la pratica della maternità surrogata, e indipendentemente anche dal fatto che il genitore sia single o membro di una coppia, e, in quest'ultimo caso, del fatto che la coppia sia una coppia di fatto o registrata e che sia etero o omosessuale.

Ciò significa che, pur senza fornire una definizione di filiazione dal punto di vista sostanziale, la proposta di regolamento, di fatto, pur senza obbligare gli Stati a farla propria, dal punto di vista del riconoscimento ne abbraccia una di tipo legale.

La proposta di regolamento in commento interviene dunque nel dibattito sulla maternità surrogata introducendo il tassello che mancava nella giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte EDU; mentre, infatti, come si è detto, entrambe le Corti hanno affrontato il tema secondo un metodo non rigoroso dal punto di vista internazionalprivatistico in quanto non si sono poste il problema della legge applicabile al rapporto di filiazione secondo il sistema di diritto internazionale privato dello Stato del foro, dando per scontato che lo stesso si fosse validamente costituito in base alla legge dello Stato di nascita del bambino, la proposta di regolamento detta una norma di conflitto uniforme inserendo dei criteri di collegamento che nella quasi totalità dei casi condurranno a tale risultato.

In sostanza, la proposta di regolamento sposa l'idea che quello che conta per potersi ragionare di filiazione è l'effetto, la nascita di un figlio, indipendentemente dalla causa che lo ha generato.

Naturalmente, questa posizione di principio è ispirata al lodevole intento di realizzare quello che si ritiene essere *the best interest of the child*, ma, come si è detto, non è condivisa da quegli Stati, come l'Italia, dove, almeno sino a questo momento, il riconoscimento della filiazione avvenuta mediante maternità surrogata è considerato contrario all'ordine pubblico e tale contrarietà non è bilanciata dalla ricerca del *best interest of the child* in quanto, secondo la Cassazione, esso in realtà non coincide con il riconoscimento della filiazione nei casi in cui non vi è un legame identitario tra il bambino e l'aspirante genitore.

## **5. Segue. Le implicazioni della proposta di regolamento sulla problematica dei bambini con due madri.**

Diverso dalla surrogazione di maternità è il caso dei bambini con due madri, dove ciò che accade è che, all'interno di una coppia di donne, una ricorre alla PMA e partorisce (di solito) all'estero, ove anche l'altra donna viene indicata come madre, e

successivamente viene chiesta la trascrizione dell'atto di nascita del bambino nei registri di stato civile italiani. Questa pratica ha in comune con la maternità surrogata la necessità dell'apporto di un terzo estraneo donatore del gamete, ma se ne differenzia perché non richiede l'intervento di una donna estranea che metta a disposizione della coppia il suo corpo per consentire la realizzazione del progetto genitoriale.

Anche nel caso dei bambini con due madri, in assenza di norme sovranazionali uniformi, la possibilità di costituire un rapporto di filiazione con la seconda madre dovrebbe essere verificata in base alla legge regolatrice del rapporto di filiazione, che nel nostro paese è quella designata dai criteri di collegamento dell'art. 33 della legge n. 218/1995: cittadinanza del figlio o, se più favorevole, di uno dei genitori. A differenza che nella maternità surrogata, che di solito viene realizzata in uno Stato completamente estraneo alla coppia scelto per il solo fatto che offre le condizioni più favorevoli per realizzarla, la pratica dei bambini con due madri potrebbe essere ammessa dalla legge regolatrice del rapporto di filiazione quando l'atto di nascita viene formato nello Stato della cittadinanza di una delle madri la cui legislazione consente di indicare nell'atto di nascita anche l'altra. La giurisprudenza, peraltro, tende a ricorrere a soluzioni caso per caso, le quali invece della legge regolatrice del rapporto ricercano quello che di volta in volta è ritenuto essere l'interesse superiore del minore (a volte anche menzionando il diritto, che deve essere riconosciuto anche alle coppie omosessuali, di autodeterminarsi e di avere figli).

Su queste basi la giurisprudenza tende ad ammettere la trascrizione dell'atto di nascita dei bambini con due madri nati all'estero, sia nel caso di feto legato biologicamente ad entrambe le madri, una delle quali ha fornito l'ovulo e l'altra condotto la gestazione<sup>72</sup>, sia nel caso in cui una delle madri ha praticato la fecondazione eterologa mentre l'altra non ha alcun legame biologico col bambino<sup>73</sup>.

Come si è anticipato<sup>74</sup>, anche la Corte di giustizia ha affermato – sebbene solo al fine dell'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno – la necessaria continuità dello *status* di filiazione derivato dalla pratica dei bambini con due madri; la citata sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*<sup>75</sup> ha infatti stabilito che se una minore viene registrata con due madri (nella fattispecie una cittadina britannica e una bulgara) nel paese di nascita (nella specie, la Spagna) in conformità alla legge locale, l'atto di nascita necessario per ottenere la carta d'identità, a sua volta necessaria per esercitare i diritti di libera circolazione, deve essere trascritto anche nello Stato dell'Unione di cui la figlia e una delle madri sono cittadine (nella specie, la Bulgaria), così come in ogni altro Stato

---

<sup>72</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599](#).

<sup>73</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878](#).

<sup>74</sup> V. *supra*, par. 1.

<sup>75</sup> Su cui vedi la letteratura citata *supra*, nota 29.



membro, anche se in quello Stato non sono ammessi né il matrimonio omosessuale né la maternità della moglie della madre biologica della minore.

A seguito di ulteriori pronunce, nel nostro paese sembra oggi piuttosto consolidato il principio giurisprudenziale secondo cui «al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento: le limitazioni previste dalla legge n. 40 del 2004 per l'accesso alla fecondazione eterologa, che è consentita solo alle coppie di sesso diverso che non possono avere figli o sono portatrici di malattie genetiche trasmissibili, costituiscono infatti espressione non già di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche, la cui individuazione, avente portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni»<sup>76</sup>.

A differenza delle coppie maschili, che non possono realizzare il loro progetto di genitorialità se non mediante la surrogazione di maternità (che però, come si è detto, in Italia è vietata né, come si è detto, può essere riconosciuta nei confronti del genitore che non ha messo a disposizione i gameti), le coppie omoaffettive femminili possono quindi farlo lecitamente all'estero mediante fecondazione eterologa, ottenendo poi il riconoscimento in Italia dell'atto straniero che le certifica entrambe come madri in virtù del diritto alla continuità dello *status filiationis* acquisito all'estero.

Quando la pratica dei bambini con due madri viene realizzata facendo nascere i bambini negli Stati che la ammettono, le norme di conflitto contenute nell'art. 17 della proposta di regolamento in commento designano una legge (quella dello Stato di residenza abituale della donna che partorisce o, in subordine, quella di nascita del figlio, oltre a quelle che vengono in considerazione in forza dei criteri suppletivi per facilitare il riconoscimento anche del secondo genitore) che generalmente condurrà al riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti della compagna della donna che partorisce.

Questa situazione non comporterebbe però un *vulnus* rispetto a quanto avviene oggi in Italia atteso che, come detto, la giurisprudenza è già pervenuta a riconoscere la circolazione dello *status filiationis* sostenendo che lo stesso non solleva problemi di ordine pubblico.

Ciò però non vale se l'atto di nascita è formato in Italia, anche se la PMA è avvenuta all'estero, perché in questi casi non si tratta di riconoscere un atto di nascita

---

<sup>76</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza n. 23319/2021, cit., punto 6.

straniero ma di valutare la legittimità o meno del ricorso alla fecondazione assistita in base alla legge italiana, e quindi con i limiti stabiliti dalla legge n. 40/2004, cui implicitamente viene riconosciuta una valenza pubblicistica e quindi territoriale.

Così, la Cassazione<sup>77</sup> ha considerato legittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di correggere l'atto di nascita di un bambino nato in Italia a seguito di pratiche di PMA effettuate all'estero inserendovi il riconoscimento congiunto della madre biologica e di quella intenzionale, compagna della donna che ha partorito, argomentando che la legge n. 40/2004 consente di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita solo alle coppie di sesso diverso, sicché «una sola persona ha diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita»<sup>78</sup>.

Nello stesso senso, una successiva sentenza<sup>79</sup>, partendo dal presupposto che l'estensione dell'operatività della legge n. 40/2004 ammessa dalla Corte costituzionale ne lascia inalterato l'impianto «costituit[o] dalla configurazione delle tecniche di procreazione assistita come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile e dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre»<sup>80</sup>, ha stabilito che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra un minore e una donna legata in unione civile con la donna che lo ha partorito e che si era limitata a prestare il suo consenso alla fecondazione eterologa si porrebbe in contrasto con la legge n. 40/2004, che consente la procreazione assistita solo per risolvere problemi di sterilità o in caso di malattie genetiche e non per realizzare la genitorialità delle coppie omosessuali. Nello stesso senso si sono poi pronunciate ulteriori decisioni<sup>81</sup>, dando così luogo ad un orientamento consolidato. È interessante notare che la sentenza n. 6383/2022 ha escluso la possibilità di formare in Italia l'atto di nascita anche se in quel caso una delle madri aveva un rapporto genetico con il nato per avere donato l'ovulo all'altra che, da parte sua, aveva un rapporto biologico per avere portato a termine la gravidanza (tale situazione è stata invece contemplata e ammessa, ai soli fini del riconoscimento, dalla sopra citata sentenza n. 19599/2016). Questa sentenza (forse, come diremo, rivedibile in futuro) dimostra che attualmente la contrarietà dell'ordinamento italiano alla pratica dei bambini con due madri è assoluta.

Sulla pratica dei bambini con due madri è intervenuta a più riprese anche la Corte costituzionale.

---

<sup>77</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 3 aprile 2020, n. 7668](#).

<sup>78</sup> *Ivi*, punto 4.1.

<sup>79</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, [sentenza del 22 aprile 2020 n. 8029](#).

<sup>80</sup> *Ivi*, punto 5.1.

<sup>81</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, sentenze [del 23 agosto 2021, n. 23320](#) e [n. 23321](#), e, successivamente, [del 25 febbraio 2022, n. 6383](#), ordinanze [del 7 marzo 2022, n. 7413](#), [del 4 aprile 2022, n. 10844](#) e del 13 luglio 2022, n. 22179.

In relazione ad una vicenda originata dal ricorso con cui una donna lamentava di non poter riconoscere il bambino che la sua compagna aveva partorito dopo essere ricorsa alla fecondazione eterologa all'estero d'intesa con lei, la Consulta<sup>82</sup> ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20 della legge Cirinnà e dell'art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396/2000 per il fatto che non consentono anche alla madre d'intenzione di essere indicata nell'atto di nascita come genitrice del bambino, dichiarando di non rinvenire nell'ordinamento né nelle fonti sovranazionali un principio in forza del quale due donne unite civilmente debbano essere riconosciute entrambe genitrici del bambino nato dalla fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra.

Successivamente, in una causa originata da un ricorso promosso dalla madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito di una procedura di PMA cui si era sottoposta all'estero la *ex* compagna della ricorrente, madre biologica, che successivamente ha interrotto la relazione e impedito ogni rapporto della madre intenzionale con le figlie, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della legge n. 40/2004; la sentenza della Corte costituzionale del 9 marzo 2021, n. 32<sup>83</sup>, di contenuto sostanzialmente analogo a quello della sopra citata sentenza n. 33 in pari data in tema di maternità surrogata delle coppie omoaffettive, ha rigettato il ricorso invocando però un intervento del legislatore per garantire i diritti dei minori nati da coppie omosessuali.

Come si è detto trattando della maternità surrogata, dopo che la citata sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la normativa sull'adozione in casi particolari nella parte in cui non consente un rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, la sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022, anch'essa già richiamata, ha ritenuto superate le principali controindicazioni che impedivano di considerare l'adozione in casi particolari uno strumento idoneo a creare un rapporto di filiazione del genitore d'intenzione con il bambino nato da maternità surrogata, come richiesto dal citato parere consultivo fornito dalla Corte EDU alla Cassazione francese nel 2019 per non violare l'art. 8 CEDU nel caso in cui lo Stato non ammetta la trascrizione dell'atto di nascita.

Si tratta quindi di vedere se lo stesso istituto verrà ritenuto idoneo anche per costituire una relazione di genitorialità tra il bambino nato in Italia e la partner della donna che lo ha partorito dopo essere ricorsa alle tecniche di PMA all'estero nell'ambito di un progetto condiviso con la compagna. La decisione della Corte costituzionale potrebbe intervenire a breve visto che, da quanto si apprende da notizie di stampa, nei procedimenti instaurati dinanzi al Tribunale di Padova a seguito della

---

<sup>82</sup> Corte costituzionale, [sentenza del 4 novembre 2020, n. 230](#).

<sup>83</sup> Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 32](#).

decisione del sindaco di formare gli atti di nascita dei bambini con due madri nati a Padova e della Procura di impugnare le registrazioni, la stessa Procura ha integrato il proprio ricorso con la richiesta di un nuovo intervento della Corte costituzionale affinché essa si pronunci sulla legittimità costituzionale della legge n. 40/2004 essendo rimasto inascoltato il monito rivolto al legislatore per garantire i diritti dei minori nati da coppie omosessuali dalla precedente sentenza n. 32/2021.

La pratica dei bambini con due madri, quindi, al momento, in Italia non può dar luogo alla costituzione di uno *status filiationis* anche per la seconda madre, quella che è indicata come tale sulla base di un'assunzione di responsabilità ma non partorisce, ma su questo il regolamento che dovrebbe scaturire dalla proposta in commento non incide perché esso riguarda solo la filiazione in situazioni transnazionali, cioè il riconoscimento dello *status* acquisito all'estero, senza obbligare gli Stati ad ammettere la pratica sul loro territorio.

Si tratta peraltro di una situazione fluida e in continua evoluzione.

*De iure condendo* va considerato che, poiché (a differenza della maternità surrogata) la pratica dei bambini con due madri non è considerata contrastante con l'ordine pubblico, non è escluso che in futuro, attraverso l'intervento del legislatore o della giurisprudenza, venga riconosciuta la doppia maternità anche nel caso di bambino nato in Italia almeno nel caso che la madre d'intenzione fornisca i gameti: in questo caso, infatti se la legge regolatrice della filiazione consente la pratica dei bambini con due madri si potrebbe ritenere il rapporto validamente costituito anche in Italia considerando che il *best interest* del minore sia quello di essere riconosciuto da entrambe le madri che hanno un rapporto biologico, quindi identitario, con lui, e una diversa soluzione, pur rientrando nell'ambito di discrezionalità dello Stato nella misura in cui non impedisce la circolazione dello *status* venuto ad esistenza all'estero, potrebbe essere ritenuta discriminatoria in quanto fondata sull'orientamento sessuale della madre d'intenzione.

## **6. Il ricorso alla clausola di ordine pubblico.**

Si è detto<sup>84</sup> che la proposta di regolamento in commento consentirebbe il riconoscimento – negli Stati partecipanti – dello *status filiationis* derivante da maternità surrogata avvenuta all'estero in un paese che l'ammette, e ciò rappresenterebbe un *aliquid novi* rispetto all'attuale orientamento della Cassazione a sezioni unite che invece lo esclude per contrarietà all'ordine pubblico.

Resta da domandarsi se lo stesso argomento della contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico potrebbe portare ad escludere il riconoscimento della

---

<sup>84</sup> V. *supra*, par. 4.

filiazione anche nel caso che essa risultasse validamente costituita in base alla legge designata dalla disciplina in conflitto contenuta nella proposta in commento, una volta che sarà stata trasformata in regolamento.

In effetti la proposta mantiene, all'art. 22, la possibilità di non applicare la legge designata dai criteri di collegamento dell'art. 17 nel caso in cui tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro che, come è noto, è costituito dal complesso di quei principi fondamentali che caratterizzano l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico e che pertanto non possono tollerare la presenza di principi e valori con essi incompatibili provenienti da altri ordinamenti per la disarmonia che ne deriverebbe<sup>85</sup>.

L'utilizzazione dell'avverbio «manifestamente»<sup>86</sup> riduce la possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico, ma probabilmente non sarebbe sufficiente ad inibirne – in astratto – il funzionamento in una situazione come quella esistente nel nostro paese, dove la maternità surrogata è considerata reato e la Cassazione ha affermato in termini netti che offende la dignità della donna, fermo restando che il ricorso alla clausola di ordine pubblico andrebbe poi giustificato in concreto in base ad una valutazione caso per caso preordinata alla tutela del superiore interesse del minore<sup>87</sup>.

Anche il fatto che l'eccezione sia formulata in termini di incompatibilità degli effetti invece che di contrarietà all'ordine pubblico ne riduce l'ambito di applicazione<sup>88</sup>.

Ma la possibilità di ricorrere alla clausola di ordine pubblico è sottoposta ad ulteriori specifici limiti.

Per cominciare, l'art. 2, par. 1 della proposta chiarisce che la clausola di ordine pubblico non potrebbe essere utilizzata per giustificare il rifiuto di riconoscere la filiazione pregiudicando i diritti di circolazione e soggiorno spettanti al minore ai sensi della direttiva 2004/38 come applicati nella citata sentenza *V.M.A. (o Pancharevo)*. Pertanto, come ha chiarito tale pronuncia, la clausola di ordine pubblico non può essere invocata per escludere il riconoscimento della filiazione nei casi in cui detto riconoscimento è funzionale all'esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno del minore (per ottenere la carta d'identità, ad esempio).

In termini più generali, un limite alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico è introdotto dal par. 2 dell'art. 22, il quale stabilisce che la clausola è applicata

---

<sup>85</sup> Corte di cassazione, sez. I civile, sentenza del 6 dicembre 2002, n. 17349. In dottrina, B. BAREL, S. ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, cit., p. 68; sul tema in generale v. O. FERACI, *L'ordine pubblico dell'Unione europea*, Milano, 2012.

<sup>86</sup> Ormai utilizzato in tutti i regolamenti sulla legge applicabile: M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 544.

<sup>87</sup> Sul punto v. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit., p. 5.

<sup>88</sup> M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 544.

nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'art. 21 sul principio di non discriminazione<sup>89</sup>.

Il limite costituito dal rispetto del principio di non discriminazione costituisce una possibile seria limitazione alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico nella misura in cui si ritenga che il mancato riconoscimento della filiazione derivante dal ricorso alla maternità surrogata discrimini i bambini a seconda delle modalità con cui avviene la nascita.

*De iure condendo*, un'ulteriore limitazione dell'utilizzazione della clausola di ordine pubblico in relazione al rispetto dei diritti fondamentali potrebbe intervenire in futuro, nella misura in cui fosse superato l'attuale orientamento della Cassazione<sup>90</sup> secondo cui non esiste un diritto alla genitorialità fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e si pervenisse, invece, a ritenere che esiste un diritto fondamentale alla genitorialità, indipendentemente dalle possibilità naturali, costituente espressione della libertà di autodeterminarsi tutelato dagli artt. 2, 3 e 31 Cost. Ove un tale diritto fosse riconosciuto sarebbe anche verosimilmente considerato rientrante nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e pertanto potrebbe costituire un limite alla possibilità di invocare la clausola di ordine pubblico per escludere il riconoscimento dello *status filiationis* in base alla legge designata dalla disciplina di conflitto contenuta nella proposta di regolamento.

Meno stringente, tenuto conto della situazione nel nostro paese, è la limitazione relativa al rispetto dei principi di non discriminazione se la discriminazione viene riferita al diverso trattamento riservato alle coppie eterosessuali rispetto a quelle omosessuali. Infatti in Italia la maternità surrogata è vietata allo stesso modo per le coppie eterosessuali come per quelle omosessuali e l'ostacolo al riconoscimento di quella avvenuta all'estero è costituito dal fatto che il genitore d'intenzione non abbia fornito i gameti: ciò si verifica di necessità per il genitore d'intenzione nell'ambito delle coppie omosessuali (di solito maschili, visto che quelle femminili, che possono ricorrere alla filiazione naturale, trovano più vantaggiosa la pratica dei bambini con due madri), ma si verifica di norma anche nell'ambito di quelle eterosessuali che, nella maggior parte dei casi, ricorrono alla maternità surrogata quando la donna ha problemi di sterilità o malattie genetiche e che comunque impediscono alla donna di condurre la gravidanza. Insomma, in Italia al momento non vi è un ostacolo al riconoscimento della filiazione derivante dalla circostanza che i genitori siano una coppia omoaffettiva, tanto ciò è vero

---

<sup>89</sup> Lo stesso limite è previsto anche per l'eccezione di ordine pubblico in materia di riconoscimento delle decisioni dall'art. 31, par. 2.

<sup>90</sup> Più volte espresso nella sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022, cit.

che, come si è detto in precedenza, è ammesso il riconoscimento dei bambini con due madri nati all'estero<sup>91</sup>.

## **7. Segue. Le osservazioni critiche alla proposta da parte della Commissione politiche europee del Senato italiano.**

Il timore che il regolamento che dovrebbe scaturire dalla proposta in commento obblighi l'Italia a riconoscere lo *status filiationis* derivante dalla maternità surrogata avvenuta all'estero in un paese che la ammette, in contrasto con la citata decisione delle sezioni unite n. 38162/2022, è il principale motivo che ha indotto la Commissione politiche europee del Senato italiano ad adottare la risoluzione del 14 marzo 2023<sup>92</sup> con la quale ha ipotizzato la contrarietà della proposta al principio di sussidiarietà.

Si tratta di una procedura prevista dal protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato di Lisbona, in forza della quale i parlamenti nazionali sono chiamati a partecipare al procedimento legislativo dell'Unione esprimendo pareri motivati sulle proposte di regolamento della Commissione, la quale potrebbe dover riconsiderare la proposta nel caso vi siano numerosi pareri contrari.

È stato peraltro osservato<sup>93</sup> che in realtà, più che sulla violazione del principio di sussidiarietà, le critiche si fondano sul merito del provvedimento, denunciando lo sfavore di fondo del Parlamento italiano (che costituisce anche un atto di indirizzo al Governo ai sensi dell'art. 7 della legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>94</sup>) rispetto alla posizione europea in materia di maternità surrogata: viene censurato, in particolare, il fatto che la proposta prevede che si possa ricorrere all'ordine pubblico per non riconoscere un rapporto di filiazione derivante da maternità surrogata solo in via

---

<sup>91</sup> La pratica dei bambini con due madri non è invece ammessa in Italia perché la PMA è consentita solo alle persone di sesso diverso, ma la proposta di regolamento non incide sulla discrezionalità degli Stati a riguardo della costituzione della filiazione al proprio interno, intervenendo solo sul riconoscimento dei rapporti di filiazione transfrontalieri (e comunque, come detto *supra*, par. 5, l'orientamento negativo potrebbe in futuro cambiare attesa la già ritenuta non contrarietà della pratica all'ordine pubblico).

<sup>92</sup> Risoluzione approvata dalla 4<sup>a</sup> Commissione permanente sul progetto di atto legislativo dell'Unione europea n. COM(2022) 695 definitivo (Doc. XVIII-bis, n. 2) sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, reperibile [online](#).

<sup>93</sup> G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit. Sul tema relativo all'interesse superiore del minore negli altri regolamenti di unificazione del diritto internazionale privato, v. anche L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 944-977; O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel Reg. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 357-384.

<sup>94</sup> [Legge 24 dicembre 2012, n. 234](#), Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

eccezionale e comunque non in via astratta ma a seguito di un controllo caso per caso<sup>95</sup>. Per ragioni similari, apparentemente fondate sulla violazione della sussidiarietà ma in realtà incentrate sul merito del provvedimento, in data 22 marzo 2023 anche il Senato francese ha adottato una sua risoluzione<sup>96</sup> con la quale ha fatto valere che la proposta della Commissione potrebbe invadere le competenze degli Stati membri e rischia di modificare l'equilibrio raggiunto nell'ordinamento francese a seguito del sopra citato parere consultivo fornito alla Cassazione francese dalla *Grande Chambre* della Corte EDU in materia di maternità surrogata il 10 aprile 2019.

Questa diversità di vedute lascia intendere che i tempi per l'adozione del regolamento non saranno certamente brevi, e che lo strumento potrebbe anche essere adottato nella forma della cooperazione rafforzata, cioè non per tutti gli Stati ma solo per quelli che intendono parteciparvi, nel qual caso non è da escludere (anzi al momento è probabile) che l'Italia non partecipi.

Come si vede, si tratta di una situazione fluida ed in continua evoluzione che non può essere definita con pronunce caso per caso ma che richiederebbe un intervento globale a livello internazionale con l'adozione di uno strumento che invece di ricercare una soluzione in modo obliquo, attraverso le norme sul riconoscimento dello *status* venuto ad esistenza in un paese che lo ammette, stabilisca direttamente una volta per tutte se e a quali condizioni la filiazione derivante da maternità surrogata possa essere riconosciuta in uno Stato diverso da quello in cui è stata realizzata (tra queste condizioni assumerebbero naturalmente particolare importanza quelle che stabiliscono l'idoneità dei committenti e garantiscono la non mercificazione del bambino e la tutela della dignità della gestante)<sup>97</sup>.

Uno strumento di questo tipo è stato in effetti suggerito nel rapporto finale del *Parentage/Surrogacy Experts' Group* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, del 1° novembre 2022<sup>98</sup>, che ha auspicato la stipulazione di una convenzione contenente norme generali in materia di filiazione e di un separato protocollo relativo alla maternità surrogata.

## **8. Le circolari attuative degli orientamenti giurisprudenziali in tema di maternità surrogata e di bambini con due madri.**

---

<sup>95</sup> Cfr. la relazione della Commissione alla proposta di regolamento, COM(2022) 695 final, cit., par. 1, 3 e 5, 12 ss. su cui v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 537.

<sup>96</sup> *Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation*, COM(2022) 695 final, reperibile [online](#), sulla quale v. M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 538.

<sup>97</sup> G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi*, cit., pp. 6-7.

<sup>98</sup> Parentage/Surrogacy Experts' Group, Final Report *The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, Prel. Doc. No 1 of November 2022, reperibile [online](#).



A seguito della citata sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 38162/2022, che ha consolidato l'orientamento negativo rispetto al riconoscimento dello *status filiationis* derivante da surrogazione di maternità all'estero rispetto al genitore che non ha un rapporto biologico con il nato, sono state emanate alcune circolari per assicurare che gli uffici dello stato civile si adeguino ai principi così affermati.

Per cominciare, la circolare n. 3/2023 del Ministero dell'interno<sup>99</sup> riporta i passaggi della sentenza che escludono la trascrizione dell'atto di nascita e invita i vari sindaci dei comuni ad «assicurare una puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici» (cioè gli ufficiali di stato civile competenti per le trascrizioni degli atti di nascita formati all'estero).

A sua volta, la circolare del prefetto di Milano del 10 marzo 2023 ha comunicato ai sindaci dell'area metropolitana milanese che non possono essere trascritti atti di nascita a seguito di surrogazione di maternità con indicazione del genitore d'intenzione che non ha fornito il materiale biologico e, ancora, che non possono essere formati atti di nascita da genitori dello stesso sesso se non con l'indicazione del solo genitore che ha un legame biologico con il nato (quest'ultima ipotesi esula dalla surrogazione di maternità, che in Italia non potrebbe avvenire, e attiene piuttosto alla fattispecie dei bambini con due madri di cui si è già detto<sup>100</sup>).

Le istruzioni contenute in queste circolari costituiscono espressione della attuale posizione dell'Italia sulle problematiche della maternità surrogata (che, come si è detto, in Italia è vietata, mentre se avvenuta all'estero è riconoscibile nei soli confronti del genitore che ha donato i gameti, ferma la possibilità, per il genitore d'intenzione, di costituire un rapporto di filiazione con il nato solo mediante l'adozione in casi particolari) e dei bambini con due madri (non ammissibile in Italia perché la legge non la prevede ma riconoscibile se proviene dall'estero).

La base giuridica di queste circolari è costituita dall'art. 9 del d.P.R. n. 396/2000 ai sensi del quale gli ufficiali di stato civile sono sottoposti alla vigilanza del prefetto e sono tenuti a conformarsi alle istruzioni del Ministero dell'interno (in cui lo stesso prefetto è incardinato). Si ritiene pertanto che le istruzioni contenute nelle circolari in parola siano impartite legittimamente<sup>101</sup>.

Esagerate sembrano quindi le critiche che in particolare la circolare prefettizia milanese ha incontrato in alcuni settori dell'opinione pubblica e anche da parte di soggetti istituzionali, ispirate più da motivazioni di carattere ideologico (come spesso

---

<sup>99</sup> Ministero dell'interno, [circolare 19 gennaio 2023, n. 3](#).

<sup>100</sup> V. *supra*, par. 5.

<sup>101</sup> R. CALVIGIONI, *Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore*, cit., p. 16.

accade in una materia che tocca le corde più profonde della sensibilità individuale) che strettamente giuridico<sup>102</sup>.

Come si è sottolineato<sup>103</sup>, nulla esclude che *de iure condendo* cambi la posizione italiana, non tanto in tema di maternità surrogata, in quanto trattasi di pratica vietata nel nostro ordinamento con sanzioni penali, quanto di bambini con due madri. Una volta stabilito (i) che è possibile addivenire alla fecondazione assistita eterologa e (ii) che l'orientamento sessuale dei genitori non è di ostacolo al riconoscimento della filiazione costituito all'estero, non sembrano esserci ostacoli di principio ad ammettere che la pratica sia realizzata anche in Italia previa modifica o superamento in via giurisprudenziale della norma che, allo stato, prevede che sull'atto di nascita venga indicata una e una sola madre.

---

<sup>102</sup> In particolare, il punto 10 della risoluzione del Parlamento europeo, del 30 marzo 2023, sullo Stato di diritto 2022 – La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea ([2022/2898\(RSP\)](#)) ha condannato «le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali» ritenendo «che questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli; [e] che tale azione costituisca una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989; esprime[ndo] preoccupazione per il fatto che tale decisione si iscrive in un più ampio attacco contro la comunità LGBTQI + in Italia; invita[ndo] il governo italiano a revocare immediatamente la sua decisione». In realtà *supra*, par. 5, si è detto che in Italia la maternità surrogata è vietata allo stesso modo per le coppie eterosessuali come per quelle omosessuali. Anche M.C. BARUFFI, *La proposta di regolamento UE*, cit., p. 539, ritiene che «circoscrivere il problema alle famiglie omogenitoriali non coglie tutte le sfaccettature della realtà».

<sup>103</sup> V. *supra*, par. 5.

ABSTRACT: In data 7 dicembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione.

In questo commento verranno esaminate le disposizioni sulla legge applicabile, che morano a garantire il riconoscimento – e quindi la circolazione – dello *status filiationis* in tutti i paesi dell'Unione. Il commento alla proposta sarà preceduto da un'introduzione in cui si vedrà che il problema del riconoscimento dello *status filiationis* sorge perché non esiste una nozione uniforme di filiazione a livello europeo.

Infine, verrà esaminato come la proposta inciderebbe sul riconoscimento della filiazione transnazionale nei casi in cui questa dipenda da maternità surrogata o dalla pratica dei bambini con due madri, e le ragioni per cui la proposta ha incontrato l'opposizione di alcuni Stati.

PAROLE CHIAVE: proposta di regolamento europeo sulla filiazione; circolazione dello *status filiationis*; legge applicabile alla filiazione; maternità surrogata; bambini con due madri.

*The proposal for an EU regulation on parenthood and the issue of the recognition of the status filiationis in cross-border situations*

ABSTRACT: *On 7 December 2022, the European Commission adopted a proposal for a regulation on the jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood.*

*This commentary will examine the provisions on applicable law aimed at guaranteeing the recognition – and therefore the circulation – of the status filiationis in all countries of the European Union. The commentary on the proposal will be preceded by an introduction showing that the problem of the recognition of the status filiationis is due to the lack of a uniform notion of parenthood at a European level.*

*Finally, it will be examined how the proposal would affect the recognition of transnational parenthood in the event of surrogacy of motherhood or children with two mothers, and the reasons why the proposal met with opposition from some States.*

KEYWORDS: *proposal for an EU regulation in matters of parenthood; circulation of the status filiationis; applicable law to parenthood; surrogate motherhood; children with two mothers.*