

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

COPPIE OMOSESSUALI E *STATUS FILIATIONIS*

a cura di P. Passaglia

con contributi di

A. Giannaccari

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M.T. Rörig

C. Torrisi

dicembre 2020

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

COPPIE OMOSESSUALI E *STATUS FILIATIONIS*

INDICE

CANADA

1. Profili generali	9
1.1. Il matrimonio tra coppie omosessuali	9
1.2. Le unioni civili	12
1.3. La disciplina della fecondazione medicalmente assistita	13
1.4. La disciplina della maternità surrogata	16
2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali	18
2.1. La <i>step-parent adoption</i>	18
2.2. Filiazione e adozione da parte del <i>partner</i> a seguito delle tecniche di fecondazione assistita	21
2.3. Filiazione e adozione nei casi di maternità surrogata	23
3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo <i>status filiationis</i>	26

FRANCIA

1. Inquadramento delle tematiche	31
1.1. Il progressivo riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali	31
1.1.1. <i>Il riconoscimento delle unioni civili per le coppie omosessuali con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999</i>	31
1.1.2. <i>Il riconoscimento del matrimonio per le coppie omosessuali con la legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013</i>	33
1.2. La disciplina generale della fecondazione eterologa	34
1.2.1. <i>Le leggi sulla bioetica del 1994</i>	34
1.2.2. <i>La posizione del Conseil constitutionnel</i>	35
1.2.3. <i>Verso il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla PMA da parte delle donne singles o omosessuali</i>	37
1.3. La disciplina generale della maternità surrogata	38

2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali	40
2.1. Gli effetti del riconoscimento del matrimonio omosessuale sulle adozioni	40
2.2. La posizione del <i>Conseil constitutionnel</i>	41
2.3. L'adozione da parte del <i>partner</i> a seguito di fecondazione eterologa (avvenuta all'estero)	42
2.4. L'adozione da parte di uno dei coniugi a seguito di maternità surrogata ...	44
2.4.1. <i>La decisione della Cour de cassation n. 826 del 5 luglio 2017</i>	44
2.4.2. <i>Il seguito della decisione della Cour de cassation</i>	45
3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo <i>status filiationis</i>	47
3.1. Il caso delle nascite a seguito di fecondazione eterologa	47
3.2. Il caso delle nascite a seguito di maternità surrogata	49
3.2.1. <i>L'evoluzione relativa alle coppie eterosessuali</i>	49
3.2.2. <i>L'estensione della giurisprudenza alle coppie same sex</i>	52

GERMANIA

1. Il quadro normativo per il riconoscimento delle coppie omosessuali e le relative questioni attinenti la filiazione	55
1.1. Il riconoscimento delle coppie omosessuali	55
1.2. Disciplina della fecondazione eterologa (in generale)	57
1.3. Disciplina della maternità surrogata (in generale)	60
2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali	61
2.1. <i>La stepchild adoption</i>	63
2.2. L'adozione da parte del <i>partner</i> a seguito di fecondazione eterologa	66
2.3. L'adozione da parte dei due coniugi a seguito di maternità surrogata	66
3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo <i>status filiationis</i>	69
3.1. Le nascite a seguito di fecondazione eterologa	72
3.2. Le nascite a seguito di maternità surrogata	74
3.3. I principi costituzionali o internazionali che vengono in gioco nel bilanciamento	80

REGNO UNITO

1. Profili generali	83
1.1. Il riconoscimento delle coppie omosessuali	83
1.1.1. <i>Il Civil Partnerships Act 2004</i>	83
1.1.2. <i>Il Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013</i>	84
1.2. La fecondazione eterologa	85
1.2.1. <i>L'acquisizione della genitorialità</i>	86
1.3. La maternità surrogata	88
1.3.1. <i>I parental orders</i>	89
2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali	91
2.1. <i>La step-parent adoption</i>	93
3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo <i>status filiationis</i>	95
3.1. Nascite a seguito di fecondazione eterologa	96
3.2. Nascite a seguito di maternità surrogata	96

SPAGNA

1. Introduzione	99
2. Brevi cenni sul riconoscimento (o meno) normativo e/o giurisprudenziale	100
2.1. ... dei diritti delle coppie omosessuali	100
2.2. ... della fecondazione eterologa	102
2.3. ... della maternità surrogata	103
2.4. ... dell'adozione da parte delle coppie (di fatto o coniugate) dello stesso sesso	103
3. Procreazione medicalmente assistita e filiazione	106
3.1. Il caso delle unioni di due madri	107
3.1.1. <i>Le unioni matrimoniali</i>	107
3.1.2. <i>Le unioni non matrimoniali</i>	110
3.2. Il caso della maternità surrogata	112
4. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo <i>status filiationis</i>	112

5. <i>Segue: le nascite a seguito di maternità surrogata</i>	113
5.1. <i>La instrucción della Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 ottobre 2010</i>	114
5.2. <i>La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio 2014</i>	116
5.3. <i>Le instrucciones della Dirección General de los Registros y del Notariado del 14 e del 18 febbraio 2019</i>	119

CANADA

di Andrea Giannaccari

1. Profili generali

1.1. Il matrimonio tra coppie omosessuali

Nel sistema federale canadese, la potestà legislativa è ripartita tra il Parlamento e le legislature delle dieci province (e dei tre territori) in base alle *sections* 91 e 92 del *Constitution Act 1867*. In proposito, il Parlamento nazionale ha la potestà in tema di “matrimonio e divorzio” (ai sensi della sec. 91(26)), mentre le Assemblee legislative provinciali mantengono la potestà sulla “*solemnization of marriage in the province*” (sec. 92(12)). Da un punto di vista generale, è dunque consolidato l’orientamento in base al quale il Parlamento può emanare norme afferenti alla capacità di contrarre il matrimonio, mentre le province legiferano in relazione alle relative modalità formali.

Nell’ambito di tale divisione di poteri, la definizione del matrimonio ricadeva sostanzialmente tra le competenze federali. Tuttavia, prima del 2005, l’istituto del matrimonio non aveva beneficiato di alcuna qualificazione legislativa ed era conseguentemente disciplinato attraverso la *common law*. Essa rimontava al risalente *dictum* di Lord Penzance in *Hyde v. Hyde* a tenore del quale il matrimonio rappresentava “(...) *the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*”¹. Attraverso tale statuizione era stato di fatto escluso il matrimonio tra coppie dello stesso sesso.

Ciò premesso, la legalizzazione dell’unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso si è realizzata con l’emanazione del *Civil Marriage Act* del 2005, quale ultimo atto di un complesso percorso legislativo e giurisprudenziale, anche di natura costituzionale². Attraverso tale testo legislativo, il Parlamento canadese ha infatti inteso modificare la definizione di matrimonio fino a quel momento vigente in ossequio alla *common law*, riconoscendo l’eguaglianza delle coppie omosessuali di fronte alla legge. Ai sensi dell’art. 2 del testo è stato infatti

¹ *Hyde v Hyde and Woodmansee* (1866) LR 1 P&D 130, 133.

² *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33. Per un’analisi, in prospettiva anche storica, si rinvia a D. CURTIS, *The Track to Freedom: Canada’s Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States*, in *Creighton International and Comparative Law Journal*, vol. 9, 2018, 68; nonché A. BATTISTON, *The Legal History of Same-Sex Marriage in Canada*, in *Canadian Law Library Review*, vol. 39, 2014, 8.

previsto che: “[m]arriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others”. È, dunque, mediante il riferimento alle “due persone” che si è sostituita la dizione (“one man and one woman”) fino a quel momento resa attraverso la *common law*.

Ciò premesso, l’emanazione del *Civil Marriage Act*, che ha consentito anche alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, costituisce la tappa di un’evoluzione più ampia nell’ambito della quale ha avuto un rilievo significativo il formante giurisprudenziale, soprattutto a seguito dell’emanazione della *Charter of Rights and Freedoms* (nel prosieguo, anche Carta dei diritti e delle libertà o semplicemente la Carta) che rappresenta la prima parte del *Constitution Act 1982*. All’art. 15 della Carta si è infatti riconosciuto il diritto all’eguaglianza di fronte alla legge³, e l’interpretazione di tale disposizione è stata alla base di numerose controversie a livello provinciale proprio da parte di coppie omosessuali volte a far riconoscere l’orientamento sessuale quale ambito per ravvisare una eventuale fonte di discriminazione⁴. Tuttavia, il riconoscimento giurisprudenziale dell’orientamento sessuale quale caratteristica della persona assimilabile all’elenco racchiuso nell’art. 15 della Carta è stato realizzato dalla Corte suprema del Canada nel 1995. In *Egan v. Canada*, i giudici hanno definito un importante precedente affermando che: “(...) *sexual orientation is a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs, and so falls within the ambit of [section] fifteen protection as being analogous to the enumerated grounds*”⁵. Su tali premesse, la Corte aveva pertanto concluso che il sistema pensionistico violava la sec. 15 nel non accordare al coniuge dello stesso sesso la pensione di reversibilità che era invece nella disponibilità del coniuge di sesso opposto.

La discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale è stata successivamente ribadita dalla Corte suprema in *Vriend* nel 1998 (relativa ad un caso di discriminazione sul luogo di lavoro in base all’orientamento sessuale)⁶ e

³ L’art. 15(1) dispone che: “*Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*”.

⁴ Per una ricostruzione delle controversie nelle diverse province e territori del Canada, v. C.M. GLASS, N. KUBASEK, *The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from Their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage Rights*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 15, 2008, 163. V., altresì, K. OSTERLUND, *Love, Freedom and Governance: Same-Sex Marriage in Canada*, in *Social & Legal Studies*, vol. 18, 2009, 93.

⁵ *Egan v Canada* (1995) 2 S.C.R 513, al § 5.

⁶ *Vriend v Alberta* (1998) 1 S.C.R. 493.

nella controversia *M. v H.* del 1999⁷. In tale circostanza, i supremi giudici hanno stabilito che l'esclusione per le coppie omosessuali dell'obbligo di mantenimento previsto dalla legislazione dell'Ontario in tema di diritto di famiglia integrava gli estremi per ravvisare la discriminazione in base all'orientamento sessuale ai sensi della sec. 15 della Carta.

Anche a livello provinciale, le corti hanno progressivamente riconosciuto che l'esclusione delle coppie dello stesso sesso rispetto alla definizione di matrimonio circoscritta all'unione tra persone di sesso diverso, come ereditata dalla *common law*, violava la sec. 15. I primi tribunali a rilevare il contrasto rispetto alla Carta nel corso di procedimenti intentati da coppie omosessuali furono quelli delle province più rappresentative (e popolose): British Columbia (nel 2002)⁸, Ontario (nel 2003)⁹ e Québec (2004)¹⁰. In tali controversie, le corti d'appello hanno progressivamente affermato che l'esclusione delle coppie omosessuali dalla definizione di matrimonio rappresentava una violazione della *equality clause* sancita dalla sec. 15 della Carta dei diritti e delle libertà.

A fronte di tali pronunce delle corti d'appello, che saranno nei due anni successivi condivise quanto alla declaratoria di incostituzionalità dai tribunali delle altre province canadesi, l'Avvocato generale del Canada (che rappresenta il Governo nei contenziosi) decise di non presentare impugnazione di fronte alla Corte suprema. Piuttosto, l'esito dei giudizi a livello provinciale, congiuntamente alle richiamate pronunce della stessa Corte suprema, spinsero il Governo a presentare in Parlamento un disegno di legge per la definizione del matrimonio che non escludesse le coppie dello stesso sesso. Tuttavia, prima di depositare il *draft* legislativo alla *House of Commons*, il governo si risolveva a chiedere alla Corte suprema, ai sensi della sec. 53 del *Supreme Court Act 1985*, un'*advisory opinion* circa la legittimità costituzionale dell'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali¹¹. È sostanzialmente valendosi della *living tree doctrine* (incline a valorizzare l'evoluzione anche sociale oltre che giuridica) che i giudici supremi hanno deciso di accordare, all'unanimità, una interpretazione evolutiva dell'istituto del matrimonio tale da legittimare la definizione contenuta nel *draft* legislativo e superare la precedente qualificazione di matrimonio della *common*

⁷ *M. v H.* (1999) 2 S.C.R. 3.

⁸ British Columbia Court of Appeal, *EGALE Canada v. Canada* (Attorney General), (2003) 225 D.L.R. (4th) 472.

⁹ Court of Appeal for Ontario, *Halpern v. Canada*, (2003) 225 D.L.R. (4th) 529.

¹⁰ Court of Appeals, *Hendricks and Leboeuf v. Québec*, (2002 R.J.Q. 2506.

¹¹ *Re Same-Sex Marriage* (2004) 3 S.C.R. 698.

law emersa in *Hyde v Hyde*. Il disegno di legge C-38 – *Civil Marriage Act* – veniva conseguentemente plasmato in senso conforme all’*opinion* resa dai giudici, e approvato nel luglio del 2005¹². Dal quel momento in poi, la definizione di matrimonio in Canada ha dunque contemplato anche l’unione tra persone dello stesso sesso.

1.2. Le unioni civili

La richiamata *advisory opinion* resa dalla Corte suprema nel 2004 (v., *supra*, par. 1.1) in relazione al matrimonio tra persone dello stesso sesso ha parimenti rappresentato l’occasione per definire alcuni aspetti delle unioni civili. A tal riguardo, la Corte suprema si era già pronunciata in *M. v H.*¹³ affermando che fosse costituzionalmente legittima l’estensione alle coppie omosessuali non unite in matrimonio della maggior parte dei diritti e dei doveri associati al vincolo matrimoniale.

La Corte suprema, nel rendere l’*advisory opinion*, aveva tuttavia ribadito che la potestà legislativa del Parlamento nazionale in tema di matrimonio non poteva ampliarsi fino a comprendere le forme di unione civile diverse dal vincolo matrimoniale. Al contrario, avevano chiarito i giudici, posto che la potestà in tema di proprietà e diritti civili spetta alle province canadesi ai sensi della sec. 92(13) del *Constitution Act 1867*, era compito delle Assemblee legislative provinciali legiferare in relazione alle “*non marital opposite-sex relationships*”¹⁴. A seguito di tale pronuncia, è risultato evidente che anche le unioni civili tra persone dello stesso sesso fossero dunque di competenza dei legislatori provinciali ed è per tale motivo che nel preambolo del *Civil Marriage Act* viene ribadito che il Parlamento nazionale non ha l’autorità per realizzare il riconoscimento giuridico di istituti diversi dal matrimonio per le coppie dello stesso sesso.

È su tali premesse che diverse province hanno nel corso del tempo emanato specifiche legislazioni volte a riconoscere le unioni civili tra persone dello stesso sesso (variamente individuate con i termini *civil unions* o *civil partnerships*). Tra le prime in ordine di tempo, va annoverata la provincia del Québec, la cui *National Assembly* ha approvato l’*Act Instituting Civil Unions and Establishing*

¹² *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33.

¹³ *M. v H.* (1999) 2 S.C.R. 3.

¹⁴ *Re Same-Sex Marriage* (2004) 3 S.C.R. 698, al par. 33.

*New Rules of Filiation*¹⁵. Con l’emanazione di tale testo legislativo è stato riconosciuto l’istituto delle unioni civili, sia tra coppie eterosessuali che omosessuali, che si fonda sull’impegno assunto pubblicamente alla vita in comune e all’osservanza dei diritti ed obblighi sostanzialmente equivalenti a quelli risultanti dal vincolo matrimoniale. Le principali differenze riguardano l’età alla quale i soggetti possono unirsi civilmente (almeno 18 anni, rispetto ai 16 necessari per contrarre matrimonio) e le condizioni alle quali può realizzarsi lo scioglimento dell’unione. La filiazione può essere definita per vincolo di sangue, mediante adozione o riconosciuta legalmente nel caso di presunzione di paternità o procreazione assistita; e tali disposizioni si applicano anche ai figli di coppie dello stesso sesso. I soggetti uniti civilmente possono adottare dei minori e in tale circostanza la filiazione viene riconosciuta ad entrambi i genitori. Tale sistema è peraltro molto simile alle unioni civili (denominate *domestic partnerships*) riconosciute in Nuova Scozia nell’ambito del *Law Reform Act*¹⁶.

Un sistema sostanzialmente analogo è quello adottato dalla Provincia di Manitoba, che ha esteso la maggior parte dei diritti e degli obblighi conseguenti al matrimonio ad altri tipi di legami (giuridicamente qualificati quali *common-law relationships*) sia per le coppie eterosessuali che omosessuali¹⁷. Infine, anche l’Alberta ha adottato una legislazione che riconosce le forme di unione civile che prendono il nome di *adult interdependent relationships*¹⁸.

1.3. La disciplina della fecondazione medicalmente assistita

Le varie tecniche di fecondazione medicalmente assistita – da quelle più semplici a quelle più complesse ed indipendentemente dal fatto che il materiale biologico appartenga ai genitori intenzionali o sia donato da terze parti – sono disciplinate ai sensi dell’*Assisted Humans Reproduction Act* (nel prosieguo,

¹⁵ *An Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, June 2002, <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2002C6A.PDF>.

¹⁶ Il testo è disponibile *on line* alla pagina https://nslegislature.ca/legc/bills/58th_1st/3rd_read/b075.htm.

¹⁷ Per un approfondimento, con i relativi richiami ai testi legislativi, si rinvia a <https://www.gov.mb.ca/justice/crown/family/law/pubs/familylawbooklet2014.pdf>. L’Assemblea del Manitoba ha altresì adottato il *Charter Compliance Act* nel 2002 mediante il quale sono stati riconosciuti diritti e obblighi per le coppie dello stesso sesso, in particolare per quanto attiene alle adozioni congiunte di minori e per consentire al genitore non biologico di adottare il figlio del partner (*step-parent adoption*).

¹⁸ *Adult Interdependent Relationships Act*, SA 2002, c A-4.5. Il testo è consultabile *on line* a https://www.qp.alberta.ca/1266.cfm?page=A04P5.cfm&leg_type=Acts&isbncIn=9780779811595.

anche, *AHRA*)¹⁹. Tale testo legislativo ha ricevuto il *Royal Assent* nel 2004 a seguito di un acceso dibattito, anche legislativo, in tema di procreazione assistita che si era manifestato nel corso dei dieci anni precedenti. Il testo, stante la relativa caratura penale (cui si è ricorso per l'assenza da parte del Governo della potestà legislativa in ambito sanitario), si presenta quale insieme di divieti, controlli di carattere regolamentare, e una serie di procedure amministrative deputate a disciplinare un ampio spettro di attività mediche, commerciali e di ricerca variamente collegate alle diverse tecniche di procreazione assistita.

In una prospettiva generale, le diverse attività sono solitamente oggetto di una tassonomia volta a ricomprendere tre macro-categorie: *a*) le attività ritenute sempre illecite (sec. 5-9); *b*) quelle che possono beneficiare di deroghe (sec. 8); e, infine, *c*) le attività soggette a controllo e autorizzazione da parte del Ministero della Salute (sec. 10-13). È in tale ultima categoria che sono ricomprese le più comuni tecniche di procreazione medicalmente assistita, tra cui quelle basate sulla donazione di materiale genetico maschile e femminile.

Vi sono poi tutta una serie di norme che disciplinano le responsabilità e i compiti del Ministero della Salute (tali attribuzioni erano state in precedenza attribuite ad una agenzia pubblica appositamente costituita, la *Assisted Human Reproduction Agency of Canada*) (sec. 20-59). Infine, dopo aver definito le sanzioni in caso di violazione della disciplina (sec. 60-64), viene regolato il rapporto tra le leggi federali e leggi provinciali così come il processo di revisione parlamentare (sec. 68-78).

Il testo attualmente in vigore è stato oggetto nel corso degli anni di numerose modifiche legislative (l'ultima in ordine di tempo è entrata in vigore a giugno 2020) e anche di un importante sindacato da parte della Corte suprema. In proposito, alcune pronunce particolarmente significative hanno rilevato l'incostituzionalità delle disposizioni originariamente presenti nell'*AHRA* (tra cui quelle volte a disciplinare la divulgazione e gestione delle informazioni sull'identità dei donatori) in ragione del fatto che il Parlamento aveva agito *ultra vires*, regolamentando profili propri della potestà legislativa provinciale²⁰. A

¹⁹ *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 (Last amended on June 9, 2020). Per commenti strutturati al testo di legge, v. S. MARVEL, *Laws of Conception: A Queer Genealogy of Canada's Assisted Human Reproduction Act*, in *FIU Law Review*, vol. 12, 2016, 81; J. GUICHON, I. MITCHELL, C. DOIG, *Assisted Human Reproduction in Common Law Canada after the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 25, 2013, 315.

²⁰ *Québec v Canada*, 2008 Carswell Que 9848 [2008], 298 D.L.R. (4th) 712 (Q.C.A.). Per una ricostruzione ed analisi di tali profili si v., *ex multis*, M. MALONE, *Gamete Donor Anonymity in Canada: An Overview of Potential Policy Solutions*, in *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 38, 2017, 71.

seguito delle censure da parte della Corte suprema, talune province hanno legiferato in relazione a molti ambiti, altre si sono astenute dal regolamentare i medesimi profili, concorrendo dunque a creare una disciplina complessiva (tra livello federale e provinciale) ritenuta spesso confusa e di complessa decifrazione, suscettibile di alimentare il fenomeno del turismo sanitario a fini procreativi²¹.

Nell'ambito dei principi ispiratori dell'*AHRA* è opportuno evidenziare che il criterio orientativo in relazione a numerosi profili associati alla procreazione medicalmente assistita è informato alla tutela della salute e del benessere dei bambini nati attraverso il ricorso alle diverse tecniche. Inoltre, ai sensi della sec. 10, è previsto che anche le coppie omosessuali possono accedere alle diverse tipologie di riproduzione assistita, vietandosi dunque forme di discriminazione in base all'orientamento sessuale o sullo stato civile.

Infine, deve essere segnalato che oltre all'*AHRA* e alle disposizioni in vigore a livello provinciale, sono stati recentemente emanati diversi regolamenti attuativi volti a disciplinare le varie attività connesse alle tecniche di riproduzione assistita. A tal riguardo, è opportuno richiamare le *Safety of Sperm and Ova Regulations*, entrate in vigore nel 2020, che disciplinano la gestione complessiva, nelle diverse fasi (dall'acquisizione alla conservazione fino alla distribuzione), del materiale genetico necessario alla riproduzione²². Ma sono altresì in vigore specifiche disposizioni volte a regolamentare gli aspetti legati ai costi (e alle possibilità di rimborso) per coloro che fruiscono delle tecniche di procreazione assistita²³; così come ulteriori norme di dettaglio in tema di accertamento da parte degli ispettori del Ministero della Salute della corretta applicazione dell'*AHRA*²⁴. Infine, sono state emanate ulteriori disposizioni per disciplinare, tra i vari ambiti, le modalità per prestare il consenso da parte dei donatori all'utilizzo del materiale genetico, la tutela del loro anonimato e la gestione e conservazione dei registri²⁵.

²¹ Si rinvia in proposito a D. SNOW, *Blunting the Edge: Federalism, Criminal Law, and the Importance of Legislative History after the Reference Re Assisted Human Reproduction Act*, in *University of British Columbia Law Review*, vol. 48, 2015, 567.

²² Il testo è disponibile *on line* alla pagina <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/SOR-2019-192.pdf>.

²³ Cfr. *Reimbursement Related to Assisted Human Reproduction Regulations*, SOR/2019-193, June 9, 2019, Canada Gazette, Part II, Volume 153, Number 13. Il testo è disponibile *on line* alla pagina <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-06-26/html/sor-dors193-eng.html>.

²⁴ Cfr. *Administration and Enforcement (Assisted Human Reproduction Act) Regulations: SOR/2019-194*, June 9, 2019, Canada Gazette, Part II, Volume 153, Number 13. Il testo è disponibile *on line* alla pagina <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-06-26/html/sor-dors194-eng.html>.

²⁵ Cfr. *Regulations Amending the Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations: SOR/2019-195*, June 10, 2019, Canada Gazette, Part II, Volume 153, Number 13. Il

1.4. La disciplina della maternità surrogata

La maternità surrogata è consentita in Canada in conformità alle disposizioni dell'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004²⁶. La validità dei contratti di maternità surrogata e le procedure per il riconoscimento della genitorialità sono tuttavia disciplinati a livello provinciale. Alla sec. 6(5) viene infatti stabilito che: “[t]his section does not affect the validity under provincial law of any agreement under which a person agrees to be a surrogate mother”.

Ciò premesso, le varie tecniche associabili alla surrogazione di maternità sono consentite per tutti gli aspiranti genitori a prescindere dal sesso, dal relativo stato civile e per quanto attiene all’orientamento sessuale. Tra i principi ispiratori del testo di legge figurano le tensioni di carattere etico e di tutela sanitaria in ragione delle quali si è inteso vietare qualunque logica di carattere commerciale, informando le diverse disposizioni al solo scopo altruistico. A tal fine, la sec. 6 è oltremodo perentoria nel vietare ogni forma di maternità surrogata esercitata a fini commerciali, ma anche qualunque ipotesi di mediazione lucrativa e di pubblicità della richiesta o offerta di surrogazione. Sia l’offerta di un prezzo, sia anche l’attività di intermediazione nei confronti delle donne, sono dunque vietate. Nei casi di violazione di tali disposizioni, è prevista per gli autori delle condotte illecite la reclusione fino a dieci anni, una multa fino a 500.000 dollari, o entrambi (cfr. sec. 60).

Sebbene l'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 qualifichi la maternità surrogata commerciale quale illecito di natura penale, è stato parimenti previsto alla sec. 12 che la madre surrogata possa aver diritto alle spese sostenute durante la gravidanza (stimate, in media, a 30.000 dollari, rispetto ad un costo complessivo che si attesta mediamente a 85.000 dollari), mentre non è possibile alcun rimborso per la perdita del reddito da lavoro eventualmente subita nel corso della gestazione, ad eccezione del caso in cui un medico qualificato certifichi per iscritto l’inabilità al lavoro in ragione del fatto che la gravidanza ponga rischi per la salute della donna, o per il feto. In tali circostanze, le modalità per ottenere il rimborso sono stabilite in apposite *regulations*. È fatto parimenti divieto di corrispondere un rimborso ai donatori per le spese eventualmente sostenute per

testo è disponibile *on line* alla pagina <http://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-06-26/html/sor-dors195-eng.html>.

²⁶ In relazione alla disciplina, e per un’analisi dei profili problematici, si rinvia a J. KOZAKIEWICZ, *Surrogacy in Canada: Critical Perspectives in Law and Policy*, in *Canadian Law Library Review*, vol. 45, 2020, 25; M. DECKHA, *Situating Canada’s Commercial Surrogacy Ban in a Transnational Context: A Postcolonial Feminist Call for Legalization and Public Funding*, in *McGill Law Journal*, vol. 61, 2015, 31.

realizzare la donazione del materiale biologico (ovulo o gamete maschile), così come ai soggetti variamente attivi nella conservazione o nel trasporto degli embrioni *in vitro*.

Inoltre, quanto agli aspetti definitivi, la sec. 3 dell'*AHRA* contempla una definizione di madre surrogata particolarmente ampia, poiché essa viene identificata quale persona di sesso femminile che porta un embrione o un feto – concepito mediante una procedura di procreazione medicalmente assistita, i cui geni derivano da uno o più donatori – con l'intenzione di consegnare il bambino ad un donatore o ad un'altra persona al momento della nascita. A tal riguardo, è previsto quale requisito inderogabile per le donne che vogliono ricoprire il ruolo di madre surrogata il compimento del ventunesimo anno di età. Al fine di limitare il ricorso delle giovani donne alla surrogazione di maternità, vengono inoltre considerati illeciti di natura penale la realizzazione delle diverse procedure mediche (ad esempio, l'inseminazione artificiale o l'impianto di un embrione *in vitro*) qualora i soggetti che compiono tali pratiche siano a conoscenza o avrebbero dovuto essere a conoscenza del fatto che la donna non aveva compiuto ventuno anni.

Ciò premesso, gli accordi di maternità surrogata tra la madre e i genitori intenzionali (che inclinano ad attestarsi a circa 400 l'anno) devono essere definiti rispettando le disposizioni dell'*Assisted Human Reproduction Act*, ed essere parimenti conformi alle norme in vigore nelle diverse province e territori canadesi. Sebbene nella maggior parte delle province la surrogazione di maternità sia lecita, sussistono una serie di rilevanti eccezioni (come nel caso del Québec), oltre al fatto che le norme locali – congiuntamente alla giurisprudenza che si è sviluppata – non consentono di rendere una chiara prospettiva d'insieme.

In Québec, ad esempio, la sec. 541 del *Civil Code* stabilisce che “[a]ny agreement whereby a woman undertakes to procreate or carry a child for another person is absolutely null”. La dizione “assolutamente nullo” prevista dal legislatore implica naturalmente che il contratto di surrogazione non produce alcun effetto giuridico, sia nel caso in cui l'accordo abbia natura verbale sia anche qualora si sia ricorsi alla forma scritta, e nessuna corte provinciale sarà incline ad attribuirne la validità. Quale conseguenza, la donna che farà nascere il bambino è giuridicamente qualificata come madre anche nel caso in cui non sussista alcuna connessione genetica (il DNA). In tale circostanza, per il diritto del Québec, un genitore intenzionale che non abbia partecipato al concepimento non potrà rivendicare alcun diritto sul minore nato in base ad un contratto (nullo) di maternità surrogata. Ma anche la madre surrogata non potrà pretendere l'esecuzione del contratto e assumerà la maternità del bambino, mentre la

paternità potrà essere attribuita alla persona che ha donato il gamete maschile, se nota. L'unica possibilità di modificare tale esito è attraverso il ricorso alle procedure di adozione.

Più in generale, quanto ai profili concernenti l'attribuzione di genitorialità e i casi particolari di adozione connessi alla surrogazione di maternità si rinvia a quanto si dirà *infra*, par. 2.3.

2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali

L'istituto dell'adozione rientra tra le competenze delle assemblee legislative provinciali ai sensi della sec. 92(16) del *Constitution Act 1867*. Per tale motivo, la legislazione che si è venuta sviluppando nel corso del tempo, assieme alla relativa giurisprudenza di merito, non hanno consentito di realizzare il medesimo livello di armonizzazione che si è determinato nelle materie soggette alla potestà legislativa federale.

Piuttosto, l'attribuzione su tali materie della competenza legislativa a livello provinciale, congiuntamente alla richiamata giurisprudenza della Corte suprema intervenuta per censurare numerose disposizioni originariamente presenti nell'*AHRA*, non hanno indotto i diversi ordinamenti provinciali a definire una legislazione puntuale. Sono pertanto emerse discipline giuridiche provinciali tra loro spesso differenti, in taluni casi oltremodo parziali, se non del tutto inconferenti quanto a numerosi e rilevanti profili. Di qui, le critiche spesso emerse in dottrina sostanzialmente volte a criticare quello che è stato definito quale “*patchwork of provincial laws*”²⁷. A sua volta suscettibile di favorire – anche in ragione delle differenze giuridiche esistenti tra le varie province – il fenomeno del turismo sanitario da parte di coloro che intendono fruire delle tecniche di procreazione assistita o della surrogazione di maternità, e dell'istituto dell'adozione.

2.1. La *step-parent adoption*

Tra le differenti tipologie di adozione, una di quelle cui viene fatto maggiormente ricorso prende il nome di *step-parent adoption*. A seguito

²⁷ Tra i primi a far uso di tale locuzione, L. EGGERTSON, *Patchwork Regulations Likely Outcome of Reproductive Technology Rules*, in *Canadian Medical Association Journal*, vol. 183, 2011, E215. Del medesimo tenore è il giudizio più recentemente espresso da M. MALONE, *Gamete Donor Anonymity in Canada: An Overview of Potential Policy Solutions*, in *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 38, 2017, 77.

dell'aumento del numero dei divorzi, in ragione della facoltà di contrarre matrimonio da parte delle coppie omosessuali e a seguito del riconoscimento delle unioni civili, si è assistito ad un notevole incremento del numero di procedimenti per tale tipologia di adozione presso gli organi giurisdizionali competenti a livello provinciale o territoriale. Organi che sono solitamente rappresentati dalle *Family Court* o dalle *Superior Court of Justice*.

In una prospettiva generale, la *step-parent adoption* consente ad una persona di adottare il figlio del proprio coniuge o del compagno con il quale è unita civilmente. In tali circostanze, il decreto di adozione da parte del giudice pone termine ai rapporti di genitorialità fino a quel momento attribuiti all'altro genitore biologico. Ed è sostanzialmente per tale ragione che le diverse legislazioni locali fanno obbligo di ottenere il consenso del genitore biologico, sebbene tale requisito possa non essere soddisfatto in presenza di alcune condizioni riscontrate dai giudici (ad esempio, qualora il genitore versi in una delle diverse tipologie di incapacità, si sia reso irreperibile, o abbia abbandonato il minore).

Ciò premesso, la legislazione per molti anni in vigore nelle dieci province (e nei tre territori) del Canada attribuiva esclusivamente alle coppie eterosessuali la facoltà di ricorrere a tale istituto. Ciò per altro implicava che, nei casi in cui la coppia omosessuale intendeva adottare un minore (diverso dal figlio naturale di uno dei partner), solo un soggetto poteva acquisire legalmente la genitorialità²⁸. Tale situazione si è modificata anche a seguito di una serie di pronunce rese delle corti provinciali nel corso degli anni Novanta, inclini a stabilire che il divieto per le coppie omosessuali di ricorrere a tale tipologia di adozione violava la *Canadian Charter of Right and Freedoms*²⁹. Nel corso degli ultimi tre decenni, a seguito dell'emanazione di specifiche disposizioni (o attraverso la modifica delle leggi esistenti), anche le coppie omosessuali hanno conseguentemente acquisito il diritto di ricorrere all'istituto nella totalità delle province canadesi. La prima provincia che ha modificato la propria legislazione al fine di consentire l'adozione

²⁸ Per un inquadramento, si v. L. HARDER, M. THOMARAT, *Parentage Law in Canada: The Numbers Game of Standing and Status*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 26, 2012, 62.

²⁹ È il caso, ad esempio, della Corte dell'Ontario (Provincial Division) in *Re K* (1995) 23 O.R. (3d) 679. Sostanzialmente analogo è il percorso argomentativo di un tribunale provinciale del New Brunswick in *A.A. v New Brunswick* (Department of Family and Community Services), 2004 N.B.H.R.B.I.D. No. 4), che aveva rilevato come il divieto per le coppie omosessuali di ricorrere a tale tipologia di adozione integrasse gli estremi per ravvisare la violazione del *New Brunswick Human Rights Act*. Per un commento approfondito sulla giurisprudenza di quegli anni, si rinvia *ex multis* a M. MCCARTHY, J. RADBORD, *Family Law for Same Sex Couples: Chart(er)ing the Course*, in *Canadian Journal of Family Law*, vol. 15, 1998, 101.

da parte di coppie dello stesso sesso è stata il British Columbia (nel 1995), cui sono seguite tutte le altre, fino al territorio del Nunavut (nel 2011).

A tal riguardo, la giurisprudenza delle corti provinciali si è mostrata di particolare ausilio anche nel definire numerosi aspetti di merito e procedurali. Anzitutto, posto che in molte legislazioni si fa (tuttora) riferimento al termine *spouse* per indicare coloro che possono avere lo *status* di aspiranti genitori adottivi, si è progressivamente consolidata una giurisprudenza volta ad ammettere tale tipologia di adozione non solo per le coppie (anche omosessuali) regolarmente unite in matrimonio, ma anche per i soggetti che fanno ricorso alle unioni civili, così come per le forme di convivenza denominate *common law partnerships* (che attribuiscono diritti ed obblighi ancora minori rispetto agli altri istituti)³⁰.

In termini di effetti che si producono, con la pronuncia di adozione da parte del giudice si instaura il medesimo rapporto giuridico, dunque la piena potestà genitoriale, che ha il genitore biologico. In numerose circostanze, tuttavia, è previsto che per perfezionare l'adozione debba essere ottenuto il consenso da parte dell'altro genitore biologico, il quale può opporsi. Quando ciò si verifica, spetta al giudice emettere un ordine per consentire l'adozione nel caso in cui ritenga che tale esito corrisponde al preminente interesse del minore, che rappresenta il principio al quale viene informata l'intera procedura adottiva nella totalità delle province canadesi (v., *infra*, par. 3).

Inoltre, nell'ambito della valutazione rimessa alle corti, i giudici sono soliti svolgere un'indagine sull'idoneità affettiva, la capacità educativa, la situazione personale ed economica, la salute e l'ambiente familiare, così come sulla condizione psicologica, fisica ed emotiva del minore, oltre al retroterra culturale e religioso. In numerosi sistemi provinciali è inoltre richiesto al minore, solitamente se di età superiore ai sette anni, di prestare il proprio consenso. Al perfezionamento dell'adozione, cessano quindi tutti i rapporti e vincoli con l'altro genitore biologico. Il genitore adottante viene iscritto in un nuovo certificato di nascita del soggetto adottato come *padre* o *madre* (nel caso di rapporti eterosessuali), oppure quale *genitore* (in presenza di rapporti omosessuali). In tal ultimo caso, i registri recano solitamente la dizione *genitore e genitore*.

³⁰ Per un efficace inquadramento di tali profili si rinvia a N. BALA, C. ASHBOURNE, *The Widening Concept of Parent in Canada: Step-Parents, Same-Sex Partners, & Parents by ART*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 20, 2012, 525.

2.2. Filiazione e adozione da parte del *partner* a seguito delle tecniche di fecondazione assistita

Come richiamato in precedenza (v., *supra*, par. 1.2), l'*AHRA* garantisce a livello federale l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita senza discriminazioni, ivi incluso il riferimento al *marital status* e all'orientamento sessuale. Nell'ambito delle tecniche di fecondazione assistita – principalmente riconducibili alla fecondazione *in vitro* e all'inseminazione artificiale – assume particolare rilevanza il tema dell'attribuzione della genitorialità del bambino nato a seguito dell'utilizzo di tali pratiche, ambito che viene conseguentemente a ricadere tra le competenze provinciali e territoriali.

In termini generali, e fatte salve le eccezioni che sono presenti nei singoli ordinamenti locali o per gli esiti di ricorsi agli organi giurisdizionali, l'attribuzione della genitorialità di un bambino nato mediante il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita avviene, come nel caso della *filiation by blood*, attraverso l'indicazione dei genitori nell'atto di nascita³¹. Inoltre, sempre in una prospettiva generale, la genitorialità nell'ambito di un matrimonio, di un'unione civile o di altra forma riconosciuta di convivenza è attribuita alla donna così come al relativo *partner*, indipendentemente dal sesso, a condizione che la relazione sia strutturata al momento del concepimento. In tutte le giurisdizioni canadesi, infatti, alla donna che partorisce è attribuita presuntivamente la maternità, a prescindere dalle modalità del concepimento. In caso di incertezza circa l'attribuzione della genitorialità, è possibile fare ricorso agli organi giurisdizionali.

Un ulteriore elemento di rilievo per le coppie che decidono di far ricorso alla donazione di materiale genetico, e quindi in particolare per le coppie omosessuali, attiene al riconoscimento della genitorialità in capo al donatore e alle eventuali e conseguenti ipotesi di attribuzione della genitorialità al *partner*. In tali circostanze, la normativa provinciale fa generalmente riferimento al cosiddetto *parental project* per identificare la volontà del genitore o dei (diversi) genitori intenzionali di far ricorso al materiale biologico di un'altra persona. Per altro, l'esistenza del *parental project* permette in alcuni ordinamenti, come in Québec, l'attribuzione della genitorialità anche al *partner* il cui rapporto con la madre non sia riconducibile ad istituti quali il matrimonio o le unioni civili.

³¹ In relazione ai profili generali, è ancora attuale il contributo di F. KELLY, *(Re)forming Parenthood: The Assignment of Legal Parentage within Planned Lesbian Families*, in *Ottawa Law Review*, vol. 40, 2009, 185.

Ciò premesso, i vari ordinamenti escludono l'attribuzione della genitorialità al donatore di materiale biologico. Tuttavia, sussistono rilevanti differenziazioni a seconda del fatto che sussista l'anonimato, qualora sia nota l'identità del donatore, nonché in relazione alle modalità con le quali l'apporto del donatore si viene a sostanziare (donazione di materiale biologico o rapporto sessuale). Più in dettaglio, nel caso di un donatore anonimo, le norme provinciali escludono generalmente l'attribuzione della genitorialità e in alcuni casi – ad esempio in Ontario – riconoscono automaticamente il *partner* quale genitore. Qualora invece il donatore sia noto, e il concepimento avvenga mediante tecniche di fecondazione assistita, è dato riscontrare una differenziazione della legislazione provinciale sia in termini della tutela dei genitori intenzionali sia anche sulla possibilità di attribuzione di diritti al donatore, nell'ambito del *parental project* siglato tra le parti.

Nello specifico, in talune giurisdizioni – come quelle dell'Ontario o del British Columbia – è possibile la sottoscrizione di un accordo preventivo tra la madre intenzionale (o tra la madre intenzionale e il suo *partner*) con il donatore (o i donatori) che preveda il riconoscimento anche di quest'ultimo quale genitore, con l'inserimento del suo nome nel certificato di nascita. Le legislazioni provinciali accordano la possibilità di inserire nel certificato di nascita fino a quattro genitori qualora ciò figuri nel *parental project* convenuto tra le parti. Alternativamente, nella stesura del *parental project* può escludersi il donatore dalla genitorialità, dando in tal modo immediato accesso alla genitorialità al *partner* della madre, anche se quest'ultimo non è legalmente riconosciuto nell'ambito di una delle diverse fattispecie.

In alcune province, come il Québec o il British Columbia, la legislazione ricomprende tra le tecniche di riproduzione assistita anche il caso in cui il concepimento avvenga mediante un rapporto sessuale con l'apporto di un donatore "amico". In tali circostanze, al genitore biologico è generalmente attribuito un anno di tempo per richiedere il riconoscimento quale genitore, periodo durante il quale non può essere attribuita la genitorialità al *partner* della madre, a prescindere naturalmente dal sesso.

Più nel dettaglio, in province come il Québec e l'Alberta, le disposizioni relative allo *status* del *partner* nei casi di procreazione legata all'utilizzo di tecniche di fecondazione assistita fanno affidamento sulla presunzione di genitorialità – simile alla presunzione legale di paternità – a tenore della quale il *partner* (sia uomo che donna) all'interno di un matrimonio o di un'unione civile si presume essere genitore del bambino. In altre giurisdizioni, in aggiunta o alternativamente alla presunzione di genitorialità, viene attribuito al *partner* il

diritto ad essere riconosciuto quale genitore al ricorrere di talune condizioni. In Ontario, ad esempio, il *Children's Law Reform Act* (art. 8 (1)(2)) consente alla persona che figura come *partner (spouse)* al momento del concepimento il diritto di essere riconosciuto come genitore del figlio concepito mediante fecondazione *in vitro* e inseminazione artificiale da donatore. È altresì possibile per il *partner* astenersi dal rendere il consenso alla genitorialità del figlio concepito con tecniche di riproduzione assistita, ma viene parimenti attribuita la facoltà di ritirare il consenso già prestato (art. 8 (3)). Analoghe disposizioni sono rinvenibili nelle legislazioni delle province del British Columbia ed Alberta.

Su tali premesse, e in ragione della completa equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali, è dunque possibile affermare che ad entrambe le donne nell'ambito di una coppia che faccia ricorso alle tecniche di fecondazione assistita è attribuita la potestà genitoriale. Pertanto, anche la donna che non partorisce il bambino avrà gli stessi diritti ed obblighi generalmente attribuiti al padre del bambino.

Infine, quanto all'ipotesi di adozione da parte del *partner* a seguito di fecondazione assistita, essa costituisce una fattispecie residuale sostanzialmente legata alla soluzione di casi particolari quali, ad esempio, il riconoscimento della genitorialità nel caso di un *partner* al di fuori del matrimonio o di altra forma di unione riconosciuta, qualora non sia stato redatto un *parental project* tra i componenti della coppia. In tale ipotesi, l'assenza di un vincolo legalmente riconosciuto impedisce qualsivoglia presunzione o attribuzione della genitorialità, ai quali non è possibile ovviare stante la mancanza anche di un *parental project*. Quale conseguenza, in presenza di tali specifiche circostanze, l'adozione rappresenta l'unica modalità attraverso la quale può essere eventualmente attribuita la genitorialità. Si tratta, tuttavia, di casi oltremodo eccezionali.

2.3. Filiazione e adozione nei casi di maternità surrogata

Come si è evidenziato in precedenza (v., *supra*, par. 1.4), il governo federale ha definito le condizioni in base alle quali la surrogazione di maternità può essere legittimamente realizzata conformemente alle disposizioni dell'*AHRA*. L'insieme degli altri profili rilevanti in relazione a tale istituto – in particolare quelli afferenti alla disciplina del diritto dei contratti e del diritto di famiglia – ricadono tra le competenze legislative provinciali e territoriali.

Anche in relazione alla maternità surrogata, come per le tecniche di fecondazione assistita, il tema della filiazione si incentra sulle diverse ipotesi di attribuzione della genitorialità, sulla validità e sugli effetti del *parental project* e

dei relativi contratti che in tali circostanze coinvolgono la madre surrogata, i genitori intenzionali ed eventuali altri soggetti³².

In tale prospettiva, sebbene l'accesso alla maternità surrogata sia garantito a livello federale su basi non discriminatorie, è evidente che la disciplina della genitorialità assume in tale contesto particolare importanza proprio per le coppie omosessuali, segnatamente per quelle composte da due uomini. In tal caso, la surrogazione di maternità costituisce, in concreto, l'unica possibilità di accesso alla genitorialità diversa dall'adozione tradizionale³³.

Ciò premesso, si deve rilevare che in numerose giurisdizioni provinciali non esiste una disciplina consolidata in relazione a molti dei profili maggiormente rilevanti, a partire dalla stessa validità dei contratti afferenti alla surrogazione. Il Québec, come detto, ha specificamente emendato la propria normativa interna prevedendo la nullità degli accordi di maternità surrogata. Ciò nonostante, la Corte d'Appello ha recentemente consentito l'adozione di un bambino nato a seguito di un accordo di surrogazione, poiché è stato ritenuto che l'invalidità dell'accordo non poteva precludere il perfezionamento della procedura d'adozione da parte dei genitori intenzionali che avevano stipulato (con la madre surrogata) il contratto stesso. La trama argomentativa dei giudici si è in tale circostanza affidata alla volontà di far prevalere l'intenzione delle parti in un contratto nullo, ritenendo che tale esito rappresentava la "soluzione meno insoddisfacente"³⁴. La pronuncia, per altro resa proprio in tema di adozione a seguito di maternità surrogata, concorre a dare ulteriore dimostrazione del fatto che, anche nelle province in cui sono in vigore disposizioni relative agli accordi di surrogazione, l'applicazione delle stesse può comportare esiti in taluni casi difficilmente prevedibili³⁵.

Pur tuttavia, anche nelle province e nei territori nei quali sono validi i contratti di surrogazione, le legislazioni attribuiscono in ogni caso alla madre surrogata la

³² I principi generali relativi alla genitorialità sono efficacemente analizzati da K. BUSBY, *Of Surrogate Mother Born: Parentage Determinations in Canada and Elsewhere*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 25, 2013, 284.

³³ V., in proposito, E.L. NELSON, *Gestational Surrogacy in Canada*, in E.S. SILLS (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 123.

³⁴ Court of Appeal of Québec, 1445, 2014 QCCA 1162.

³⁵ In relazione al Québec, risulta particolarmente completa la trattazione di R. TREMBLAY, *Surrogates in Quebec: The Good, the Bad and the Foreigner*, in *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 27, 2015, 94. Un invito al legislatore a modificare la normativa del Québec nel senso di riconoscere la validità degli accordi è stato da ultimo avanzato da S. CARSLY, *Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood*, in *Canadian Bar Review*, vol. 96, 2018, 121.

maternità legale. Al fine di modificare tale attribuzione, alcuni ordinamenti stabiliscono che i genitori intenzionali devono ottenere un provvedimento da parte del giudice. Nell'ambito di tali procedimenti non sono di norma previsti requisiti particolarmente stringenti per ottenere la genitorialità per via giudiziale. Ad esempio, nel caso dell'Alberta, non è richiesta neppure l'esistenza di un precedente accordo scritto tra la donna e i genitori intenzionali al fine del *declaration of parentage*. Sebbene le corti si siano generalmente espresse accogliendo la richiesta di riconoscimento della genitorialità presentata dai genitori intenzionali, il processo di riconoscimento può comportare un *iter* non particolarmente agevole, in particolare qualora intervenga una modifica del consenso originariamente prestato dalle parti. Di norma, infatti, non può essere richiesta al giudice l'esecutorietà degli accordi di surrogazione, posto che tali accordi possono unicamente costituire una fonte di prova per l'accertamento della volontà delle parti e, in particolare, di quella dei genitori intenzionali.

Altri ordinamenti provinciali hanno invece inteso emanare o modificare le regole in vigore nella prospettiva di agevolare l'attribuzione della genitorialità. Ciò ha determinato un evidente beneficio, in particolar modo per le coppie omosessuali, in termini di facilità di riconoscimento dei diritti genitoriali derivanti dall'accesso alla maternità surrogata. Ad esempio, all'interno di alcune giurisdizioni le norme non prevedono più (almeno in via generale) la necessità di una decisione giudiziale per l'attribuzione della genitorialità in caso di maternità surrogata. Piuttosto, il riconoscimento dei genitori intenzionali si realizza al ricorrere di precise condizioni, che si devono verificare sia prima del concepimento, che dopo la nascita.

Nello specifico, deve anzitutto sussistere un accordo di surrogazione tra i genitori intenzionali e la madre surrogata, stipulato prima del concepimento. Inoltre, a seguito della nascita, la madre surrogata – cui viene attribuita la maternità legale – deve rendere il proprio consenso all'attribuzione della genitorialità ai genitori intenzionali, in talune circostanze non prima che sia trascorso un lasso di tempo minimo dal parto. Nel caso del British Columbia, ad esempio, non è più richiesta la pronuncia da parte dell'organo giurisdizionale. A seguito dell'adozione del *British Columbia Family Law Act* (entrato in vigore nel 2013) è infatti previsto che ai genitori intenzionali sia legalmente attribuita la genitorialità qualora tutte le parti abbiano sottoscritto un accordo dal quale nessuno si sia discostato, qualora la madre surrogata abbia prestato il consenso dopo la nascita, e se il bambino sia nelle cure dei genitori intenzionali (cfr. art. 29). Conseguentemente, il rispetto dell'accordo di surrogazione determina che la

genitorialità venga attribuita ai soli genitori intenzionali, mentre la madre surrogata cessa di essere considerata il genitore legale.

Disposizioni sostanzialmente analoghe sono rinvenibili nella legislazione dell'Ontario, dove è previsto un lasso di tempo di minimo sette giorni dalla nascita: solo alla scadenza del termine, la madre surrogata può esercitare il diritto di rinuncia alla propria genitorialità. Con la recente emanazione dell'*All Families Are Equal Act*³⁶ è stato inoltre previsto il riconoscimento in qualità di genitori indipendentemente dallo *status* genitoriale, dall'orientamento e dall'identità sessuale, dalle tecniche procreative e dalla relazione biologica tra le parti. Gli accordi di surrogazione sono validi qualora sia definita l'attribuzione della genitorialità fino ad un massimo di quattro genitori intenzionali. Tuttavia, se l'accordo prevede la presenza di più di quattro genitori, se ne può chiedere il riconoscimento al giudice³⁷.

In conclusione, tali norme hanno semplificato nella generalità dei casi l'accesso alla genitorialità tramite surrogazione di maternità, incoraggiando di fatto il ricorso all'istituto soprattutto nelle province che presentano la legislazione più favorevole. Tuttavia, stante il permanere della necessità di ottenere il consenso della madre gestazionale per procedere al riconoscimento della genitorialità, può verificarsi che, alla nascita del bambino, la madre surrogata rifiuti di prestare il consenso e che i genitori intenzionali – per le ragioni appena tratteggiate – abbiano difficoltà ad ottenere il rispetto di un accordo di surrogazione. Certo si è che, sulla base degli elementi richiamati, numerosi ordinamenti provinciali hanno consentito di riconoscere la genitorialità anche da parte di un numero ampio di soggetti, in modo progressivamente più agevole e tale da ricomprendere la quasi totalità dei casi. Quale conseguenza, è particolarmente difficile riscontrare situazioni nelle quali si ricorra (o si debba ricorrere) all'istituto dell'adozione in relazione alla surrogazione di maternità.

3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis*

Il tema del riconoscimento all'interno dei diversi sistemi giuridici provinciali di atti e decisioni giurisprudenziali inerenti alla genitorialità resi in ordinamenti differenti ha ricevuto scarsa attenzione, anzitutto a livello legislativo. Anche in

³⁶ *All Families Are Equal Act* (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016, S.O. 2016, c. 23 - Bill 28.

³⁷ Cfr. *Children's Law Reform Act*, sec. 10 e 11.

relazione a tale profilo, numerose province non hanno ritenuto di dover regolamentare le competenze delle corti in tema di genitorialità. Due eccezioni sono rappresentate dalle province di Alberta e Québec. La *Family Law* dell'Alberta, ad esempio, prevede che le corti interne hanno competenza a pronunciarsi qualora il minore sia nato in quella provincia o se ivi risiede uno dei (presunti) genitori³⁸. L'art. 3147 del *Québec Civil Code* stabilisce invece che la competenza degli organi giurisdizionali in materia di filiazione dipende dal fatto che il minore o uno dei suoi genitori abbia il domicilio nella provincia. Più in generale, sembra essere invalso un principio in base al quale le pronunce sulla genitorialità devono essere rese dalle autorità del luogo in cui il minore è abitualmente residente o nel quale uno dei genitori mantiene stabili interessi. Tuttavia, tale principio non è stato finora oggetto di una precisa trasposizione nell'ambito delle diverse discipline provinciali.

Su tali premesse, è ancor più complesso rintracciare norme volte a regolare i casi in cui una corte si trovi a dover dare esecuzione ad un provvedimento giudiziale sulla paternità assunto dagli organi di un'altra provincia. A tal riguardo, l'Assemblea legislativa dell'Ontario, tra le modifiche apportate nel 2016 alla legge sull'infanzia, ha introdotto una serie di norme concernenti il riconoscimento di pronunce sulla genitorialità rese da altre amministrazioni, senza tuttavia specificare i casi in cui la corte interna può essere chiamata ad operare tale riconoscimento. L'obiettivo di tali norme sembra essere stato quello di dirimere eventuali controversie tra soggetti residenti in province diverse circa l'attribuzione della genitorialità, in particolare nei casi in cui essa sia conseguente fattispecie di procreazione medicalmente assistita o di maternità surrogata. In tali circostanze, come si è osservato in precedenza, si possono generare conflitti tra un numero elevato di soggetti che reclamano la genitorialità. Tuttavia, le disposizioni attualmente in vigore prevedono esclusivamente che la corte competente in Ontario possa rifiutarsi di riconoscere il provvedimento giudiziario assunto in altra provincia qualora: *a)* si sono resi disponibili nuovi elementi che non erano noti al momento in cui la pronuncia è stata resa nell'altro territorio; oppure qualora *b)* la corte ritenga che il provvedimento era stato ottenuto in modo fraudolento³⁹.

La *ratio* della norma è dunque quella di riconoscere i diritti delle parti in relazione a fenomeni quali il ricorso alla maternità surrogata che alimentano – tra le diverse province canadesi – la ricerca dell'ambito territoriale nel quale, per

³⁸ Cfr. *Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5, s 9(6).

³⁹ *Children's Law Reform Act*, RSO 1990, c C.16.

ragioni sanitarie e giuridiche, sia più agevole procreare. In altri termini, quello che è stato descritto quale turismo procreativo. Ma su tali profili, anche solo con riguardo al riconoscimento delle pronunce tra organi giudiziari di differenti province canadesi, non si registra una giurisprudenza particolarmente significativa.

Sotto tale prospettiva, sembra ancor più complesso il caso relativo al riconoscimento di decisioni rese dagli organi giurisdizionali di altri paesi. I motivi sono anzitutto da ricondurre alla circostanza che è l'ordinamento canadese quello in cui, stante la liceità del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione di maternità, le persone sono solite rivolgersi per l'implementazione di tali pratiche. Gli ambiti problematici afferenti al riconoscimento di atti e pronunce giudiziarie sono quindi solitamente affrontati all'interno di altri ordinamenti. Una delle legislazioni in cui è stato variamente disciplinato tale profilo è quella del British Columbia, dove è stato esplicitamente previsto che una corte possa rifiutarsi di dare esecuzione ad una pronuncia assunta in un altro ordinamento qualora essa sia contraria all'ordine pubblico⁴⁰. E previsioni di analogo tenore sono contenute nella legge di famiglia del Manitoba⁴¹ e dell'Ontario⁴².

Invero, è oltremodo complesso rilevare che nell'ordinamento canadese possano emergere i conflitti che solitamente si pongono in tali circostanze. Quanto dire la contrapposizione tra i diritti del minore e l'interesse dello Stato che impedisca forme di procreazione ritenute lesive della dignità della donna, quale la surrogazione di maternità, pratica per tale motivo vietata in numerosi ordinamenti. La liceità ai sensi delle legislazioni provinciali delle più diverse tecniche di procreazione assistita, e della stessa surrogazione di maternità, rende difficile l'emergere di una teorica contrapposizione, e dunque l'esigenza di operare un bilanciamento, tra l'interesse dello Stato e i diritti del minore.

Per altro, come è noto, nella materia in parola è vigente in ambito internazionale la tutela del preminente interesse del minore quale diritto fondamentale, come sancito dalle stesse convenzioni. Sotto tale prospettiva, viene riconosciuto anche in Canada che è l'ordine pubblico internazionale che impone l'esigenza di assicurare la conservazione dello *status* del minore soprattutto per quanto concerne il mantenimento dei rapporti con chi abbia legalmente assunto la

⁴⁰ *Family Law Act* [SBC 2011] Chapter 25, division 3(34).

⁴¹ *The Family Law Reform Act (Putting Children First)*, 4th Session, 40th Legislature, Manitoba, 64 Elizabeth II, 2015, sec. 27(1).

⁴² *Children's Law Reform Act*, RSO 1990, C.16(4).

responsabilità genitoriale. Il principio è stato altresì valorizzato all'interno della *Convention on the Rights of the Child*, che all'art. 3(1) dispone: “[i]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”. Inoltre, in ambito interno, il principio del preminente interesse del bambino è stato costantemente richiamato dalla stessa Corte suprema canadese che lo adotta quale *test* per sindacare i più diversi ambiti che abbiano a riguardare i minori⁴³. Ma anche le diverse leggi provinciali sul diritto di famiglia sono informate al principio del “*best interest of the child*”, che deve essere preso in considerazione in relazione a qualunque profilo inerente ai minori, tra cui nei casi di attribuzione della genitorialità e di filiazione⁴⁴.

Presumibilmente per tali ragioni, non si rinviene una casistica concernente il bilanciamento tra i diritti del minore e l'interesse dello Stato in termini di ordine pubblico per pratiche che sono pienamente legittime in Canada⁴⁵.

⁴³ Tra le pronunce maggiormente significative *Young v Young et al.*, [1993] SCJ No 112 (QL). Si rinvia in proposito a S.W. JOHNSON, *Family Matters: Justice Gender and Female Litigant Success in Family Law Cases in the Supreme Court of Canada*, in *Justice System Journal*, vol. 38, 2017, 332.

⁴⁴ Sull'applicazione del principio in relazione alla filiazione v. S. CARSLEY, *Reconceiving Quebec's Laws on Surrogate Motherhood*, in *Canadian Bar Review*, vol. 96, 2018, 121; nonché M. BAILEY, *Protecting Children in Canada*, in M. BRINIG (Ed.), *The International Survey of Family Law*, Intersentia, Cambridge, 2020, 35.

⁴⁵ Su profili analoghi si esercita in una prospettiva per la più parte teorica, e con esclusivo riferimento alla provincia del Québec, R. TREMBLAY, *Surrogates in Quebec: The Good, the Bad and the Foreigner*, cit., a p. 94 ss.

FRANCIA

di Céline Torrisi

1. Inquadramento delle tematiche

1.1. Il progressivo riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali

In Francia, il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali si è svolto in due tappe: la prima, nel 1999, con l'adozione della legge sul c.d. *pacte civile de solidarité* (d'ora in avanti Pacs), la seconda, nel 2013, con l'adozione della legge sul c.d. *mariage pour tous*.

1.1.1. Il riconoscimento delle unioni civili per le coppie omosessuali con la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999

La legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 sul Pacs ha esteso alle coppie omosessuali la possibilità di essere riconosciute come coppie di fatto mediante la dichiarazione c.d. di *concubinage* e, soprattutto, ha introdotto nel Codice civile l'istituto dell'unione civile per le coppie dello stesso sesso.

L'art. 515-8 del Codice definisce il concubinato come una unione di fatto, caratterizzata da una vita comune, stabile e continuativa tra due persone dello stesso sesso o di sesso diverso, che vivono in coppia. Pur non sostanziandosi in un contratto o in un atto da firmare, la dichiarazione di concubinato deve essere richiesta al comune, il quale, però, non ha l'obbligo di rilasciarla. A condizione che possano fornire le prove della vita comune, mediante, ad esempio, testimonianze, autodichiarazioni, giustificativi di domicilio, i conviventi possono avvalersi di tale certificato per usufruire di alcuni, limitati, diritti¹.

Più significativa da un punto di vista giuridico è stata, ovviamente, l'introduzione del patto civile di solidarietà, disciplinato dagli articoli L. 515-1 a L. 515-7-1 del Codice civile².

¹ Trattasi soprattutto di sussidi sociali o della possibilità di aprire un conto congiunto.

² V. Codice civile, Capitolo I, Titolo XIII, Libro I, artt. L. 515-1 a L. 515-7. Per una traduzione italiana della norma v. G. CONTI, S. SANDRINI, *Il Patto civile di solidarietà francese*, Associazione per Ricerca e Insegnamento di Filosofia e Storia, <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/pacs/pacs-francese.pdf>.

L'art. L. 515-1 definisce il Pacs come un contratto stipulato tra due persone fisiche, maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, per organizzare la loro vita comune. Due persone che stipulano un patto civile di solidarietà ne fanno la dichiarazione congiunta al cancelliere del tribunale d'istanza sotto la giurisdizione del quale fissano la loro residenza comune (art. L. 515-3). I *partners* legati da un Pacs si prestano aiuto reciproco anche di carattere materiale e le modalità di questo aiuto sono fissate dal patto. Tale convenzione prevede, altresì, che i conviventi si impegnano in modo solidale verso terzi per debiti contratti da ciascuno di loro per i bisogni della vita quotidiana e per le spese relative all'alloggio comune (art. 515-4). Qualora i *partners* decidano, di comune accordo, di porre fine al Pacs, devono consegnare una dichiarazione scritta, congiunta, alla cancelleria del tribunale nel luogo in cui almeno uno di loro ha la residenza (art. 515-7).

Adito da oltre 60 deputati e oltre 60 senatori nell'ambito di un ricorso preventivo di costituzionalità, con la decisione DC n. 99-419 del 9 novembre 1999³, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato le norme di disciplina del Pacs conformi alla Costituzione, emettendo però alcune riserve di interpretazione. In tale sentenza, il collegio ha specificato che la nozione di "vita comune" non debba intendersi come una semplice comunità di interessi, ma presuppone una residenza comune e una vita di coppia. Soprattutto, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che tale normativa non ha modificato le disposizioni del Codice civile relative allo stato civile, alla filiazione, all'autorità parentale, ai diritti dei minori e alle successioni, né tantomeno quelle del Codice della sanità pubblica, sancite dalla legge n. 94-654 del 29 luglio 1994 c.d. di bioetica, che limitano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie omosessuali (v. par. 1.2.).

In altri termini, il *Conseil constitutionnel* ha ribadito che il riconoscimento delle unioni civili per le coppie dello stesso non ha implicato l'accesso agli stessi diritti di quelli consentiti dal matrimonio, motivo per il quale l'attuazione del Pacs non ha risolto del tutto la questione del riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso.

³ La decisione è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419DC.htm>.

1.1.2. Il riconoscimento del matrimonio per le coppie omosessuali con la legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013

Dopo diversi anni di dibattito politico⁴, nel 2011, adito nell'ambito di una questione prioritaria di costituzionalità in merito al divieto di matrimonio tra due persone dello stesso sesso, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che spettava al legislatore pronunciarsi su una questione di tale rilevanza sociale. Un anno dopo, nel 2012, François Hollande, allora candidato all'elezione presidenziale, faceva la promessa di autorizzare tale matrimonio nel c.d. "engagement 31-1". Così, tramite l'adozione della legge n. 2013-404, del 17 maggio 2013, la Francia è stato il nono paese europeo e il quattordicesimo paese nel mondo a vedere riconosciuto l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso.

Il *Conseil constitutionnel* è stato adito nell'ambito di un ricorso preventivo di costituzionalità in merito a tale normativa. Con la decisione n. 2013-669 DC del 17 maggio 2013, il *Conseil* ha dichiarato la legge sul *mariage pour tous* conforme alla Costituzione⁵. Nello specifico, il collegio ha stabilito che la scelta del legislatore, al quale il *Conseil constitutionnel* non poteva in alcun modo sostituirsi, non era contraria ad alcun principio di valore costituzionale. Pronunciandosi sulla richiesta sollevata dai ricorrenti di riconoscere un c.d. *principe fondamental reconnu par les lois de la République* (d'ora in avanti P.F.R.L.R.), il *Conseil* ha ritenuto la richiesta infondata, nonostante la legislazione repubblicana anteriore al 1946 e le leggi posteriori avessero qualificato il matrimonio come l'unione di un uomo e di una donna: infatti, siccome tale regola non riguardava né i diritti né le libertà fondamentali, né tantomeno la sovranità nazionale o l'organizzazione dei pubblici poteri, non poteva costituire un P.F.R.L.R., ai sensi del primo comma del Preambolo della Costituzione del 1946.

⁴ Nel 2004, Noël Mamère, deputato e sindaco di Bègles (paesino della Gironde) aveva celebrato, *contra legem*, il primo matrimonio omosessuale con l'intento di sostenere la causa del matrimonio per tutti. Tale unione illegale è stata ovviamente annullata. V. *Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile*, dec. n. 05-16.627 del 13 marzo 2007. Tale annullamento era stato considerato conforme alla Convenzione EDU con la sentenza della Corte EDU n. 40183/07 del 14 giugno 2016, *Chapin et Charpentier c. France*.

⁵ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2013-669 DC del 17 maggio 2013 sulla legge sul matrimonio delle coppie dello stesso sesso, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>.

1.2. La disciplina generale della fecondazione eterologa

1.2.1. Le leggi sulla bioetica del 1994

In materia di procreazione medicalmente assistita⁶ (d'ora in avanti, anche PMA), la scelta fatta dal legislatore francese con l'adozione, nel 1994, delle tre leggi sulla bioetica⁷ è stata quella di un inquadramento piuttosto restrittivo del ricorso alla fecondazione eterologa.

Tale scelta, rimasta inalterata nel corso delle successive riforme adottate, era fondata su una concezione della PMA come un rimedio eccezionale, cui si può ricorrere solo in caso di impossibilità (sterilità o infertilità) o inopportunità fisica (rischio di trasmettere malattie ereditarie) di procreare naturalmente. Il legislatore ha, quindi, consentito il ricorso alla fecondazione eterologa solo alle coppie, sposate, legate da Pacs o di fatto⁸, composte da un uomo ed una donna⁹, e ha escluso l'accesso a tali tecniche ai *singles* e le coppie omosessuali.

⁶ Le tecniche attuali sono: l'inseminazione intrauterina, l'inseminazione intracervicale, la fecondazione *in vitro* "classica", la fecondazione *in vitro* con ICSI (iniezione intracitoplasmica di spermatozoi) ed il trasferimento di embrioni congelati.

⁷ Legge n. 94-548 del 1° luglio 1994, *relativa al trattamento dei dati nominativi avente come finalità la ricerca nel settore della salute e la modifica della legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà*; legge n. 94-653 del 29 luglio 1994, *relativa alla protezione del corpo umano*; legge n. 94-654 del 29 luglio 1994, *relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione ed alla diagnosi prenatale*. La legge n. 94-654 è di particolare importanza, in quanto ha inserito all'interno del Codice civile i seguenti principi: primato della persona e salvaguardia della dignità della persona; rispetto dell'essere umano dall'inizio della vita (art. 16); rispetto del suo corpo, attraverso la sua inviolabilità e la non commerciabilità, che si estende ai suoi elementi ed ai suoi prodotti (art. 16-1); nullità di ogni contratto che preveda la procreazione o la maternità surrogata; divieto di ledere l'integrità della specie umana attraverso pratiche eugenetiche che portino alla selezione di persone ed attraverso la clonazione riproduttiva (art. 16-4); nullità di ogni contratto avente come effetto quello di dare un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi o ai suoi prodotti (art. 16-5); divieto di remunerazione per chi si sottopone a sperimentazioni, ad interventi di prelievo di elementi del proprio corpo o di raccolta di prodotti di esso (art. 16-6), principio dell'anonimato nelle donazioni di elementi del corpo umano, quando ammesse (art. 16-8).

⁸ La legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011 sulla bioetica ha soppresso l'esigenza di vita comune da almeno due anni.

⁹ V. SERVIZIO STUDI, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *Fecondazione eterologa e coppie omosessuali*, Comp. 254, giugno 2019, reperibile *on line* alla pagina www.consulta.it/studi/Diritto-comparato/Ricerche/F_Principi_e_diritti_fondamentali/Comp%20254_PMA.pdf.

Con queste riserve, sin dall'inizio è stata comunque ammessa la fecondazione eterologa con donazione sia di spermatozoi che di ovociti, nonché (a certe condizioni) di embrioni. È vietato ricorrere ad una doppia fecondazione eterologa con donazione di entrambi, ma è possibile, per una coppia, accettare un embrione concepito nell'ambito di un trattamento di procreazione assistita destinato ad un'altra coppia non più impegnata in un progetto genitoriale e che ha acconsentito alla donazione degli embrioni (spesso soprannumerari).

La coppia che può beneficiare della procreazione medicalmente assistita deve essere in età idonea alla procreazione. Non esistendo, tuttavia, soglie rigide fissate dal legislatore, si è permesso ad una donna di avvalersi della tecnica a 59 anni¹⁰. Un *discrimen* significativo è però fissato a 43 anni, età al di sopra della quale non sono più rimborsate le spese per ricorrere alla procreazione medicalmente assistita¹¹.

La centralità della “coppia” (eterosessuale) come soggetto che ricorre alla procreazione medicalmente assistita fa sì che una richiesta di separazione o di divorzio o la fine della vita comune implichi la fine del trattamento. In questa prospettiva, è ancora vietata l'inseminazione *ex mortuo*¹².

1.2.2. La posizione del Conseil constitutionnel

Le disposizioni introdotte dalle leggi sulla bioetica sono state inserite in parte nei primi articoli del Codice civile ed in parte nel Codice della salute pubblica.

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique, Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, cit., 48.

¹¹ Le spese per i trattamenti di procreazione medicalmente assistita, che possono essere effettuati solo nei centri autorizzati dallo Stato, sono coperte al 100% per le coppie eterosessuali e fino al 43° compleanno della donna, previo accordo della *Caisse primaire d'assurance maladie*. Nello specifico, sono prese in carico una inseminazione artificiale a ciclo con un massimo di sei inseminazioni e quattro tentativi di fecondazione *in vitro*. V. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, cit., 54.

¹² Nella sua ultima relazione in materia, il *Conseil d'État* ha però espresso parere favorevole all'autorizzazione della procreazione assistita *post mortem*, v. CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain ?*, *Étude à la demande du Premier ministre*, adottata nell'assemblea generale del 28 giugno 2018, 16, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain>. Successivamente, anche il *Comité national consultatif d'éthique* ha considerato che il trasferimento *in utero* di un embrione dopo il decesso dell'uomo potesse essere autorizzato, a certe condizioni. V. COMITÉ NATIONALE CONSULTATIF D'ÉTHIQUE, *Contribution du Comité national consultatif d'éthique à la révision de la loi bioéthique, Avis 129*, settembre 2018, 129 https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf.

Benché non collocate in una fonte costituzionale, “il loro carattere fondamentale deriva dal fatto che costituiscono uno degli elementi della terza generazione dei diritti umani, sorti dopo le libertà politiche ed i diritti economici e sociali”, sicché si è potuto affermare che, da un punto di vista sostanziale, “hanno un valore superiore a quello di una semplice legge”, anche perché le disposizioni sulla bioetica si collegano strettamente a “la nozione di dignità della persona umana, che ha valore costituzionale”¹³.

Le ragioni addotte per il riconoscimento della fecondazione eterologa erano focalizzate soprattutto sul principio di solidarietà¹⁴ e sulla necessità di dare una disciplina a pratiche già tollerate¹⁵. Principi come la tutela del diritto alla salute della donna e del bambino o del diritto ad una famiglia sono stati quindi presi in considerazione e tra loro bilanciati, principalmente nella decisione del *Conseil constitutionnel* n. 94-343/344 DC del 27 luglio 1994, sulla *Legge relativa al rispetto del corpo umano* e sulla *Legge relativa alla donazione ed all'utilizzo degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza medica, alla procreazione ed alla diagnosi prenatale*¹⁶. Con riferimento alle censure inerenti alla fecondazione eterologa, il *Conseil* ha affermato che “nessuna disposizione del Preambolo della Costituzione del 1946 impedisce che le condizioni di sviluppo della famiglia siano assicurate attraverso la donazione di gameti o di embrioni alle condizioni previste dalla legge”; inoltre, “il divieto di dare gli strumenti, ai figli così concepiti, per conoscere l'identità dei donatori non può essere visto come lesivo della protezione della salute come garantita da questo Preambolo”.

¹³ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport n. 3111 fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique (n. 2911) par J. Leonetti*, 26 gennaio 2011, vol. 1, 16, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3111-tl.pdf>.

¹⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique, Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, in *La documentation française*, Paris, 2009, 62, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288.pdf>.

¹⁵ Le prime sperimentazioni di procreazione medicalmente assistita c.d. eterologa sono state effettuate negli anni settanta con donazione sia di gameti maschili che femminili, nell'ambito dei centri di studio e di conservazione degli ovuli e dello sperma (CECOS). Il primo di questi centri è stato fondato nel 1973, e in Francia se ne contano ormai 29, generalmente facenti parte degli ospedali pubblici. Questi centri, nati come associazioni, sono stati integrati nel settore pubblico solo nel 1994 con le prime leggi sulla bioetica.

¹⁶ La sentenza è reperibile *on line* alla pagina https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm.

1.2.3. Verso il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla PMA da parte delle donne *singles* o omosessuali

Al momento dell'approvazione della legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011, la minoranza parlamentare aveva invocato il principio di eguaglianza, al fine di aprire la PMA ai *singles* e alle coppie *same sex*. Tale impostazione non era stata però accolta, in quanto era stato ribadito che si poneva una problematica concernente il diritto di "famiglia" che doveva inserirsi in una riflessione distinta da quella della bioetica. A conferma di tale posizione, il *Conseil d'État*, nella decisione n. 421899 del 28 settembre 2018¹⁷, aveva rifiutato di trasmettere al *Conseil constitutionnel* la questione incidentale che gli era stata sottoposta in merito all'art. L. 2141-2 del Codice della salute pubblica, nella parte in cui limitava il ricorso alla PMA alle coppie eterosessuali. A parere dei giudici, la differenza di trattamento tra le coppie formate da un uomo e da una donna e le coppie dello stesso sesso non era contraria al principio di uguaglianza. Da tale decisione si evince che la legge che ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso non ha inciso sulla dicotomia, invocata nel 2011, tra diritto della famiglia e leggi di bioetica. La disciplina della PMA è quindi rimasta esclusa per le coppie *same sex*.

La questione dell'accesso alla PMA da parte delle donne *singles* o componenti di coppie omosessuali è stata riproposta nell'ambito degli *États généraux de la bioéthique*¹⁸ svoltisi tra il gennaio ed il maggio 2018. Anche se, in quella sede, non è emersa una posizione in tal senso, il *Comité consultatif national d'éthique* si è comunque dichiarato favorevole a tale evoluzione¹⁹. Contemporaneamente, in uno studio pubblicato in data 11 luglio 2018²⁰, il *Conseil d'État* ha considerato che l'ordinamento giuridico attuale non implica necessariamente né il mantenimento dello *status quo* né l'evoluzione delle condizioni di accesso alla PMA²¹. Per il *Conseil*, tale scelta è, quindi, di natura prettamente politica. Si

¹⁷ La decisione è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2018-09-28/421899>.

¹⁸ Per maggiori informazioni v. <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/>.

¹⁹ COMITÉ NATIONALE CONSULTATIF D'ÉTHIQUE, *Contribution du Comité national consultatif d'éthique à la révision de la loi bioéthique*, Avis 129, cit., 121-122.

²⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, adottata nell'assemblea generale del 28 giugno 2018, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-queelles-options-pour-demain>.

²¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, Étude à la demande du Premier ministre, cit., 15.

richiede solo al legislatore, quando dovrà esaminare tale questione, di prendere in considerazione l'interesse superiore del bambino e, in caso di estensione della PMA, si consiglia di istituire uno specifico riconoscimento della filiazione che consenta la doppia filiazione materna. Si suggerisce, peraltro, di prevedere la totale presa in carico della PMA anche nei casi in cui non sia legata ad una infertilità patologica.

In data 15 gennaio 2019, la commissione di informazione sulla bioetica ha depositato una relazione²² all'*Assemblée nationale* orientata nel senso di un riconoscimento dell'accesso alla PMA anche per le coppie omosessuali di donne.

Sei mesi dopo, il 24 luglio 2019, il Governo ha depositato il progetto di legge n. 2187, in merito alla bioetica²³, ancora in fase di esame. Tra le diverse proposte contenute nel testo, figurano disposizioni volte ad ampliare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie di donne e alle donne non sposate, nonché le autoconservazioni dei gameti sia per le donne che per gli uomini. Tali norme prevedono, altresì, il riconoscimento di nuovi diritti ai bambini nati da donazioni di gameti, come, ad esempio, l'accesso, una volta maggiorenni, all'identità del donatore, reso possibile dalla creazione di una apposita commissione e da una banca dati centralizzata e sicura, gestita dall'agenzia della biomedicina. Il progetto di legge stabilisce, infine, che la filiazione dei bambini nati grazie alla procreazione medicalmente assistita in una coppia di donne sia fondata su una dichiarazione anticipata di volontà, in modo tale da consentire ai membri della coppia di diventare genitori del bambino sin dal momento della nascita. Tale filiazione avrebbe la stessa portata e gli stessi effetti della filiazione c.d. "*charnelle*" o della filiazione adottiva.

1.3. La disciplina generale della maternità surrogata

Con le leggi sulla bioetica del 1994, il legislatore ha vietato, in assoluto, la pratica della maternità surrogata (o gestazione per altri, d'ora in avanti anche GPA), introducendo nel Codice civile l'art. 16-7, secondo cui "qualunque convenzione in materia di gestazione per altri è nulla". È stato peraltro aggiunto nel Codice penale l'art. 227-12, che punisce con sei mesi di carcere e 7.500 euro di ammenda il fatto di agevolare o aiutare una coppia che desideri avere un

²² La relazione è consultabile *on line* alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/15/rap-info/i1572.asp>.

²³ Il *dossier* legislativo è reperibile *on line* alla pagina https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/bioethique_2#15-SN2.

bambino e una donna che accetti di portare in sé il nascituro al fine di successivamente consegnarlo.

Tale posizione, che non ha subito alcun cambiamento nel corso degli anni, è stata ribadita nelle discussioni circa l'attuale revisione delle leggi sulla bioetica ed è stata giustificata dal fatto che i principi fondatori del c.d. "diritto bioetico", quali il rispetto della dignità umana e la non commercializzazione del corpo umano, implicano il mantenimento del divieto della gestazione per altri.

Se non vi è alcun dubbio sul divieto assoluto di praticare, sul territorio francese, la gestazione per altri, la questione del riconoscimento dei bambini nati da una convenzione di maternità surrogata conclusa all'estero ha sollevato non poche problematiche che la giurisprudenza ha cercato di risolvere, non senza difficoltà. In un primo tempo, la *Cour de cassation* ha fatto una applicazione rigorosa del divieto di GPA, considerando che gli accordi aventi ad oggetto una GPA fatta all'estero violassero sia il principio dell'indisponibilità del corpo umano che quello dell'indisponibilità delle persone²⁴. Tale posizione impediva la formalizzazione di un legame giuridico di filiazione tra il bambino nato e la donna che lo cresceva, sia impedendo la trascrizione degli atti di nascita sui registri dello stato civile, sia negando l'adozione o l'effetto della *possession d'état*. Tuttavia, con l'evolversi della posizione della *Cour de cassation*, la cui giurisprudenza è andata nel senso del riconoscimento dei figli nati da GPA (v. par. 3.2.), in particolare riconoscendo la trascrizione degli atti di nascita fatti all'estero in determinate condizioni nonché l'adozione da parte del *partner*, è emersa nell'ordinamento una divaricazione tra il legislatore e il giudice, definita dalla dottrina come uno "scisma tra la legge e la giurisprudenza"²⁵. Le opposizioni a tale evoluzione giurisprudenziale si sono tradotte in una proposta di legge, depositata il 28 luglio 2020, volta a inasprire il divieto di GPA e ad estenderlo anche al riconoscimento delle convenzioni concluse all'estero²⁶.

²⁴ Ancora prima dell'adozione della legge sulla bioetica del 1994, la *Cour de cassation* aveva già sancito il divieto di ricorrere alla GPA. V. *Cour de cassation, Assemblée plénière*, dec. n. 90-20105, del 31 maggio 1991.

²⁵ S. PARICARD, *La transcription totale des actes étrangers des enfants nés d'une GPA: un schisme entre loi et jurisprudence*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 426, <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&doctype=RECUEIL%2FCHRON%2F2020%2F0476>.

²⁶ V. la proposta di legge n. 3271 sul divieto della gestazione per altri e del suo riconoscimento in Francia, depositata dalla deputata Emmanuelle Ménard in data 28 luglio 2020, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3271_proposition-loi#.

2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali

La disciplina dell'adozione riferita alla famiglia omoparentale ha subito un radicale cambiamento con l'entrata in vigore della legge n. 2013-404 del 17 maggio 2013, che ha esteso l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, conferendo loro anche la possibilità di adottare.

2.1. Gli effetti del riconoscimento del matrimonio omosessuale sulle adozioni

Prima dell'entrata in vigore della legge sul *mariage pour tous*²⁷, l'impossibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio produceva l'effetto di precludere loro qualunque adozione congiunta, fosse essa semplice o, *a fortiori*, piena²⁸. Non era prevista neanche l'adozione del figlio del compagno o della compagna. L'introduzione della formalizzazione dell'unione attraverso un Pacs non aveva prodotto modifiche in questo campo, essendo l'adozione esclusa dal novero dei diritti caratterizzanti il nuovo istituto. Restava, dunque, la sola adozione individuale, relativamente alla quale, peraltro, l'omosessualità del potenziale adottante aveva talvolta rappresentato un ostacolo non irrilevante, segnatamente per l'ottenimento dell'autorizzazione (*agrément*), rilasciata dai competenti servizi dipartimentali, a seguito di un *iter* che comporta una valutazione sociale e psicologica dei richiedenti.

L'introduzione nell'ordinamento francese del matrimonio tra persone dello stesso sesso ha inevitabilmente apportato sensibili innovazioni alla tematica in esame, nella misura in cui la semplice estensione dell'istituto matrimoniale ha avuto l'effetto di offrire alle coppie omosessuali la possibilità di procedere all'adozione congiunta e/o all'adozione del figlio del coniuge (c.d. *stepchild adoption*). Un'adozione che può essere semplice, ma anche piena²⁹.

²⁷ Per una visione più completa dei mutamenti della situazione normativa indotti dalla legge del 2013, v. SERVIZIO STUDI, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, Comp. 203, gennaio 2016, 15 ss., https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_omoparentale.pdf.

²⁸ V. SERVIZIO STUDI, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *Ibidem*, 9 ss.

²⁹ Lo studio di impatto della legge, sul punto, era stato inequivocabile: “Saranno possibili, alle stesse condizioni previste per una coppia eterosessuale sposata, sia l'adozione semplice che l'adozione piena, sia l'adozione congiunta che l'adozione del figlio del coniuge” (cit. nel *Commentaire* allegato alla decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2013-669 DC, del 17 maggio 2013, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>, 28).

Per agevolare la effettiva realizzazione di tale aspirazione delle coppie omosessuali, si è anche provveduto ad operare modifiche specifiche al Codice civile, relativamente all'art. 345-1 ed all'art. 360 (rispettivamente, per l'adozione piena e per l'adozione semplice), nel senso di permettere che un minore già adottato da una persona a titolo individuale possa essere poi adottato dal coniuge, in deroga al principio secondo cui un minore non può essere adottato due volte. Una possibilità, questa, che “non [era] riservata alle coppie sposate dello stesso sesso, ma che [avrebbe dovuto], per queste coppie che non potevano procreare in ragione dell'identità di sesso dei coniugi, agevolare lo stabilirsi di un doppio rapporto di filiazione con riguardo ad un minore”³⁰.

2.2. La posizione del *Conseil constitutionnel*

Tra le molteplici censure sollevate nell'ambito del ricorso preventivo di costituzionalità avente ad oggetto la legge del 2013 figuravano anche alcune asserite incostituzionalità delle disposizioni che provvedevano all'estensione dell'adozione alle coppie omosessuali. In proposito, il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 2013-669 DC (v. *supra* par. 1.1.2.), ha sottolineato di non avere il potere di sostituire la propria discrezionalità a quella del legislatore, ritenendo che l'identità di genere dei genitori adottivi non costituisca un ostacolo alla creazione di un collegamento attraverso la filiazione adottiva.

Ha poi rilevato che la normativa contestata non aveva né l'obiettivo né l'effetto di riconoscere alle coppie dello stesso sesso un “diritto al figlio”. Ha però emesso una riserva di interpretazione, onde precisare che il decimo paragrafo del preambolo della Costituzione del 1946 impone il rispetto dell'esigenza di conformità dell'adozione all'interesse superiore del minore.

Ha quindi verificato il rispetto di tale requisito da parte delle disposizioni applicabili, sia per le coppie dello stesso sesso, sia per quelle costituite da un uomo e una donna. In particolare, ha soffermato la sua attenzione sulla necessità per le coppie che intendano adottare di ottenere l'autorizzazione. Ha, quindi, precisato che le amministrazioni, per rilasciare siffatta autorizzazione, debbono, in ogni caso, verificare il rispetto dell'esigenza di conformità dell'adozione all'interesse superiore del minore. Inoltre, ha rilevato che la legge oggetto del giudizio non aveva apportato deroghe all'art. 353 del Codice civile, che impone al giudice ordinario di non concedere l'autorizzazione all'adozione se ciò si riveli in contrasto con tale interesse. Ha così ritenuto che questa norma abbia attuato la sua

³⁰ Cfr. il *Commentaire* ult. cit., 28.

riserva di interpretazione con cui imponeva che l'adozione fosse concessa sempre rispettando il detto principio.

Il *Conseil* ha altresì evidenziato che, anteriormente alla Costituzione del 1946, la disciplina relativa alle condizioni di adozione e alle condizioni per istituire legami di maternità e di paternità ha sempre incluso norme che disciplinavano o limitavano le condizioni alle quali un minore poteva accedere a o individuare le proprie origini biologiche. Nessun principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica su questo tema poteva dunque considerarsi violato dalle nuove disposizioni contenute nella legge. La Corte ha inoltre convenuto sul fatto che l'apertura dell'adozione alle coppie dello stesso sesso non ha avuto come effetto di privare di chiarezza le altre disposizioni del Codice civile, comprese quelle riguardanti la filiazione.

Non ha neanche ritenuto che sussistesse alcun obbligo costituzionale di accompagnare questa riforma con un cambiamento del Codice della salute pubblica nella parte inerente alla procreazione medicalmente assistita, la quale è limitata ai casi di sterilità patologica, medicalmente accertata, di una coppia composta da un uomo ed una donna, uniti o meno in matrimonio. Lo stesso è stato rilevato relativamente alle disposizioni del Codice civile che vietano la maternità surrogata.

2.3. L'adozione da parte del *partner* a seguito di fecondazione eterologa (avvenuta all'estero)

Dal 14 ottobre 2013, quando la prima adozione in seno a coppie omosessuali è stata pronunciata dal tribunale di Lille³¹, non risulta che sia stata predisposta una analisi statistica precisa in merito alle adozioni omoparentali. Un dato certo sulle adozioni recensite dalle principali associazioni di genitori omosessuali è quello per cui nessuna sembra essere stata un'adozione congiunta³². Se, in alcuni casi, i bambini adottati sono i figli di un membro della coppia e di un *ex-coniuge* (c.d. *stepchild adoption*), nella maggior parte dei casi si tratta di figli nati con

³¹ J. SAULNIER, *Famille homoparentale: un premier cas d'adoption d'enfants de conjoint*, in *L'Express*, 21 ottobre 2013.

³² “Secondo alcuni specialisti ‘dal 2013, centinaia, forse migliaia di persone dello stesso sesso hanno certo potuto adottare il bambino del loro congiunto’. Tuttavia, a parere di Alexandre Urwicz, presidente dell'Associazione delle famiglie omoparentali (ADFH), solo ‘alcune famiglie’ hanno potuto accogliere nella loro casa un bambino c.d. *pupille de l'Etat* e ‘meno di dieci’, un bambino nato all'estero”, in https://www.francetvinfo.fr/societe/mariage/mariage-et-homoparentalite/enquete-franceinfo-les-couples-homosexuels-ont-le-droit-d-adopter-mais-le-peuvent-ils-vraiment_2713494.html, 23 aprile 2018 (traduzione a nostra cura).

fecondazione eterologa effettuata all'estero, in paesi che, diversamente dalla Francia, permettono anche ai *singles* di accedere a questa pratica. In questa situazione, i figli hanno un solo genitore legale (la madre che ha partorito), e possono essere adottati dalla coniuge della madre biologica, previa istanza al tribunale competente.

Nel 2014, in alcuni casi segnalati dai *media* francesi³³, i tribunali sembravano dare un esito negativo alle istanze di adozione del figlio della coniuge da parte di donne omosessuali. I pareri di alcuni procuratori della Repubblica, notificati alle coppie richiedenti l'adozione, erano contrari, a causa della "filiazione materna stabilita in maniera fraudolenta", e tramite "aggiramento della legge" francese. La madre biologica, recandosi in Spagna o in Danimarca (come nei casi evocati dalla stampa francese), aveva infatti, insieme con la coniuge, "agito in frode alla legge, corrompendo il legame giuridico tra la madre ed il figlio"; tale frode sarebbe stata "d'ostacolo alla pronuncia di un'adozione" da parte del tribunale competente.

Chiamata a pronunciarsi nell'ambito di una c.d. *saisine pour avis*, la *Cour de cassation* ha stabilito, nel parere n. 15011 del 22 settembre 2014³⁴, che il ricorso alla procreazione medicalmente assistita all'estero, mediante inseminazione artificiale con donatore anonimo, non ostacolava l'adozione, da parte della coniuge della madre, del bambino nato da tale procreazione, nel momento in cui le condizioni legali dell'adozione fossero integrate e che fosse rispettato l'interesse superiore del fanciullo. Benché di natura meramente consultiva, tale parere avrebbe avuto come effetto, tranne eccezioni³⁵, di uniformare la giurisprudenza in materia, come auspicato dall'allora Ministro della Giustizia Christiane Taubira. L'esponente politico aveva dichiarato che "l'adozione sarebbe ormai chiaramente

³³ G. DUPONT, *Couples gays : la justice bloque des adoptions d'enfants nés par PMA*, in *Le Monde*, 24 febbraio 2014; L. MARTINET, *Mariage gay: pourquoi la justice bloque encore certaines adoptions*, in *L'Express*, 25 febbraio 2014.

³⁴ V. *Cour de cassation*, parere n. 15011 del 22 settembre 2014, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/integralite_avis_classes_annees_2_39/2014_6164/15011_22_30158.html; F. CHENEDÉ, *Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA*, in *Actualité juridique famille*, n. 10, ottobre 2014, Dalloz, 555-556; B. SOLEIMANI, *PMA à l'étranger et adoption de l'enfant du conjoint : la Cour de cassation met fin à l'incertitude juridique*, 22 gennaio 2015, <https://www.village-justice.com/articles/PMA-etranger-adoption-enfant,17938.html>.

³⁵ V. F. BERDEAU-GACOGNE, *Adoption d'un enfant conçu par PMA : nouveau rebondissement*, in *Actualité Juridique Famille*, n. 9, settembre 2015, Dalloz, 486-487.

possibile, in qualunque sua forma, a tutte le coppie sposate in conformità con la legge del 17 maggio 2013³⁶.

2.4. L'adozione da parte di uno dei coniugi a seguito di maternità surrogata

Come accennato (v. par. 1.3.), la *Cour de cassation* ha avuto, e ha ancora oggi, un ruolo fondamentale in materia di riconoscimento degli effetti delle convenzioni di maternità surrogata concluse all'estero, sia in materia di adozione che in materia di trascrizione di atti nascita (v. par. 3), questioni spesso tra loro legate. Dal 1991, data della prima pronuncia in materia³⁷, il panorama giurisprudenziale è drasticamente cambiato, anche in ragione della condanna della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Mennesson c. France* del 26 giugno 2014. Per quanto attiene specificatamente all'adozione da parte di uno dei coniugi, a seguito di maternità surrogata, il punto cardine di tale evoluzione è stata la sentenza n. 826 del 5 luglio 2017³⁸, con la quale la *Cour de cassation* si è espressa sulla possibilità di adozione per il coniuge di un uomo che aveva avuto un figlio mediante GPA.

2.4.1. La decisione della Cour de cassation n. 826 del 5 luglio 2017

Il caso sottoposto all'esame della *Cour* riguardava la conclusione di una convenzione di GPA tra M. X, un uomo omosessuale legato dal 2004 con un Pacs a M. Y, ed una donna americana, Mme. Z. Il bambino era stato riconosciuto sia dalla madre surrogata che dal padre biologico, M. X. In data 1° novembre 2013, M. X e M. Y si erano sposati e, in data 3 luglio 2014, M. Y aveva chiesto l'adozione del bambino. Tale richiesta era stata respinta in considerazione del fatto che la nascita del bambino risultava da una violazione, da parte di M. X, dell'art. 16-7 del Codice civile, che stabilisce la nullità dei contratti di GPA in quanto contrari all'ordine pubblico internazionale. La Corte di appello aveva anche stabilito che il consenso dato dalla madre biologica all'adozione del

³⁶ V. il comunicato stampa del 23 settembre 2014, <http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/archives-des-communiqués-de-2014-12598/pma-realisee-a-letranger-27509.html>.

³⁷ V. *supra*, nota 24.

³⁸ La sentenza è reperibile *on line* alla pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/826_05_37265.html.

bambino che ella aveva partorito fosse privo di portata giuridica. La *Cour de cassation* doveva quindi stabilire se il fatto di ricorrere alla GPA ostacolasse la richiesta dell'adozione del bambino da parte del coniuge del padre biologico.

La *Cour de cassation* ha annullato la decisione della Corte di appello, considerando che la GPA realizzata all'estero non ostacolava, di per sé, l'adozione del bambino da parte del coniuge del padre biologico e che il consenso della madre biologica era nella specie esistente, sincero e non soggetto a possibile ripensamento. La *Cour* ha fondato la sua decisione sulla legge del 17 maggio 2013 sul matrimonio per le coppie dello stesso sesso, ricordando che questo testo ha come effetto di consentire, mediante l'adozione, di riconoscere un legame di filiazione tra un bambino e due persone dello stesso sesso, senza alcuna restrizione relativa al tipo di procreazione. La *Cour* ha tuttavia precisato che spetta al giudice verificare che le condizioni legali dell'adozione siano presenti e che ciò sia conforme all'interesse del minore, come previsto dall'art. 353-1 del Codice civile.

2.4.2. *Il seguito della decisione della Cour de cassation*

Nel 2018, la *Cour d'appel* di Parigi, facendo applicazione di quanto stabilito dalla *Cour de cassation*, ha negato l'adozione al marito del padre biologico di un bambino nato in seguito a una convenzione di GPA conclusa all'estero (in questo caso, in Messico) in quanto non disponeva di informazioni sulla madre biologica, né di alcuna informazione relativa alle circostanze nelle quali la madre avesse dato il bambino al padre e avesse rinunciato, in maniera definitiva, al legame di filiazione con esso. Non potendo assicurarsi che la madre avesse consentito a una tale adozione o che avesse volontariamente deciso di rinunciare a qualunque diritto di filiazione, la *Cour d'appel* ha considerato che non era nell'interesse del bambino pronunciare una adozione piena da parte del marito del padre.

Qualche mese dopo, giudicando su un altro caso, con due sentenze del 18 settembre 2018³⁹, la medesima Corte ha pronunciato l'adozione piena, da parte del marito del padre biologico, di bambini nati da GPA in Canada, dopo l'esame della documentazione fornita dai richiedenti. Tale documentazione consentiva, a parere della *Cour*, di attestare, per un verso, la volontà della gestante di non essere la "madre" e l'assenza di volontà di reclamare diritti o responsabilità nei loro confronti e, per un altro verso, che il padre di intenzione fosse l'unico genitore dei

³⁹ *Cour d'Appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1*, dec. nn. 16/23399 e 16/23402 del 18 settembre 2018.

bambini. In questo caso, la Corte ha stabilito che i documenti erano sufficienti e idonei a proclamare una adozione nell'interesse superiore dei minori.

Come è stato sottolineato in dottrina⁴⁰, i giudici di merito sembravano utilizzare il principio dell'interesse del bambino all'adozione piena con l'obiettivo, in realtà, di controllare la volontà della gestante. Chiamata a pronunciarsi su entrambi i casi, la *Cour de cassation* ha limitato la percorribilità di questo schema decisorio in due sentenze del 4 novembre scorso⁴¹: in esse, ha infatti circoscritto l'operato dei giudici al solo controllo della regolarità degli atti di nascita.

Nel primo caso, dopo aver ricordato che i giudici si erano fondati sull'assenza di elementi biografici per rifiutare l'adozione, la Suprema Corte ha annullato la sentenza per mancanza di base legale. Si lamentava che i giudici non avevano verificato se i documenti sottoposti al loro esame accertassero che l'atto di nascita prodotto fosse conforme al diritto del paese ove era stata conclusa la convenzione di GPA. Ed infatti, l'assenza di filiazione materna rendeva l'adozione del marito del padre giuridicamente possibile. A parere della dottrina⁴², la *Cour de cassation* ha focalizzato il dibattito sulla possibilità giuridica di pronunciare l'adozione piena piuttosto che sull'opportunità di tale pronuncia. Sembra, quindi, che si possa dedurre da tale ragionamento che, per la Corte, l'adozione possa essere pronunciata nel momento in cui le regole di elaborazione dell'atto straniero siano rispettate: non spetta al giudice reintrodurre la questione della volontà della madre al momento dell'apprezzamento dell'interesse del bambino.

In relazione al secondo caso, la decisione della Cassazione, pur non annullando la sentenza impugnata, è sembrata criticare, per quanto in via indiretta, l'operato della Corte di appello di Parigi: la Suprema Corte si è infatti limitata a sindacare la regolarità dell'atto di nascita rispetto alla legge straniera (la legge indiana, in questo caso), revocando in dubbio, quindi, la indefettibilità di una indagine sulla volontà della gestante prima di pronunciare l'adozione piena di un bambino nato da una GPA conclusa all'estero. La *Cour de cassation* "è parsa così agevolare la

⁴⁰ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Gestation pour autrui: premières confirmations par la cour d'appel de Paris d'adoptions plénières de l'enfant du conjoint* ! nota a *Cour d'appel de Paris*, 18 settembre 2018, in *Actualité juridique famille*, n. 16, settembre 2018, Dalloz, 616, ss.

⁴¹ *Cour de cassation*, 1ère Chambre civile, dec. nn. 641 e 642, del 4 novembre 2020, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/641_4_45824.html e https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/642_4_45825.html.

⁴² *Ibidem*.

costruzione di un progetto genitoriale fondato su tali convenzioni, malgrado rimanga ferma la condanna di tale pratica da parte della legge⁴³.

3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis*

La questione del riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis* ha contribuito allo sviluppo di un ricco contenzioso in merito, specificatamente, alla trascrizione di atti di nascita di bambini nati all'estero a seguito di procreazione medicalmente assistita. Dopo quasi dieci anni dalla sua prima sentenza in materia⁴⁴, la *Cour de cassation* ha stabilito, di recente, che né una procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero (par. 3.1.), né l'esistenza di un contratto di maternità surrogata (par. 3.2.) costituiscono necessariamente un ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita prodotto all'estero. Tale posizione è il frutto di un percorso di cui si riportano brevemente, di seguito, le tappe più salienti.

3.1. Il caso delle nascite a seguito di fecondazione eterologa

Nel 2019, la *Cour de cassation* ha sancito la possibilità di trascrivere gli atti di nascita di bambini nati a seguito di fecondazione eterologa realizzata in paesi stranieri⁴⁵.

Il caso sottoposto al sindacato della Corte riguardava una coppia di donne, non sposate, che si era recata a Londra per ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, in condizioni legali. Nel 2014 erano nati due bambini, i cui atti di nascita erano stati emessi a Londra in conformità con il diritto locale. Tali atti di nascita, di cui si era poi chiesto la trascrizione diretta all'anagrafe francese, menzionavano come genitori la madre partoriente e la sua compagna.

⁴³ In questo senso L. GAREIL-SUTTER, *GPA et adoption de l'enfant du conjoint: la Cour de cassation enfonce le clou*, in *Dalloz Actualités*, 12 novembre 2020, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-adoption-de-l-enfant-du-conjoint-cour-de-cassation-enfonce-clou#.X-EkhuB7k1g>.

⁴⁴ V. *Cour de cassation*, 1^{ère} Chambre civile, dec. n. 648 del 6 aprile 2011, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html.

⁴⁵ V. *Cour de cassation*, decisione n. 1113 del 18 dicembre 2019, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1113_18_44101.html.

Nel 2017, il *Tribunal de grande instance* aveva autorizzato la trascrizione degli atti di nascita in Francia. Tuttavia, il procuratore della Repubblica presso il *Tribunal de grande instance* de Nantes si era opposto a tale trascrizione, sostenendo che sussistesse una violazione dell'art. 47 del Codice civile⁴⁶ e che, in assenza di una procedura di adozione, la compagna della madre biologica non potesse essere menzionata all'anagrafe come "genitore". Nel 2018, la Corte di appello si era pronunciata nel senso di una trascrizione parziale degli atti, escludendo la parte in cui menzionavano come genitore la compagna della madre partoriente. Tale decisione era stata impugnata dinanzi alla *Cour de cassation*. Spettava, quindi, alla Suprema Corte stabilire se l'atto di nascita prodotto all'estero che indicava come genitori la partoriente e una seconda donna potesse essere trascritto all'anagrafe francese.

Fondandosi sull'art. 3, par. 1, della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, sull'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, infine, sull'art. 47 del Codice civile, la *Cour de cassation* ha annullato la sentenza della Corte di appello, autorizzando, quindi, la trascrizione dell'integralità degli atti di nascita. Nello specifico, la Suprema Corte ha considerato che né la circostanza che le donne avessero fatto ricorso alla PMA in Inghilterra né tantomeno il fatto che gli atti menzionassero sia la partoriente che un'altra donna fossero d'ostacolo alla trascrizione degli atti. Inoltre, non essendo tali documenti irregolari o falsificati ed essendo conformi al diritto dello Stato in cui erano stati prodotti, la Corte ha stabilito che non sussisteva alcuna violazione delle disposizioni dell'art. 47 del Codice civile.

La Corte ha confermato quest'orientamento nella sentenza n. 18-15.368 del 18 marzo 2020⁴⁷.

⁴⁶ In virtù dell'art. 47 del Codice civile, fa fede qualunque atto dello stato civile dei francesi e degli stranieri, prodotto all'estero e redatto nelle forme legali del paese straniero, tranne che altri atti, documenti, dati esterni o elementi inerenti all'atto stesso stabiliscano che tale atto sia irregolare, falsificato o che i fatti ivi dichiarati non corrispondano alla realtà.

⁴⁷ V. *PMA: Réaffirmation de la notion de mère d'intention*, in *Dalloz-actu-étudiants.fr*, 29 maggio 2020, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/pma-reaffirmation-de-la-notion-de-mere-dintention/h/b8a1ed2571c4bed6ff782ca4c940218e.html>.

3.2. Il caso delle nascite a seguito di maternità surrogata

3.2.1. L'evoluzione relativa alle coppie eterosessuali

Nel 2019, la Corte di cassazione ha posto fine alla lunga controversia giudiziaria in materia di trascrizione di atti di nascita dei figli nati a seguito di maternità surrogata rilasciati da autorità straniera⁴⁸. Con la decisione n. 648 del 4 ottobre 2019, *M. C. et Mme D.*⁴⁹, l'*Assemblée plénière* ha, infatti, stabilito che un contratto di maternità surrogata concluso all'estero non ostacola, di per sé, il riconoscimento, in Francia, di un legame di filiazione con la madre di intenzione.

Il caso sottoposto all'esame della Corte era quello dei coniugi Mennesson, una coppia di cittadini francesi che, nell'anno 2000, aveva concluso un contratto di gestazione per altri in California dal quale erano nati due bambini, i cui atti di nascita erano stati emessi in conformità alle decisioni della Corte suprema della California. Tali atti di nascita, di cui si era poi chiesta la trascrizione diretta all'anagrafe francese, menzionavano come genitori l'uomo e la donna che avevano fatto ricorso alla GPA.

Con la decisione n. 10-19.053 del 6 aprile 2011⁵⁰, la prima camera civile della *Cour de cassation* aveva dichiarato l'impossibilità di trascrivere tali atti direttamente all'anagrafe francese. A sostegno di tale rifiuto, la Corte aveva stabilito la nullità, in virtù dell'art. 16-7 del Codice civile, delle convenzioni relative alla procreazione o alla gestazione per altri ed aveva considerato l'atto straniero contrario alla concezione francese dell'ordine pubblico internazionale. In seguito a tale sentenza, la Francia era stata però condannata dalla Corte EDU per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU⁵¹. A parere della Corte, il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita dei minori nati a seguito di maternità surrogata violava

⁴⁸ Per una analisi dettagliata dell'evoluzione giurisprudenziale si rinvia a F. CHALTIEL, *La gestation pour autrui de nouveau devant la Cour de cassation ou l'équilibre précaire entre prohibition et protection*, in *Actu-Juridique.fr*, Lextenso, 15 aprile 2020, <https://www.actu-juridique.fr/sante-droit-medical/bioethique/la-gestation-pour-autrui-de-nouveau-devant-la-cour-de-cassation-ou-lequilibre-precaire-entre-prohibition-et-protection/>.

⁴⁹ Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

⁵⁰ La decisione è reperibile *on line* alla pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html.

⁵¹ V. le sentenze n. 65192/11 del 26 giugno 2014 *Mennesson c. France*, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179>, e nn. 9063/14 e 10410/14 del 21 luglio 2016, *Foulon et Bouvet*, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-164968>.

in maniera significativa il diritto al rispetto della vita privata e sollevava una grave questione di compatibilità di tale situazione con l'interesse superiore del minore. Inoltre, si era sottolineato che tale considerazione fosse di particolare rilievo nelle situazioni in cui il genitore c.d. "di intenzione" fosse anche il genitore biologico (ovvero il padre). La Corte EDU aveva, quindi, dedotto che, impedendo il riconoscimento della filiazione del minore con la menzione del padre biologico, lo Stato francese fosse andato oltre una corretta valutazione del caso.

Prendendo atto di tali pronunce, nel 2015, la *Cour de cassation* aveva modificato la propria giurisprudenza⁵², stabilendo che l'esistenza di un contratto di maternità surrogata non costituiva un ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita prodotto all'estero, purché non fosse irregolare o falsificato e purché i fatti ivi dichiarati corrispondessero alla realtà biologica. Due anni dopo, con le decisioni nn. 824, 825, 826 e 827 del 5 luglio 2017⁵³, la *Cour de cassation* aveva nuovamente cambiato indirizzo, adottando una posizione mediana: pur stabilendo l'impossibilità di trascrivere direttamente gli atti di nascita – riprendendo l'interpretazione della nozione di "realtà" dedotta dall'art. 47 del Codice civile – aveva però riconosciuto la possibilità di una trascrizione parziale, cioè della sola filiazione paterna. Il Supremo Collegio aveva, quindi, stabilito che l'atto di nascita straniero di un minore nato da maternità surrogata poteva essere trascritto solo parzialmente nello stato civile francese, menzionando il padre, ma non la madre c.d. "di intenzione".

In questo contesto, nel 2018, l'*Assemblée plénière de la Cour de cassation* era stata chiamata a riesaminare la c.d. *affaire Mennesson*. I giudici avevano confermato che il contratto di maternità surrogata non costituisse necessariamente un ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita purché non fosse irregolare o falsificato e purché i fatti dichiarati corrispondessero alla realtà biologica⁵⁴. La Corte ha però sospeso il giudizio, onde richiedere alla Corte EDU un parere consultivo su due questioni. In primo luogo, la *Cour* ha domandato se, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un minore

⁵² *Cour de cassation, Assemblée plénière*, decisioni n. 619 e n. 620 del 3 luglio 2015, pagina https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html.

⁵³ V. Francia, *Cour de cassation, prima sezione civile, decisioni nn. 824, 825, 826 e 827 del 5 luglio 2017, sulla trascrizione dell'atto di nascita e sull'adozione in caso di maternità surrogata*, in *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, n. 5 (luglio 2017), 49 ss. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201707.pdf.

⁵⁴ V. *Cour de cassation, Assemblée plénière*, decisioni nn. 637 e 638 del 5 ottobre 2018, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/637_5_40366.html.

nato all'estero da maternità surrogata nella parte in cui menzionava come madre legale la madre c.d. "intenzionale" (ferma restando la trascrivibilità dell'atto nella parte in cui designava il padre "intenzionale", padre biologico del bambino), uno Stato superasse il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'art. 8 CEDU. In secondo luogo, la *Cour* si è interrogata circa la necessità di distinguere nel caso il bambino fosse stato o meno concepito con i gameti della madre "intenzionale".

Nel parere del 10 aprile 2019⁵⁵, la Corte EDU ha affermato che il legame di filiazione tra il bambino e la madre di intenzione debba essere legalizzato, lasciando però agli Stati la libertà di stabilire le modalità di tale riconoscimento.

Con la decisione del 4 ottobre 2019⁵⁶, fondandosi sull'interesse superiore del minore e sull'esigenza di non violarne, in maniera sproporzionata, la vita privata, la *Cour de cassation* ha finalmente stabilito che un contratto di maternità surrogata concluso all'estero non ostacola, di per sé, il riconoscimento del legame di filiazione con la madre di intenzione. Ha precisato, però, che tale riconoscimento debba essere ufficializzato quando il legame tra il bambino e la madre di intenzione si sia concretizzato. La *Cour* ha inoltre considerato che tale legame debba essere formalizzato privilegiando una modalità di riconoscimento che consenta al giudice francese di controllare la validità dell'atto o della sentenza straniera, nonché di esaminare le condizioni nelle quali si trovi il bambino. A tal fine, la Corte ha indicato l'adozione come l'istituto più adeguato per rispondere alle predette esigenze.

Tuttavia, nel caso di specie, in cui la vicenda risaliva ormai a più di quindici anni fa, optare per una procedura di adozione avrebbe violato in maniera sproporzionata la vita privata dei figli, attualmente maggiorenni. I loro atti di nascita erano stati fatti legalmente all'estero in un quadro legale e non poteva essere iniziata una procedura di adozione, la cui scelta spettava, tra l'altro, ai genitori. Per tali motivi, in questo caso specifico, in assenza di altre soluzioni percorribili che consentissero di riconoscere la filiazione in condizioni che non violassero in maniera sproporzionata il diritto alla vita privata dei figli, la *Cour de cassation* ha stabilito che la trascrizione degli atti di nascita che menzionavano la madre di intenzione, con la quale il legame era da tempo concretizzato, non poteva essere annullata.

⁵⁵ Il parere è reperibile *on line* alla pagina [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380431-8364345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁵⁶ V. *Cour de cassation*, *Ass. plénière*, dec. n. 648 del 4 ottobre 2019, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

3.2.2. L'estensione della giurisprudenza alle coppie same sex

Con le decisioni nn. 1111 e 1112 del 18 dicembre 2019⁵⁷, la *Première chambre civile* della *Cour de cassation* ha esteso la sua giurisprudenza⁵⁸ stabilendo che un contratto di maternità surrogata legalmente concluso all'estero non ostacola la trascrizione degli atti di nascita dei figli nati da tale contratto che menzionino come genitori il padre biologico e il padre di intenzione.

Nel caso sottoposto alla Suprema Corte, due coppie di uomini, una sposata e l'altra no, avevano concluso un contratto di gestazione per altri, in California ed in Nevada. Da tali contratti erano nati dei bambini i cui atti di nascita erano stati emessi negli Stati Uniti, in conformità con il diritto locale. Si era poi chiesta la trascrizione diretta all'anagrafe francese di tali atti, i quali menzionavano come genitori il padre biologico e il marito (o il compagno).

In entrambi i casi, il pubblico ministero si era opposto a tale richiesta. Tuttavia, mentre nel 2017 il *tribunal de grande instance* di Nantes aveva confermato la trascrizione, nel 2018 la corte di appello aveva ammesso solo la trascrizione parziale degli atti di nascita, escludendo la trascrizione della menzione del padre di intenzione come genitore. Entrambe le coppie avevano impugnato tale decisione. La *Cour de cassation* era quindi chiamata a stabilire se l'atto di nascita di un bambino nato nell'ambito di un contratto di maternità surrogata concluso all'estero che menzionasse come genitori il padre biologico e il padre di intenzione fosse legittimo.

La *Cour de cassation* ha ordinato la trascrizione degli atti di nascita, considerando che né la circostanza che il bambino sia nato da un contratto di maternità surrogata né il fatto che l'atto menzioni come genitori i due padri costituiscono ostacoli a tale trascrizione, a condizione, ovviamente, che l'atto di trascrizione straniero sia regolare, non falsificato e conforme al diritto dello Stato in cui è stato prodotto.

Tale posizione è stata ribadita dalla *Cour de cassation* nella sentenza n. 19-50.043 del 3 dicembre scorso⁵⁹.

⁵⁷ V. *Cour de cassation, Première chambre civile*, dec. nn. 1111 e 1112 del 18 dicembre 2019, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1111_18_44102.html e https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1112_18_44103.html.

⁵⁸ T. COUSTET, *GPA et PMA: la Cour de cassation facilite la filiation du «parent d'intention»*, in *Dalloz Actualités*, 20 dicembre 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-pma-cour-de-cassation-facilite-filiation-du-parent-d-intention>.

⁵⁹ V. L. GAREIL-SUTTER, *GPA et transcription de l'acte de naissance de l'enfant: la Cour de cassation persiste et signe*, in *Dalloz Actualités*, 3 dicembre 2020, <https://www.dalloz->

GERMANIA

di Maria Theresia Roerig

1. Il quadro normativo per il riconoscimento delle coppie omosessuali e le relative questioni attinenti la filiazione

1.1. Il riconoscimento delle coppie omosessuali

In Germania, il rapporto di coppia omosessuale viene disciplinato fondamentalmente attraverso tre modalità distinte: il matrimonio civile (*Ehe*)¹, che a partire dal 1° ottobre 2017 è stato riconosciuto anche in capo alle coppie omosessuali (c.d. “matrimonio egualitario”); la convivenza *more uxorio* (*nichteheliche Lebensgemeinschaften*) o unione di fatto² e la c.d. *eingetragene Lebenspartnerschaft*, l’unione registrata, introdotta da una legge entrata in vigore il 1° agosto 2001, che riguarda esclusivamente le coppie omosessuali (*Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG*), ma che, dall’entrata in vigore della legge sul matrimonio, non può più essere creata³.

Tra le tipologie di unione, l’unica modalità che trova espressa menzione nella costituzione tedesca è il matrimonio. Infatti, l’art. 6 della Legge fondamentale (di seguito: LF) protegge espressamente il “matrimonio” come strumento ordinario per la creazione della famiglia, e di conseguenza la coppia *sposata*, nonché “la famiglia”. L’art. 6, comma 1, LF stabilisce: “*Il matrimonio e la famiglia sono*

¹ Regolato nel *Bürgerliche Gesetzbuch* (in seguito: BGB), ai §§ 1303 ss.; Per il testo delle disposizioni del codice civile, v. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> e https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html [traduzione inglese aggiornata all’ottobre 2013].

Il 30 giugno del 2017, il *Bundestag* ha approvato il progetto della “*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*”, che introduce il diritto alla conclusione del matrimonio per le persone dello stesso sesso voluto fortemente dalla coalizione di estrema sinistra. La legge, entrata in vigore il 1° ottobre 2017, prevede che tutta la regolamentazione del BGB sul matrimonio possa applicarsi anche alle coppie omosessuali. L’inciso portante della nuova legge è che il matrimonio è un contratto “tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso” ora disciplinato nell’art. 1353, comma 1, BGB. Sebbene il principio sembri chiaro, la legge ha sollevato molti dubbi interpretativi – anche di natura costituzionale – e critiche determinate dalla mancanza di coordinamento sistematico della nuova disciplina.

² L’unione non è disciplinata da una specifica normativa; i vari aspetti dell’unico sono comunque stati regolamentati da interventi giurisprudenziali relativi a fattispecie coinvolgenti coppie eterosessuali conviventi *more uxorio*.

³ Le coppie già registratesi sulla base della legge del 2001 possono trasformare la loro unione in un matrimonio “egualitario” mediante una dichiarazione rilasciata di fronte ad un ufficiale di stato civile.

oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale", per cui entrambi gli istituti sono protetti da garanzia costituzionale nei confronti di possibili ingerenze statali.

La Legge fondamentale non definisce tuttavia le nozioni di matrimonio e di famiglia. Secondo la costante giurisprudenza e la dottrina, né l'unione registrata né la mera convivenza⁴, sia etero che omosessuale, possono comunque riassumersi nella definizione di matrimonio o in quella di famiglia; esse, dunque, non rientrano nell'ambito della particolare tutela costituzionale dell'art. 6, comma 1, LF (secondo la giurisprudenza e alcuna dottrina, la libertà di convivere di queste unioni può farsi rientrare nell'ambito della libertà personale di azione e quindi nell'alveo dei diritti protetti dall'art. 2 LF).

Sebbene l'art. 6 LF non faccia alcun riferimento alla diversità di genere, secondo autorevole dottrina la particolare garanzia del matrimonio è inoltre tutt'oggi (quindi anche dopo l'approvazione della legge che consente il matrimonio c.d. "egualitario") riservata dalla Costituzione alle sole coppie di sesso diverso⁵.

Per quanto concerne invece la nozione "famiglia" nell'art. 6, comma 1, LF, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, essa è da qualificarsi come l'unione omnicomprensiva tra il genitore o i genitori (coniugati o non coniugati) da un lato, ed i figli, anche naturali od adottati, dall'altro, e si caratterizza, in particolare, per i diritti e gli obblighi che sussistono in capo ai genitori in relazione alla cura ed all'educazione della prole⁶. L'unione tra i genitori e i figli (come nel caso dell'adozione; ciò può anche condurre alla genitorialità di una coppia omosessuale, come si vedrà *infra*).

⁴ Cfr., per tutti P. BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 92^a edizione, 2020, Art. 6, n. 42, 58; BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176; 62, 323, 330; 105, 313, 345; 128, 108, 125; 131, 239, 259; 133, 377, 409; 137, 273, 342; contrario: F. BROSIUS-GERSDORF, in: DREIER, *Grundgesetz*, I, 3^a edizione, 2013, Art. 6, n. 50.

⁵ Si è dunque presto aperto un dibattito in Germania sulla compatibilità con l'art. 6 LF della recente legge che ha introdotto il "matrimonio egualitario"; cfr. per i relativi riferimenti: A. UHLE in: EPPING/HILLGRUBER, BeckOK, *Grundgesetz*, 45^a edizione, 2020, Art. 6, n. 4.3. con ulteriori riferimenti; G. ROBBERS in: v. MANGOLD/KLEIN/STARCK/ROBBERS, *Das Bonner Grundgesetz*, 7^a edizione 2018, Art. 6, comma 1, LF, n. 47a, con ulteriori riferimenti, e P. BADURA, in: MAUNZ/DÜRIG, *op. cit.*, Art. 6, n. 55-59 (56).

⁶ V., per tutti, BVerfGE 10, 59, 66; 48, 327, 339, e G. ROBBERS in: v. MANGOLD KLEIN/STARCK/ROBBERS, *op. cit.*, Art. 6, comma 1 LF, n. 77 e 78, con ulteriori riferimenti.

1.2. Disciplina della fecondazione eterologa (in generale)

Ad oggi il legislatore si è avvalso della propria competenza legislativa in materia di procreazione medicalmente assistita solo in maniera molto limitata, in particolare tramite la Legge per la tutela dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*), entrata in vigore il 1° gennaio 1991. Non è comunque stato sinora regolamentato chi abbia accesso alla procreazione medicalmente assistita.

La Legge per la tutela dell'embrione è una legge penale complementare, la quale arriva a prevedere, per determinate fattispecie, la pena della reclusione, e appare esprimersi nel senso della prevalenza della tutela della vita prenatale rispetto alla libertà di autodeterminazione della madre o dei genitori, senza tuttavia disciplinare espressamente la procreazione di tipo eterologo; la legge non oppone comunque un divieto rispetto a tale tipo di fecondazione, salvo il limite derivante dal divieto di ovodonazione (gameti femminili)⁷ e di fecondazione *post mortem*. Il legislatore ha con ciò optato per una disciplina che tutela in modo rigoroso soprattutto l'embrione.

Altre disposizioni relative alla fecondazione artificiale – ma solo a quella di tipo omologo – sono rintracciabili nel Codice sociale V (*Sozialgesetzbuch V*, in breve *SGB V*), che disciplina i presupposti per il sussidio statale per malattia.

In concreto, sono le linee guida unitarie dell'Ordine federale dei medici, pubblicate in una versione riformata il 1° giugno 2018 sulla base del § 16b della legge sui trapianti⁸, che disciplinano – alla luce dello stato attuale della scienza medica riconosciuta – il prelevamento e il trasferimento di gameti (sia ovuli che semi). Diversamente rispetto al passato, non contengono però regole deontologiche né stabiliscono i soggetti che possono ricorrere alla fecondazione eterologa⁹. Si ritiene infatti che ciò sia una scelta politica che spetterebbe esclusivamente al legislatore federale.

L'esperienza quotidiana registra che nascano sempre più figli di donne *singles* o di coppie omosessuali registrate o coniugate (che si sottopongono anche alle

⁷ La donna che dona o riceve un ovulo o un embrione (anche la madre surrogata) è esente da responsabilità, che ricadono, invece, sul personale medico che assiste all'intervento vietato.

⁸ *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz)*, Bundesgesetzblatt I/2007, 2206 ss.

⁹ Fino al 2018, ai sensi delle direttive previgenti del 2006, la fecondazione artificiale si ammetteva, in linea di principio, solo in capo alle coppie sposate (riferendosi alle coppie di persone di sesso diverso visto che il matrimonio *same sex* è stato legalizzato solo nell'autunno 2017). In linea di massima, la fecondazione doveva essere omologa. La fecondazione eterologa poteva essere applicata solo eccezionalmente.

procedure della procreazione assistita all'estero). Ciò fa ovviamente sorgere sempre nuove questioni giuridiche anche di natura civilistica (su cui *infra*)¹⁰.

La giurisprudenza in materia di fecondazione eterologa non è copiosa, specie se si faccia riferimento alle decisioni del Tribunale costituzionale federale.

Ad oggi, quest'ultimo ha toccato solo marginalmente l'argomento e si è espresso piuttosto su questioni di natura finanziaria e assicurativa che sorgono tipicamente nell'ambito della procreazione assistita (v. anche *infra*).

Così il Tribunale costituzionale federale, con sentenza del 28 febbraio 2007 (1 BvL 5/03), ha affermato la costituzionalità della disposizione di cui all'art. 27a *Sozialgesetzbuch V (SGB V)* che stabilisce i requisiti della fecondazione artificiale per cui è prevista la copertura finanziaria da parte della Cassa mutua (l'assicurazione sanitaria statale) e che limita il rimborso delle spese mediche per l'intervento alle sole coppie coniugate ed alla fecondazione *omologa*. Nel 2009, il Tribunale costituzionale ha ribadito il proprio orientamento (ordinanza del 27 gennaio 2009, 1 BvR 2982/07). Nelle due pronunce si evidenzia come il Tribunale costituzionale federale deve osservare un rigoroso *self-restraint* nell'imporre al legislatore, nell'ambito dell'attività statale garantita (cioè, della sanità statale), in riferimento al principio di uguaglianza, obblighi di prestazione aggiuntivi, soprattutto quando essi siano finanziati dai contributi della comunità degli assicurati. Non esiste alcun obbligo per il legislatore di favorire la procreazione con i mezzi del sistema sanitario pubblico.

Si può comunque segnalare un'ordinanza più pertinente del 2 luglio 2010 (1 BvR 666/10), in cui il *Bundesverfassungsgericht* si è pronunciato in merito al rifiuto dell'iscrizione nell'atto di nascita della compagna registrata della madre di un figlio nato da fecondazione eterologa, con l'indicazione "altro genitore" o "partner registrato" o "madre legale". Il figlio non era peraltro stato adottato dalla compagna. Sebbene il Tribunale non abbia accolto il ricorso, ha tuttavia osservato come non si riscontrasse, in base all'esposizione dei fatti, alcuna violazione di norme e diritti costituzionali ed umani a causa del suddetto rifiuto di iscrizione. Il Tribunale costituzionale ha al riguardo evidenziato che soltanto i genitori

¹⁰ ...tra l'altro relative ad eventuali rivendicazioni nei confronti del padre naturale in caso di donazione di sperma (mediante banca del seme), soprattutto se fatta prima del 1° luglio 2018 (da allora trova applicazione la legge sulla donazione di sperma, che esclude che il donatore di sperma possa essere considerato "padre" in caso di mediazione da parte di una banca del seme) e in caso di donazioni private. In tal caso il donatore di sperma è considerato il padre legale. I diritti del bambino nei suoi confronti non possono essere contrattualmente esclusi dalla madre, dal medico o dalla banca del seme a scapito del figlio (poiché la legge non consente la rinuncia a futuri interventi ad esempio sotto il profilo del mantenimento). Solo l'adozione del bambino con cui tutti i rapporti giuridici con il padre genetico si estinguono per legge può esonerare il donatore.

biologici o giuridici possono considerarsi titolari del diritto di cui all'art. 6, comma 2, per. 1, LF (di cui non faceva parte la compagna registrata) e che la convivenza dei genitori con il figlio nell'ambito di una famiglia (art. 6, comma 1, LF) non viene comunque condizionata dalla registrazione nell'atto di nascita, documento che attesta solamente la discendenza giuridica del figlio. Al riguardo il *Bundesverfassungsgericht* ha chiarito come non lede il diritto alla famiglia il fatto che il diritto tedesco sulla discendenza (in particolare art. 1592 BGB) si basi sull'assunzione di una discendenza biologica del figlio da un uomo che è coniugato con la madre biologica al momento della nascita o che ha riconosciuto la propria paternità.¹¹

Inoltre, nemmeno il diritto generale alla personalità (di cui all'art. 2, comma 1, LF, in combinazione con l'art. 1, comma 1, LF) sarebbe stato leso alla luce della mancata iscrizione o dei mancati effetti della stessa. Infine, non si potrebbe affermare una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, LF. I *partner* registrati non hanno il diritto ad un pari trattamento rispetto ai padri giuridici o biologici/naturali di un figlio in ordine all'iscrizione nell'atto di nascita. Sussiste, secondo i giudici di Karlsruhe, una differenza di base tra tali gruppi di persone: mentre tra il padre biologico o giuridico ed i figli sussiste un rapporto giuridico con reciproci diritti e doveri, ciò non può affermarsi in relazione ai compagni registrati, salvo che adottino il figlio.

¹¹ Nell'ordinamento tedesco, il vincolo di filiazione padre-figlio si stabilisce infatti in primo luogo per il tramite della madre. Tale attribuzione giuridica della paternità vale a prescindere dalla paternità genetica o meno del marito della madre. Pertanto, anche il bambino nato con il seme di un donatore estraneo alla coppia viene, da un punto di vista giuridico, considerato figlio del marito della madre (biologica) e non invece del donatore del seme. Poiché sussiste una relazione di paternità tra il bambino ed un uomo diverso dal donatore del seme, a quest'ultimo non fa capo alcun rapporto giuridico con il bambino (un tale rapporto potrebbe solo crearsi a seguito di un'impugnazione della paternità dell'uomo considerato padre, in particolare nel caso in cui sussista una discrepanza tra la paternità giuridica e quella genetica; cfr. artt. 1599, 1600 BGB: legittimati all'impugnazione sono essenzialmente l'uomo [il marito], la cui paternità viene presunta, la madre ed il figlio; il donatore del seme [il padre genetico] non è di regola legittimato all'impugnazione della paternità del marito della madre).

Il rapporto di filiazione tra un figlio nato *al di fuori del matrimonio* ed il suo padre sociale si stabilisce invece, ai sensi dell'art. 1592, n° 2 e 3, BGB, per riconoscimento ovvero per azione o accertamento giudiziale. Ai sensi dell'art. 1594 BGB, gli effetti giuridici del riconoscimento – che è ammesso già prima della nascita del figlio –, possono, salvo che dalla legge non disponga altrimenti, essere fatti valere a partire dal momento in cui il riconoscimento diviene efficace (il riconoscimento non è efficace fino a quando sussiste la paternità di un altro uomo o se viene sottoposto a condizione o termine). Per rafforzare la posizione del bambino, l'efficacia dell'atto di riconoscimento viene condizionato al consenso del figlio e, se minore, della madre (art. 1595 BGB).

In generale, il *Bundesverfassungsgericht* sembra riconoscere il metodo della fecondazione artificiale come un dato di fatto, che non sembra giudicare come un “disvalore” (v. anche la giurisprudenza illustrata *infra* ai punti 2 e 3).

Alcune corti superiori e supreme si sono inoltre pronunciate in merito alla fecondazione eterologa da parte di persone *single* e omosessuali e hanno mostrato aperture in merito. Così il Tribunale regionale superiore (OLG) di Karlsruhe si è pronunciato con sentenza del 13 ottobre 2017 (12 U 107/17) circa il rimborso delle spese per la fecondazione artificiale da parte delle *assicurazioni private* a favore di una donna non sposata. Le assicurazioni private (per cui non vale l’argomentazione del *Bundesverfassungsgericht* in merito al sistema sanitario statale) non devono distinguere ai fini del rimborso tra coppie sposate e quelle non sposate. Una relativa previsione contrattuale nelle condizioni generali sarebbe invalida poiché arbitraria e non giustificabile.

La Corte federale delle finanze (*Bundesfinanzhof*) ha deciso in due sentenze del 5 ottobre 2017 (VI R 47/15 e VI R 2/17) che i costi per l’intervento della fecondazione eterologa devono essere considerati ai fini fiscali (quale costo straordinario) anche a favore delle coppie omosessuali, sempre a condizione che il trattamento sia conforme al diritto interno, cioè alla legge sulla tutela del embrione e alle direttive mediche applicabili.

1.3. Disciplina della maternità surrogata (in generale)

La *ESchG* vieta e sanziona penalmente¹² sia la c.d. *ovodonazione* che la pratica dell’affitto d’utero (ossia la maternità surrogata o dissociata), in ragione del fatto che la tutela del figlio mira ad una coerenza tra la maternità genetica, quella biologica e quella sociale. Si vuole garantire, nei limiti del possibile, la “univocità della maternità” nell’interesse superiore del bambino (comportando la maternità dissociata problemi sociali e psicologici)¹³.

¹² La sanzione colpisce il medico per la sua prestazione che consenta la c.d. maternità surrogata, mentre né la madre in affitto né le persone “committenti” sono soggette ad una sanzione penale. Inoltre, il c.d. *Adoptionsvermittlungsgesetz* (la legge che disciplina la mediazione nel campo delle adozioni) vieta e sanziona penalmente l’attività di mediazione tesa a procurare madri surrogate, mentre non vengono punite le madri surrogate o i genitori che hanno dato l’incarico di mediazione (per loro può configurarsi un illecito amministrativo).

¹³ Nell’ambito del giudizio della Grande Camera della Corte EDU nel caso *S.H. ed altri c. Austria* (ricorso n° 57813/00) che ha negato una violazione dell’art. 8 della Convenzione EDU alla luce del divieto austriaco dell’ovodonazione ed enfatizzato l’esistenza di un margine di apprezzamento a favore degli Stati membri, la Germania si era espressa a favore del divieto dell’ovodonazione.

Il divieto della maternità surrogata non è esente da critiche in Germania. Si ritiene, tra l'altro, che la *maternità surrogata* in presenza di sterilità o infertilità della donna (sposata) che desidera avere un figlio non leda la dignità umana del figlio, della madre in affitto o della donna che desidera il figlio. Sebbene il *transfer* dell'embrione nel corpo di una donna diversa dalla madre genetica (dopo una fecondazione *in vitro*) comporti problematiche dal punto di vista del diritto di famiglia, non si potrebbe tuttavia affermare una violazione della dignità umana dei soggetti coinvolti¹⁴. In rapporto ad altre pratiche, come ad esempio l'aborto, la maternità surrogata, in quanto decisione a favore della vita, sembrerebbe comunque accettabile senza che con ciò venissero disconosciuti i problemi correlati con la tensione psichica di cui sono oggetto le parti coinvolte¹⁵.

2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali

Nell'ordinamento tedesco, l'adozione di minori (alla cui illustrazione si limita il presente contributo) è disciplinata in particolare negli artt. 1741-1766 BGB e nella legge sulla intermediazione in materia di adozione del 3 luglio 1976 (*Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG*) e successive modificazioni. Mentre il BGB regola soprattutto i presupposti sostanziali dell'adozione, la *Adoptionvermittlungsgesetz* contiene la normativa sul procedimento di adozione ed i poteri delle autorità preposte. Altre disposizioni di natura procedurale si trovano nella legge sul procedimento in materia di famiglia e di questioni di volontaria giurisdizione (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG*) e nei artt. 50 ss. dell'Ottavo libro del Codice sociale (*8. Sozialgesetzbuch*). Principio cardinale della disciplina è che l'adozione è ammessa solo se finalizzata all'interesse superiore del minore e se si instaura un vero rapporto familiare tra l'adottante e l'adottato (art. 1741 BGB).

Infine, la Germania ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, riguardante la protezione dei bambini e la cooperazione nel settore dell'adozione internazionale. La ratifica della Convenzione, avvenuta con la legge del 5 novembre 2001, ha condotto a modifiche alla *Adoptionsvermittlungsgesetz* ed ha portato ad un nuovo quadro normativo composto dalla legge di attuazione della

¹⁴ M. HERDEGEN, in MAUNZ/DÜRIG, *op. cit.*, n° 104, C. STARCK, in v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *op. cit.*, Art. 1, comma 1, LF, n° 97.

¹⁵ Cfr., per ulteriori riferimenti, R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO – T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2006, 5 ss.

Convenzione dell’Aja (*Adoptionsübereinkommens-Ausführungsgesetz – AdÜbAG*) e dalla legge sugli effetti dell’adozione pronunciata secondo il diritto straniero (*Adoptionswirkungsgesetz – AdWirkG*). Quest’ultima legge trova applicazione, non solo alle adozioni estere che rientrano nella disciplina convenzionale, ma anche a adozioni avvenute in Stati che non hanno ratificato alcuna convenzione (v. anche *infra* al punto 3.).

Per effetto della legge del 2017 che ha garantito alle coppie composte da persone dello stesso sesso l’accesso al matrimonio, l’adozione congiunta di minori è oggi possibile anche alle coppie omosessuali a condizione che siano sposate. Per le persone omosessuali che fanno invece parte di un’unione registrata¹⁶ o, più in generale, per coppie omosessuali non sposate, un tipo di adozione ipotizzabile è quella individuale (*stepchild* o successiva).

In ossequio al suddetto principio ispiratore dell’interesse superiore del bambino, l’adozione individuale da parte un *single* è consentita. Essendo vietata ogni discriminazione nell’accesso all’adozione che sia fondata esclusivamente sull’orientamento sessuale, anche le persone omosessuali possono adottare individualmente un minore.

Tramite l’adozione individuale si conosce inoltre, quantomeno indirettamente, l’adozione cosiddetta coparentale, mediante la quale ad un individuo è concesso di adottare il figlio biologico del proprio *partner* (nell’ambito di un’unione di fatto, registrata oppure coniugale), affiancando la propria potestà genitoriale così acquisita a quella del *partner* e pervenendo ad un esercizio congiunto della stessa, con il figlio che godrà di due legami genitoriali legalmente riconosciuti¹⁷.

Le coppie sposate possono generalmente adottare il minore solo congiuntamente: i casi di adozione singola all’interno della coppia sono limitati ad alcune ipotesi di carattere eccezionale (incapacità di uno dei coniugi, adozione del figlio naturale del partner, etc.)¹⁸.

¹⁶ La questione della costituzionalità del divieto di adozione congiunta da parte di un’unione registrata è stata sollevata in via incidentale davanti al *Bundesverfassungsgericht*, ma quest’ultimo ha ritenuto inammissibile il relativo ricorso di un giudice berlinese, in quanto scarsamente motivato (ordinanza del 23 gennaio 2014, 1 BvL 2/13, 1 BvL 3/13).

¹⁷ In ogni caso di adozione, l’adottante di un minore deve avere la piena capacità giuridica ed una età minima di venticinque anni. La legge non dispone nulla riguardo ad un tetto massimo di età per il richiedente, né requisiti specifici di età dei minori adottati in relazione all’età di chi adotta. Il BGB, però, stabilisce che l’adozione sia “moralmente giustificata” (art. 1767 BGB).

¹⁸ Nel caso dell’adozione congiunta è sufficiente che uno dei due coniugi abbia almeno venticinque anni e l’altro deve aver compiuto almeno ventuno anni di età. In caso di adozione di un proprio figlio naturale o del figlio del proprio coniuge, l’età minima è ridotta a ventuno anni.

Per l'adozione si presuppone che i genitori naturali abbiano dato il loro consenso, ma solo se il bambino abbia almeno otto settimane di vita. È richiesto anche il consenso del minore, espresso dal suo rappresentante legale fino all'età di quattordici anni (artt. 1746 ss. BGB).

Con la pronuncia dell'adozione, il minore acquista lo stesso *status* giuridico di un figlio biologico dell'adottante e riceve il cognome dei genitori adottivi, con i diritti e i doveri legati al nuovo *status*; di conseguenza, si estinguono i legami di parentela con la famiglia di origine (c.d. adozione "completa").

2.1. La *stepchild adoption*

Come esposto, una coppia omosessuale sposata può oramai adottare un bambino del tutto estraneo rispetto ad entrambi i coniugi (la c.d. adozione congiunta). Inoltre, per le coppie registrate è prevista l'adozione individuale (da parte di un *partner*) del figlio dell'altro o anche di un altro bambino, però solo con il consenso dell'altro *partner*¹⁹. La legge sulla convivenza registrata non prevede, invece, l'adozione congiunta di figli da parte dei conviventi registrati²⁰ quale vero elemento distintivo rispetto al matrimonio (la questione è però stata superata con la legge che ha riconosciuto il matrimonio "egualitario").

Se il legislatore ha presto consentito l'adozione nel caso in cui il bambino fosse figlio naturale del *partner*, per il passo successivo, ovvero la legalizzazione dell'"adozione successiva"²¹ di un figlio già adottato precedentemente dal *partner* registrato, è stato necessario l'intervento del *Bundesverfassungsgericht*.

In una decisione del 19 febbraio 2013 (1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09) il Tribunale costituzionale federale ha infatti ritenuto che il divieto di adozione successiva del figlio, già adottato da uno dei *partner*, fosse incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 LF. Il diniego della possibilità di adozione del figlio adottato da un *partner* registrato implicava, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, una discriminazione dei bambini coinvolti rispetto ai bambini adottati da parte di una coppia unita in matrimonio o rispetto ai figli naturali di uno dei *partners*; del pari, la discriminazione sussisteva ai danni

¹⁹ In merito a tale disposizione è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale che, con ordinanza del 10 agosto 2009 (1 BvL 15/09), è stata respinta dal *Bundesverfassungsgericht* per inammissibilità.

²⁰ Ciò è dovuto al fatto che l'art. 1741, comma 2, per. 1 BGB prevede in capo a persone non sposate soltanto l'opzione dell'adozione individuale.

²¹ Con la *Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner* del 20 giugno 2014.

dei *partners* uniti in *partnerships* civili rispetto ai coniugi sposati. Una siffatta discriminazione non trovava giustificazione, nemmeno considerando il dettato dell'art. 6, comma 1, LF circa la particolare tutela del matrimonio e della famiglia.

La decisione afferma che la particolare tutela del matrimonio non possa essere a fondamento del divieto dell'adozione del figlio del *partner*, perché non implica alcun obbligo di “disciplinare altre convivenze diversamente dal matrimonio e di attribuire loro diritti minori”. Ad avviso del Tribunale, le ragioni soggiacenti al divieto dell'adozione successiva, che si poneva l'obiettivo di impedire che un bambino “passato da famiglia a famiglia” venisse esposto a vari diritti genitoriali tra loro contrastanti, non sussistevano in relazione né alle coppie unite in matrimonio né a quelle legate da una *partnership*, in quanto entrambe le forme di convivenza erano finalizzate ad una unione duratura.

Il Tribunale aveva inoltre respinto la tesi secondo la quale la vita in una famiglia con genitori dello stesso sesso avrebbe potuto pregiudicare l'equilibrata crescita dei bambini, stabilendo, in considerazione dei pareri di psicologi e degli interventi di esperti al riguardo, che la *partnership* civile poteva favorire la crescita di un bambino esattamente quanto un matrimonio. Veniva del resto evidenziato come il divieto dell'adozione successiva da parte di un *partner* omosessuale registrato non sarebbe stato comunque idoneo ad impedire la convivenza *de facto* del bambino con la coppia omosessuale.

Eventuali pericoli che potessero occorrere nelle singole fattispecie sarebbero stati superati con le dovute verifiche, effettuate obbligatoriamente in ogni caso di adozione. Infine, anche la situazione patrimoniale del figlio adottato (mantenimento, successione, etc.) sarebbe stata ulteriormente tutelata in presenza di un secondo genitore adottivo (ad es., nel caso di morte o separazione dei *partners*).

Il divieto dell'adozione successiva integrava dunque una violazione del principio di uguaglianza; non integrava, però, una violazione del diritto del bambino ad una tutela statale, alla cura genitoriale ed alla educazione, né di un asserito diritto genitoriale dei *partners* (costituzionalmente non riconosciuto, almeno in casi come quello di specie), né, infine, del diritto ad avere una famiglia (rispetto al quale spetta al legislatore un certo margine di manovra nella regolamentazione) di cui all'art. 6 LF.

Il *Bundesverfassungsgericht* aveva infine precisato che la decisione non avesse riguardo alla generale questione dell'adozione congiunta di bambini da parte di coppie omosessuali secondo le modalità consentite agli eterosessuali. Al riguardo, si era comunque evidenziato che l'ammissione dell'adozione del figlio adottato

del *partner* (appunto, l'adozione successiva) non poteva essere interpretata come un aggiramento del divieto per le coppie omosessuali di adottare un bambino.

In tema di *stepchild adoption* merita infine segnalare, sebbene non riguardi in particolare le coppie omosessuali ma le coppie di fatto, una recente pronuncia del *Tribunale costituzionale federale* del 26 marzo 2019 (1 BvR 673/17).

Il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti accolto un ricorso diretto avente ad oggetto l'esclusione *de facto* della *stepchild adoption* da parte del compagno convivente di un genitore del figlio (nella specie, la madre biologica), con cui non era coniugato. Tale esclusione è stata ritenuta in contrasto il principio di uguaglianza. Il Tribunale costituzionale ha ricordato come attualmente, nell'ordinamento tedesco, l'adozione che conduce ad una genitorialità congiunta è possibile soltanto se il genitore adottivo è coniugato con chi è il genitore dal punto di vista giuridico ("genitore legale") del minore. In assenza di matrimonio (e quindi per le coppie di fatto), l'adozione non è possibile senza che il "genitore legale" perda al contempo la parentela con il proprio figlio (art. 1754, commi 1 e 2, e art. 1755, commi 1 e 2, BGB). Al figlio rimane così, a seguito dell'adozione, solo il genitore adottivo quale unico genitore dal punto di vista giuridico, il che non è solitamente nell'interesse della famiglia. Ad avviso dei giudici costituzionali, il fatto che i componenti delle coppie sposate possano diventare entrambi genitori dal punto di vista giuridico del figlio adottato, ma non possano fare altrettanto i componenti delle coppie di fatto è in contrasto con il principio di uguaglianza. La norma civile che fa venire meno, in capo al genitore legale, la parentela è stata pertanto dichiarata incostituzionale. Le riserve e i dubbi sollevati da alcuni circa un eventuale pregiudizio per i figli che vengano adottati dalle coppie di fatto e circa un'adozione c.d. pregiudizievole non possono giustificare una completa esclusione della *stepchild adoption* che conduca ad una genitorialità congiunta. Pregiudizi che eventualmente emergano dovranno essere evitati in altra maniera.

Il legislatore è stato quindi invitato a provvedere ad una modifica normativa nel senso indicato dal *Bundesverfassungsgericht* entro il 31 marzo 2020. Il *Bundestag* e il *Bundesrat* hanno puntualmente adempiuto all'invito e approvato un disegno di legge del Governo federale che ha previsto l'introduzione dell'art. 1766a BGB che ha equiparato in relazione alla *stepchild adoption* le convivenze (coppie *de facto*) stabili alle coppie coniugate.

2.2. L'adozione da parte del *partner* a seguito di fecondazione eterologa

Come illustrato, l'ordinamento tedesco consente l'azione congiunta da parte di una coppia omosessuale coniugata o l'adozione individuale per un omosessuale registrato o convivente. Per le unioni registrate (e da ultimo le convivenze di fatto stabili) ciò comprende sia la *stepchild adoption* che l'adozione c.d. successiva.

La legge non regolamenta né vieta esplicitamente l'adozione da parte di un coniuge omosessuale o *partner* registrato di un bambino nato a seguito di una fecondazione eterologa, ovviamente a condizione che questa venga effettuata nel rispetto delle norme interne (che in realtà tacciano sull'argomento, v. *supra*, salvo vietare l'ovodonazione e la maternità in affitto). Se dunque una donna omosessuale si avvale della fecondazione eterologa con l'aiuto di una banca del seme e partorisce un figlio, questo può essere adottato dalla sua *partner* (in presenza degli altri requisiti per l'adozione, specie se ciò risulta essere nell'interesse superiore del bambino, cfr. art. 1741 BGB; cfr. anche la giurisprudenza citata *infra* al punto 3.c)). Qualunque coppia sposata può, in teoria, anche adottare insieme un bambino nato a seguito di una fecondazione eterologa; nell'ambito di questa fecondazione eterologa è però vietato che venga coinvolta una c.d. madre in affitto.

Sono molte le coppie omosessuali che si avvalgono di tecniche di procreazione assistita, anche non consentite nel territorio nazionale e pertanto anche all'estero, il che compromette la validità delle massime tradizionali (ad esempio, quella secondo cui "*mater semper certa est*"), oltre a comportare una serie di complesse problematiche a livello di diritto internazionale privato²².

2.3. L'adozione da parte dei due coniugi a seguito di maternità surrogata

Come detto, la maternità surrogata non è consentita. Se ciò implichi necessariamente anche il divieto dell'adozione del bambino partorito dalla madre in affitto non è però pacifico. La recente giurisprudenza di merito sembra essere favorevole all'ammissione dell'adozione in Germania (da parte di adottanti appartenenti sia ad una coppia eterosessuale che omosessuale) di un figlio nato all'estero da una madre surrogata se ciò è nell'interesse superiore del bambino,

²² V., al riguardo, A. DIURNI, *Storia e attualità della filiazione in Europa*, in *Dir. Famiglia* 2007, 03, 1397.

quantomeno quando il figlio è anche il figlio genetico di uno dei genitori sociali ed intenzionali.

Ciò emerge, tra l'altro, da una decisione del 17 marzo 2017 (II 1 UF 10/16) del Tribunale regionale superiore di Düsseldorf relativa ad un caso in cui una coppia (registrata) composta da due uomini si era avvalsa della maternità surrogata all'estero per avere un figlio (utilizzando comunque il seme di uno dei *partners*). Il Tribunale ha ritenuto che il *partner* del padre genetico potesse adottare in Germania il figlio di quest'ultimo sebbene fosse nato all'estero (USA) da una madre in affitto (a seguito di un'ovodonazione) in quanto l'adozione contribuiva o era funzionale all'interesse superiore del bambino. La coppia si era presa cura del bambino sin dalla nascita e conviveva con lui in armonia. Ad avviso del Tribunale superiore, la decisione del tribunale distrettuale competente che aveva respinto la domanda di adozione del *partner* era censurabile in quanto il fatto che il figlio fosse nato grazie alla maternità surrogata non costituiva una c.d. "intermediazione o un collocamento illegale o immorale" del minore adottato. Pertanto, la successiva adozione non avrebbe dovuto misurarsi con lo *standard* più rigoroso della "necessità dell'adozione" di cui all'art. 1741, comma 1, per. 2 BGB, secondo cui l'adozione da parte di un soggetto coinvolto nell'"intermediazione o un collocamento illegale o immorale" del minore è consentita solo se "necessaria per il superiore benessere del bambino", ma piuttosto con lo *standard* meno rigoroso dell'art. 1741, comma 1, per. 1 BGB. Ai sensi di tale norma è sufficiente che l'adozione sia funzionale al bene e all'interesse superiore del bambino, poiché ci si può aspettare che sorga una relazione genitore-figlio. Ad avviso del Tribunale superiore, le conclusioni del tribunale distrettuale non erano compatibili né con la lettera della disposizione di cui all'art 1741 BGB, né con la *ratio* della norma. Infine, le considerazioni di tipo general-preventivo (aventi lo scopo di fermare l'uso della maternità surrogata) non tenevano conto dell'interesse superiore del bambino.

Il Tribunale regionale superiore di Monaco (ordinanza del 12 febbraio 2018, 33 UF 1152/17), con un'argomentazione analoga, aveva statuito, con riferimento ad un caso che coinvolgeva una coppia omosessuale registrata (e poi sposata), che l'uso della maternità surrogata in Ucraina non ostacolava l'adozione in Germania del figlio genetico di un *partner* (padre genetico e legale), nato grazie alla ovodonazione e maternità surrogata, da parte dell'altro *partner*. Decisivo era, ad avviso del Tribunale, che l'adozione fosse funzionale all'interesse superiore del bambino ai sensi del primo comma dell'art. 1741, comma 1, per. 1 BGB.

Inoltre, il Tribunale regionale superiore di Francoforte sul Meno, con l'ordinanza del 28 febbraio 2019 (1 UF 71/18), ha ritenuto che la madre genetica

potesse adottare in Germania il figlio del marito e padre genetico che era nato da una madre surrogata (una donna ucraina) se l'adozione contribuiva ovvero era funzionale all'interesse superiore del bambino. Dopo la nascita in Ucraina, il padre aveva riconosciuto la paternità e la madre surrogata aveva acconsentito all'esercizio della custodia e all'adozione da parte della madre genetica. La coppia si era poi trasferita con il figlio in Germania. Tuttavia, il tribunale distrettuale tedesco competente aveva respinto la domanda di adozione della madre genetica. Ad avviso del Tribunale superiore di Francoforte, tale decisione era censurabile in quanto l'uso della maternità surrogata da parte dei genitori genetici non costituiva una c.d. "intermediazione o un collocamento illegale o immorale" (come tipicamente è il traffico di minori) o una relativa partecipazione dell'adottante ad un tale atto illegittimo ai sensi dell'art. 1741, comma 1, per. 2 BGB. Pertanto, la successiva adozione e "l'interesse superiore" del minore da adottare avrebbe dovuto misurarsi con lo *standard* meno rigoroso dell'art. 1741, comma 1, per. 1 BGB (v. *supra*). Nel caso in esame, esisteva già un legame stretto e amorevole e un rapporto genitore-figlio tra la madre genetica, suo marito e il bambino. La madre genetica aveva assunto il ruolo di madre con tutti i compiti normalmente a ciò associati e si poteva presumere che avrebbe continuato a farlo. Anche la grande differenza di età (di circa 53 anni) rispetto al figlio non impediva secondo il Tribunale l'adozione, considerando la situazione genitoriale e gli *standard* attuali in Germania.

Il Tribunale ha inoltre evidenziato come considerazioni general-preventive dovrebbero passare in secondo piano rispetto al principio dell'interesse superiore del bambino e non dovrebbero andare a scapito dei bambini interessati. Infine, ha osservato che spetta al legislatore chiarire "*il rapporto di tensione tra il divieto della maternità surrogata da un lato ed il benessere del bambino nato grazie alla maternità surrogata*".

Infine, l'ammissione dell'adozione a seguito di una maternità surrogata emerge (indirettamente) da un'ordinanza del 20 marzo 2019 (sent. XII ZB 530/17) della Corte suprema federale (BGH). Secondo tale ordinanza una coppia tedesca (nel caso di specie, eterosessuale) la quale si era avvalsa della maternità surrogata in Ucraina per poi tornare e vivere con il neonato in Germania, è stata indirizzata dallo stesso BGH verso la procedura di adozione prevista dal diritto tedesco al fine di ottenere la "desiderata dichiarazione di maternità" in capo alla madre intenzionale (e genetica) (v. anche *infra* al punto 3 b). Al riguardo merita segnalare come ai sensi dell'art. 1591 BGB (peraltro non mutato alla luce del riconoscimento del matrimonio egualitario), è considerata "*madre di un figlio la donna che lo ha partorito*", quindi solo la madre biologica, anche se non

coincidente con la madre genetica: quand'anche la madre uterina non coincidesse con la madre genetica, ma solo con la madre biologica ("in affitto"), madre rimarrebbe ai sensi del BGB, con tutte le conseguenze giuridiche che ne discendono (a prescindere dal fatto che abbia ricevuto la donazione di una cellula uovo o di un embrione). Alla madre genetica, in quanto donatrice, non è riconosciuto alcuno *status* giuridico in relazione al bambino.

3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis*

Qualora sussistano delle fonti del diritto Ue o fonti internazionali (trattati, convenzioni multi- o bilaterali), sono queste a regolare, per l'essenziale, le forme e i limiti del riconoscimento in Germania delle decisioni estere in materia di famiglia. Così le decisioni estere sull'adozione rese e certificate ai sensi della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale redatta a L'Aja il 29 maggio 1993 (in vigore per la Germania dal 1° marzo 2002), vengono riconosciute *per legge* in tutti gli Stati membri (cfr. art. 23, comma 1, della Convenzione)²³. La certificazione infatti fa venir meno la necessità nello Stato di accoglienza di un esame dei presupposti sostanziali e della validità dell'adozione e quindi circa l'interesse del minore e l'aspettativa di un rapporto durativo di genitore-figlio tra adottante ed adottato. Le decisioni devono essere scrutinate nel territorio nazionale solo in merito ai loro *effetti* e sono direttamente rilevanti senza ulteriore accertamento incidentale.

Ai termini del successivo art. 24, "*il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente*", ma "*solo se [l'adozione] è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore*"

²³ È controverso se un'adozione cui si applichi la Convenzione dell'Aja, ma che sia stata realizzata in contrasto con la stessa (ad es., senza rispettare il procedimento convenzionale), possa essere riconosciuta o meno ai sensi della disciplina interna, specie artt. 108, 109 FamFG (in base al principio del maggior favore, c.d. "*Günstigkeitsprinzip*", secondo cui un'eventuale disposizione interna più favorevole al riconoscimento della decisione estera, disconosciuta dalla fonte internazionale, trova in genere applicazione); contrari: Tribunale regionale superiore (OLG) di Schleswig, 25 settembre 2013, in *FamRZ* 2014, 498; Tribunale (LG) di Berlino, 1 settembre 2009, in *BeckRS* 2011, 9360; a favore dell'applicazione degli artt. 108, 109 FamFG: Tribunale regionale superiore (OLG) di Düsseldorf, 28 settembre 2018, in *NZFam* 2018, 1053; Tribunale regionale superiore (OLG) di Stuttgart, 4 agosto 2017, in *FamRZ* 2018, 362; Tribunale regionale superiore (OLG) di Celle, 20 febbraio 2017, in *FamRZ* 2017, 1503.

(cfr. anche art. 6 EGBGB) (preleggi contenenti la normativa tedesca sul diritto internazionale privato)²⁴.

Per il resto, il riconoscimento di decisioni estere in materia di famiglia e relative alla filiazione viene disciplinato dagli artt. 108, comma 1, e 109 FamFG. Fatta eccezione per le questioni inerenti al matrimonio e alle unioni similari disciplinati nell'art. 107 FamFG, l'art. 108 FamFG sancisce come principio base il riconoscimento automatico o incidentale delle decisioni estere. L'art. 109 FamFG indica poi i motivi di rifiuto del riconoscimento, tra cui il caso – sancito anche in generale dall'art. 6 EGBGB – in cui “*il riconoscimento della decisione porta ad un risultato che sia palesemente inconciliabile con i principi fondamentali del diritto tedesco, specialmente quando è inconciliabile con i diritti fondamentali*”.

La nozione “decisione” ai sensi dell'art. 108 FamFG riguarda sia decisioni giudiziali che decisioni di autorità amministrative qualora equivalgano per la loro funzione e la natura del procedimento ad una decisione giudiziale. Ci si riferisce a decisioni di natura sostanziale e non a decisioni meramente procedurali. Le decisioni devono anche essere efficaci in base alla legge dello Stato in cui sono state rese mentre non devono essere necessariamente definitive (*res giudicata*). Meri atti di registrazione o le autenticazioni di rapporti parentali come, ad esempio, la registrazione del nome del figlio da parte di un'anagrafe straniera, o altri accertamenti fattuali da parte di giudici o autorità straniere, svolte senza alcun esame nel merito e senza effetto costitutivo, non sono ad ogni modo considerati decisioni ai sensi della norma, almeno secondo l'orientamento prevalente²⁵. Nella giurisprudenza e dottrina²⁶ si era recentemente sviluppato un orientamento secondo cui non rilevava invece il criterio dell'effetto costitutivo della decisione straniera per poter essere riconosciuta in Germania, ma che bastasse un esame sostanziale che poteva affermarsi anche con riferimento ad una semplice

²⁴ Nonostante il riconoscimento “automatico” previsto dalla Convenzione, si può comunque instaurare un apposito ed ulteriore procedimento di riconoscimento ai sensi della AdWirkG al fine di chiarire in maniera vincolante la sussistenza, il contenuto e gli effetti in Germania di un'adozione avvenuta all'estero – pur se dichiarata in uno Stato contraente –, e quindi al fine di ottenere una maggiore certezza giuridica, anche alla luce della previsione di cui all'art. 24 della Convenzione.

²⁵ Cfr. anche per ult. rif. M. WEBER in: HAHNE/SCHLÖGEL/SCHLÜNDER, *BeckOK FamFG*, 36. edizione, 2020, Art. 108, n. 30.

²⁶ Cfr. Tribunale regionale superiore (OLG) Celle, 22 maggio 2017, in *FamRZ* 2017, 1496; B. BIERMANN, *Anerkennungsfähigkeit einer standesamtlichen Eintragung der biologischen Eltern im Falle einer Leihmutterschaft*, in *NZFam* 2017, 662 s. (nota a sentenza) con ult. riferimenti.

registrazione dell'anagrafe straniera. Ciò è però di recente stato smentito dal BGH (sentenza del 20 marzo 2019, sent. XII ZB 530/17, v. *infra*)²⁷.

Nel caso in cui venga effettuata una registrazione a seguito di una decisione giudiziale all'estero, quest'ultima può certamente essere riconosciuta in Germania (ma non la mera registrazione in sé)²⁸.

I negozi giuridici, compresi quelli che hanno un effetto modificativo sui rapporti di diritto di famiglia, non possono inoltre essere riconosciuti ai sensi dell'art. 108 FamFG; la loro efficacia viene invece valutata secondo lo statuto invocato dall'EGBGB. Le dichiarazioni di stato (come il riconoscimento della paternità) e le adozioni puramente contrattuali (così come le 'adozioni per contratto' avvenute in Stati non firmatari della Convenzione dell'Aja) devono essere valutate in base allo statuto di discendenza (art. 19, 23 EGBGB) o allo statuto di adozione (art. 22, 23 EGBGB). Controverso è il trattamento degli atti notarili e transazioni giudiziali.

Merita segnalare che con riferimento alle adozioni da parte di coppie omosessuali all'estero in generale e al loro riconoscimento, la giurisprudenza di merito si è già da anni espressa (quindi anche prima che venisse legalizzata l'adozione congiunta da parte di coniugi omosessuali), a favore del riconoscimento dell'adozione applicando un'interpretazione della nozione di 'ordine pubblico' in senso ampio, liberale e propensa al riconoscimento (facendo riferimento al c.d. "ordine pubblico internazionale").

Così la Corte suprema federale (BGH), in un'ordinanza del 17 giugno 2015 (XII ZB 730/12), ha affermato, incidentalmente, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto l'autenticazione dell'atto di nascita di un minore adottato all'estero da

²⁷ In questo senso anche Tribunale regionale superiore (OLG) di Monaco di Baviera, 12 ottobre 2017, in *NZFam* 2018, 36, con nota di M. LÖHNIG: è necessario che la *decisione* accerti a seguito di un esame sostanziale una questione o conseguenza giuridica in maniera vincolante e completa; Tribunale regionale superiore (OLG) di Francoforte a.M., 28 febbraio 2019, in *NZFam* 2019, 306 s. con nota di M. LÖHNIG che osserva come tale requisito possa condurre al risultato che il figlio nato da una madre in affitto non abbia nessuna madre legale; v. anche: B. FRIE, *Ausländische standesamtliche Beurkundung der Abstammung eines Leihmutterchaftskindes als „Entscheidung“ iSv § 108 I FamFG?*, in *NZFam* 2018, 97 ss.; M. OLDENBURGER, *Die Abstammung von Leihmutterkindern*, in *NZFam* 2020, 457 ss., che esprime dubbi alla luce della recente giurisprudenza della Corte Edu (cfr. sentenza del 2 giugno 2016, C-438/14) circa il futuro mantenimento della limitazione della nozione alle sole decisioni "giudiziali".

Tra l'altro, a seguito di tale pronuncia si è sviluppata la c.d. teoria di diritto Ue del riconoscimento dei rapporti di *status* registrati ("*Theorie der europarechtlichen Anerkennung registrierter Statusverhältnisse*"), cfr., per ulteriori dettagli e riferimenti, T. RAUSCHER, *Münchener Kommentar zum FamFG*, 3^a edizione, 2018, Art. 108, n. 10 ss.

²⁸ T. RAUSCHER, *op. cit.*

una coppia omosessuale, il riconoscimento dell'adozione anche in assenza di qualunque vincolo giuridico nella coppia adottante. Secondo il BGH, il fatto in sé che un ordinamento straniero (nella specie, quello sudafricano) attribuisse, nell'ambito della decisione di adozione da parte di una coppia omosessuale, il diritto di adozione congiunta non ledeva manifestamente l'ordine pubblico. Al riguardo, la Corte suprema ha ribadito la sua precedente giurisprudenza (facendo riferimento, in particolare, alla sentenza del 10 dicembre 2014, su cui v. *infra*) secondo cui, per il riconoscimento di una decisione estera, non doveva essere presa in considerazione la nozione dell'ordine pubblico di cui ai sensi dell'art. 6 EGBGB (preleggi), quindi quella della norma nazionale sulle regole di conflitto, ma piuttosto la nozione più ampia e liberale dell'"ordine pubblico internazionale", più propensa al riconoscimento. Alla luce di ciò, non rilevava, ai fini del riconoscimento, se la decisione straniera fosse in contrasto con la normativa interna, a meno che non si riscontrasse un conflitto intollerabile con i valori ed i principi essenziali dell'ordinamento nazionale. Per tale ragione, l'art. 109 FamFG doveva essere interpretato in maniera restrittiva, con il risultato di condurre al rifiuto del riconoscimento solo in casi eccezionali. Al riguardo, era senz'altro da porre al centro dell'*iter* decisorio la valutazione dell'interesse superiore del minore.

Il fatto che i *partners* non fossero ufficialmente e giuridicamente legati tramite un matrimonio o un'unione registrata non ostava, ad avviso il BGH, al riconoscimento, viste le aperture in Europa alla possibilità dell'adozione congiunta per le coppie omosessuali di fatto o per le unioni registrate (possibilità contemplata nella Convenzione sull'adozione dei minori del 27 novembre 2008, destinata a sostituire la precedente Convenzione sulla stessa materia del 24 aprile 1967, con la condizione della stabilità dell'unione)²⁹.

3.1. Le nascite a seguito di fecondazione eterologa

Non vi sono numerose pronunce giurisprudenziali né commenti in dottrina aventi ad oggetto il riconoscimento di atti esteri (ivi inclusa l'adozione all'estero) concernenti lo *status filiationis* di nascite a seguito della fecondazione eterologa

²⁹ Cfr. anche l'ordinanza del 23 gennaio 2014 – 12 UF 14/13, del Tribunale regionale superiore (OLG) di Schleswig, che si era espresso a favore di un riconoscimento in Germania dell'adozione congiunta da parte di una coppia di due donne che vivevano in California (di cui una di cittadinanza tedesca) e che avevano adottato negli Stati Uniti nel 2008 un bambino nato nello stesso anno. Le donne non erano sposate all'epoca né legate in un'unione legalmente riconosciuta, avendo costituito una semplice coppia di fatto, ma si sono poi sposate nelle more del giudizio.

che in Germania non è appunto regolamentata ma viene *de facto* praticata e tollerata.

[A] Il Tribunale regionale superiore di Celle, in un'ordinanza del 10 marzo 2011 (17 W 48/10), ha richiamato la giurisprudenza costituzionale sopra illustrata (pronuncia del 2 luglio 2010, 1 BvR 666/10) con riferimento al caso di fecondazione eterologa di una donna tedesca omosessuale sposata in Spagna con una cittadina italiana, che dopo la nascita di suo figlio, registrato nell'atto di nascita in Spagna come figlio comune della coppia, aveva cercato, senza successo, di far autenticare e trascrivere tale atto nel registro delle nascite in Germania dove la famiglia si era poi trasferita. Nel caso in esame, il Tribunale ha ritenuto applicabile il diritto tedesco (sulla discendenza) quale diritto del luogo della dimora abituale del figlio (art. 19, comma 1, EGBGB). Si è evidenziato come la legge tedesca sulla discendenza è determinata dall'idea di orientare la genitorialità in senso giuridico alla discendenza biologica del bambino da una donna e da un uomo. Sebbene la paternità legale non venga direttamente o di per sé basata sulla discendenza biologica del figlio da un determinato uomo ma piuttosto sul rapporto giuridico sociale di un uomo con la madre (biologica), ciò non significa che la legge non attribuisca rilevanza alla discendenza biologica del figlio. Piuttosto, la legge deduce da certi criteri sociali esterni la probabilità di una coincidenza tra paternità giuridica e paternità biologica. La legge vuole quindi determinare la discendenza del figlio, senza che siano necessari esami scientifici, ovvero con modalità da cui si possa con maggiore possibilità rappresentare la discendenza biologica. Il fatto che il diritto tedesco sulla discendenza (in particolare art. 1592 BGB)³⁰ si basi sull'assunzione di una discendenza biologica da un uomo anche con riferimento alle unioni omosessuali non è criticabile dal punto di vista costituzionale (in particolare alla luce del principio di uguaglianza) (cfr. la sopra indicata decisione del BVerfG del 2010). Esso non consente dunque l'attribuzione giuridica della genitorialità a due persone dello stesso sesso se non attraverso il diritto sull'adozione (che prescinde dalla discendenza biologica).

[B] Il BGB ha invece deciso (con ordinanza del 20 aprile 2016, XII ZB 15/15) che l'applicazione della disposizione del diritto sudafricano, secondo cui nel caso di un matrimonio tra persone dello stesso sesso nel quale la moglie della madre (qui sia biologica che genetica) diventa alla nascita il secondo genitore (la cosiddetta co-madre) del bambino per effetto della legge, deve essere riconosciuta e trascritta in Germania. La coppia, che viveva in Sudafrica, aveva chiesto, senza successo, l'iscrizione della nascita avvenuta all'estero nel registro delle nascite

³⁰ Cfr. anche *supra* la nota 18.

tedesco. Su ricorso del bambino e della coppia, la corte d'appello aveva secondo il BGH correttamente ordinato all'Ufficio dello Stato Civile di registrare la nascita del bambino e le donne coniugate come suoi genitori. La nascita all'estero doveva essere iscritta nel registro tedesco delle nascite poiché il bambino discendeva in senso giuridico dalla moglie tedesca della madre e quindi possedeva anche la nazionalità tedesca che veniva richiesta per l'iscrizione. Ai sensi dell'art. 19, comma 1, EGBGB, per la discendenza legale è determinante la legge dello Stato in cui il bambino ha la residenza abituale (nel caso in questione la legge sudafricana, che assegna al bambino entrambi i *partners* come genitori). Ad avviso della Corte, il riconoscimento non viene meno sulla base di una violazione del cosiddetto ordine pubblico per una manifesta incompatibilità della legge straniera con i principi essenziali del diritto tedesco (art. 6 EGBGB). Una posizione parentale assegnata a *partners* civili dello stesso sesso non può di per sé comportare una violazione dell'ordine pubblico. Al contrario, è da presumere che le circostanze di una convivenza omosessuale legalmente consolidata possano promuovere la crescita dei figli allo stesso modo di quella di un matrimonio. L'interesse superiore del bambino non ostacola quindi il riconoscimento.

3.2. Le nascite a seguito di maternità surrogata

In merito al riconoscimento di nascite a seguito di maternità surrogata o relative questioni, non si scorge giurisprudenza costituzionale molto pertinente.

Nel giudizio 1 BvR 573/12 (ordinanza del 22 agosto 2012), una coppia eterosessuale (madre e padre genetico) aveva adito il *Bundesverfassungsgericht* al fine di verificare se il rifiuto opposto da un'autorità dell'anagrafe tedesca di registrare e certificare l'atto di nascita dei "loro figli" emesso da un'autorità californiana fosse conforme alla Costituzione. "I figli" in questione erano stati partoriti da una madre "in affitto" in California. Il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi formali.

Il riconoscimento e la trascrizione in Germania di atti di nascita di bambini nati all'estero grazie alla maternità surrogata sono tuttavia stati ammessi da vari giudici comuni (anche per coppie omosessuali), che non hanno ravvisato alcun motivo di contrasto con l'ordine pubblico interno (quantomeno quando sussisteva un legame genetico con uno dei genitori e se l'atto da trascrivere era comunque frutto di una decisione costitutiva della genitorialità adottata all'estero).

[A] Una sentenza della Corte suprema federale (BGH) del 10 dicembre 2014 (BGHZ 203, 350) ha riguardato il riconoscimento dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero grazie alla donazione dell'ovocita da una donna rimasta

anonima ed al seme di uno dei *partners* di una coppia omosessuale. Nel caso di specie, infatti, una coppia omosessuale costituita in un'unione registrata, si era recata in California, dove aveva stipulato un contratto di maternità surrogata; a gestazione iniziata, era avvenuto il riconoscimento della paternità ed era stata adita la competente Corte californiana, che aveva stabilito – anche in base alle dichiarazioni rese al giudice dalla madre surrogata – che il bambino fosse figlio dei due genitori committenti. L'atto di nascita non era tuttavia stato riconosciuto dal competente Ufficio di Stato civile tedesco. I giudici aditi in primo e secondo grado avevano respinto il ricorso avverso detto diniego.

Il BGH ha però infine stabilito che la trascrizione dell'atto di nascita non fosse in contrasto con l'ordine pubblico tedesco (art. 109 FamFG)³¹ specificando che: *“Per la domanda di riconoscimento [...] non ci si deve adeguare all'ordine pubblico nazionale, [...] ma al più liberale principio giuridico di riconoscimento dell'ordine pubblico internazionale. [...], è determinante se il risultato della applicazione [...] nel caso concreto sia in una contraddizione talmente forte con i principi di fondo dell'ordinamento tedesco ed i presupposti di giustizia in esso contenuti, da apparire intollerabile secondo la concezione tedesca.”* [par. 28]

Con la costante giurisprudenza della Sezione, il paragrafo 109 FamFG sarebbe perciò da interpretare restrittivamente nell'interesse dell'armonia internazionale delle decisioni³².

[B] Basandosi sulla citata decisione del BGH, il Tribunale regionale superiore (OLG) di Celle, con l'ordinanza del 22 maggio 2017 (17 W 8/16), ha ritenuto che la (mera) annotazione dell'Ufficio dello Stato civile estero (a Kiev) secondo cui i genitori genetici di un figlio partorito da una madre in affitto erano quelli legali fosse una decisione da riconoscere ai sensi dell'art. 108 FamFG (v. *supra*) e che la trascrizione in Germania non fosse in contrasto con l'ordine pubblico tedesco.

³¹ Cfr. però la decisione della Corte amministrativa (VG) Berlino, 26 novembre 2009 (11 L 396/09), circa la paternità di un donatore e padre biologico tedesco di figli nati da fecondazione eterologa all'estero da una madre straniera sposata. I figli (ricorrenti) non erano, ad avviso della corte, dal punto di vista legale i figli del donatore (padre genetico) ai sensi della legge indiana che era decisiva in base all'art. 19, comma 1, EGBGB per il rapporto genitori-figli (ascendenza del figlio) e che si determina in base alla dimora abituale del figlio (e quindi i figli non avevano la cittadinanza tedesca). Anche assumendo che la legge indiana prevedesse l'annotazione dei genitori intenzionali nell'atto di nascita e rappresentasse una decisione costitutiva della paternità, il riconoscimento sarebbe stato in contrasto con l'ordine pubblico di cui all'art. 6 EGBGB visto che ci si era avvalsi, nella specie, della maternità surrogata che era vietata in Germania.

³² I passaggi della sentenza qui riportati sono tratti dalla traduzione di R. de Felice, allegata a R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in *Persona e danno* (3 febbraio 2015), reperibile online alla pagina: <https://www.personaedanno.it/dA/ae5df00c58/allegato/Clicca%20qui%20per%20testo%20e%20commento%20dott.%20de%20Felice.pdf>.

[C] Con una pronuncia del 5 settembre 2018 (XII ZB 224/17), il BGH ha affermato il diritto del minore a ottenere il riconoscimento in Germania del suo stato di figlio, già acquisito nel sistema statunitense, di entrambi i genitori intenzionali (però in un caso in cui due persone eterosessuali avevano fatto ricorso alla maternità surrogata). La corte ha con ciò riformato le decisioni di merito che si contrapponevano alle statuizioni del BGH nella decisione del 2014. La Corte regionale superiore di Braunschweig, nella sua decisione del 12 aprile 2017, aveva infatti concluso per il non riconoscimento della decisione statunitense e del relativo atto di nascita per contrasto con l'ordine pubblico. Nel diritto tedesco non si poteva dare spazio ad una genitorialità di tipo negoziale, essendo ammessa solo quella biologica e quella adottiva.

Il BGH ha cassato le decisioni e ritenuto, in relazione alla (non) violazione della dignità della gestante, che la disciplina di cui all'art. 1591 BGB,³³ non preclude di per sé alla decisione straniera la possibilità di essere riconosciuta. Piuttosto, oltre ai diritti della madre surrogata così come dei genitori intenzionali o committenti, dovrebbero essere considerati i diritti fondamentali e umani del bambino nato all'esito della gestazione per altri che includono il diritto del bambino di stabilire una relazione giuridica genitore-figlio.

La corte suprema ha in ogni caso escluso una lesione della dignità umana della madre surrogata nel caso in esame. Questa potrebbe affermarsi solo se la gestazione per altri venisse realizzata in circostanze che mettessero in discussione la libera partecipazione della madre surrogata, o se circostanze essenziali rimanessero incerte (come indicazioni inerenti alla persona della surrogata, alle condizioni alle quali quest'ultima si fosse dichiarata disponibile a condurre la gravidanza dei bambini) oppure se mancassero informazioni sull'accordo raggiunto, oppure ancora quando nel procedimento giudiziario straniero fossero state ignorate fondamentali garanzie procedurali.

Il BGH ha tra l'altro evidenziato come *“La natura volontaria della partecipazione non è messa in discussione dal fatto che la madre surrogata riceva denaro o [...] dal fatto che tra lei e i genitori intenzionali o committenti esista un divario sociale”* [par. 19].

Inoltre, ha osservato che nemmeno il fatto che la madre surrogata non sia stata ascoltata personalmente dalla Corte distrettuale che aveva reso la decisione

³³ ... secondo cui è considerata *“madre di un figlio la donna che lo ha partorito”* (v. *supra*).

metteva in discussione la natura volontaria della sua partecipazione, poiché la madre surrogata era comunque al corrente della procedura.³⁴

Il BGH ha affrontato poi la questione su quali debbano essere i genitori legali del minore per l'ordinamento tedesco: *“Ai fini del riconoscimento è dirimente tararsi sull'interesse del minore, e quindi sui diritti del minore di cui all'art. 2, comma 1, LF congiuntamente all'art. 6, comma 2, LF e di cui all'art. 8 CEDU, i quali garantiscono anche il diritto del bambino all'inquadramento legale quale figlio di entrambi i genitori”* [par. 21].

Ad avviso della corte, l'inquadramento del bambino quale figlio della madre surrogata non sarebbe rilevante nel suo Stato di origine già in forza della decisione giudiziale contrastante ivi adottata, secondo la quale i genitori intenzionali sono i genitori legali del bambino. La madre surrogata in realtà non vorrebbe nemmeno assumere un ruolo genitoriale rispetto al bambino.

Il BGH ha pertanto concluso *“[...] se si negasse al bambino l'inquadramento quale figlio dei genitori intenzionali, si compierebbe un'ingerenza nel suo diritto fondato sull'art. 8, comma 1, della CEDU di poter stabilire una relazione legale genitore-figlio”* e che *“[...] la relazione claudicante di parentela con la surrogata, che non produce effetti nel suo Stato di origine, non soddisferebbe i requisiti imposti dall'art. 2, comma 1, congiuntamente all'art. 6, comma 2, LF, e dall'art. 8, comma 1, CEDU.”* [par. 21].

Per tali ragioni, ad avviso del BGH, il legislatore nazionale non dovrebbe poter rifiutare di riconoscere il rapporto genitore-figlio tra genitori intenzionali e figlio (quale scopo dell'accordo di surrogazione di maternità), unicamente sul presupposto di considerazioni di prevenzione generale ovvero al fine di impedire in questo modo (ulteriori) “elusioni” del divieto nazionale di surrogazione di maternità.

Il BGH ha infatti sottolineato: *“[...] si deve [...] tenere presente che il bambino non ha alcuna influenza sulle circostanze della sua nascita e rispetto alle quali non può essergli attribuita alcuna responsabilità. Pertanto, la valutazione dell'interesse del bambino non può essere confinata al profilo della relazione psicosociale tra bambino e madre surrogata.”* Piuttosto, in vista di una considerazione complessiva rileva, ad avviso del BGH, che i genitori intenzionali, a differenza della madre surrogata, assumono effettivamente il ruolo genitoriale e vogliono offrire al bambino le cure necessarie per un suo felice sviluppo.

³⁴ I passaggi della sentenza qui riportati sono tratti dalla traduzione pubblicati in A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, reperibile online alla pagina: <http://www.articolo29.it/2019/13045/>.

I giudici supremi hanno quindi ribadito che al centro dell'analisi doveva porsi l'interesse preminente del minore e hanno smentito la tesi di una dottrina minoritaria che aveva addotto esigenze general-preventive quale giustificazione per il mancato riconoscimento in tali casi: *“L'argomento secondo cui [...] il benessere dei bambini dovrebbe essere garantito ex ante vietando l'inquadramento legale di figli dei genitori intenzionali [...] non convince. Una tale strategia di tutela potrebbe nel migliore dei casi riferirsi al bambino non ancora nato [...]. Ma lo scopo possibile di tale tutela potrebbe essere (solo) quello di proteggere il bambino dalla sua stessa creazione, il che sarebbe già in sé contraddittorio [...]*” [par. 24].

Il BGH ha rimarcato che la valutazione dei fatti deve essere compiuta nel momento in cui il bambino diviene portatore dei propri diritti e che *“La protezione dell'interesse del minore, quale protezione individuale del bambino, deve essere a questi garantita in quanto titolare autonomo del diritto”* [par. 25].

La protezione del bambino non può differenziarsi in ragione delle modalità procreative, sulle quali il bambino non esercita alcuna influenza.

La Corte, infine, ha lasciato espressamente aperta la soluzione giuridica nel caso in cui nessuno dei due genitori intenzionali abbia un legame genetico.

[D] In due recenti ordinanze del 20 marzo 2019 (sent. XII ZB 530/17 e XII ZB 320/17), relative a giudizi sulla filiazione di bambini nati da una madre surrogata all'estero (Ucraina), il BGH non ha invece riconosciuto lo *status* di filiazione del bambino rispetto alla madre genetica tedesca come era annotato dall'anagrafe estera in un atto di nascita straniero. In entrambi i casi, due coppie di cittadini tedeschi residenti in Germania si erano avvalsi della maternità surrogata in Ucraina (con donazione di sperma del marito e fecondazione degli ovuli della moglie). I rispettivi padri genetici avevano (in un caso già prima della nascita) confermato all'ambasciata tedesca di Kiev la paternità, con assenso della madre surrogata, che aveva anche depositato una dichiarazione presso un notaio attestando l'avvenuta gestazione per altri e la somiglianza genetica tra il bambino e la coppia di genitori intenzionali tedeschi. Conformemente alle dichiarazioni, l'anagrafe ucraina aveva poi registrato questi ultimi come genitori legali del neonato e rilasciato un atto di nascita.

In un caso la trascrizione di questo atto estero nel registro delle nascite in Germania (e quindi il suo riconoscimento) veniva direttamente rifiutato dall'autorità competente mentre nell'altro caso l'atto di nascita veniva inizialmente trascritto. Successivamente era però emerso che il bambino era nato tramite gestazione per altri ed il tribunale competente aveva quindi intimato all'Ufficio dello Stato civile tedesco di correggere il registro delle nascite e di

inserire la madre surrogata come madre legittima del bambino (al posto della moglie del padre genetico).

Al riguardo, il BGH ha ritenuto che, rispettivamente, il rifiuto dell'iscrizione e la correzione dell'iscrizione nel registro delle nascite in Germania (ai sensi dei § 47 e 48 della legge sullo *status* della persona) non fossero impediti da un eventuale (automatico) riconoscimento dell'iscrizione dello *status* di famiglia del bambino nel registro delle nascite avvenuta in Ucraina. Queste iscrizioni, così come il rilascio del corrispondente certificato di nascita, non avevano effetti paragonabili a quelli di una decisione giudiziaria, e non erano quindi “decisioni” riconoscibili ai sensi dell'art. 108 FamFG (cfr. anche *supra*). Dunque, a differenza di altri casi precedenti decisi dal BGH, mancava una decisione estera potenzialmente riconoscibile in Germania. Si applicava, invece (almeno in uno dei casi), chiaramente il diritto tedesco alla questione della discendenza, che non consente però il riconoscimento della madre solo genetica (e non anche biologica). A parere del BGH nel caso in cui la coppia rientri subito con il neonato in Germania, la discendenza dello stesso era infatti assoggettata al solo diritto tedesco quale legge del luogo della residenza abituale del bambino (art. 19 EGBGB) e la precedente statuizione dell'anagrafe straniera a nulla rileva.

Nell'altro caso deciso dal BGH, la questione della abituale dimora – e con ciò quella della legge applicabile alla discendenza – non era così chiara e doveva ancora essere accertata coinvolgendo al riguardo anche la madre surrogata (ovvero la madre biologica e quindi quella legale almeno per l'ordinamento tedesco).

Nella decisione in cui il BGH aveva ritenuto applicabile il diritto tedesco, la Corte ha infine sancito che la coppia, per ottenere la desiderata dichiarazione di maternità in capo alla madre intenzionale (e genetica), dovesse seguire la procedura di adozione prevista dal diritto tedesco (con ciò implicitamente ammettendo l'adozione di un bambino nato grazie alla maternità surrogata che in sé è vietata in Germania).

[E] Meritano infine menzione due recenti decisioni del Tribunale regionale superiore (KG) di Berlino (ordinanze del 21 gennaio 2020, 1 W 47/19, e del 17 marzo 2020, 1 W 298 ed altri).

In entrambe le ordinanze, il Tribunale ha riaffermato, richiamando la giurisprudenza del BGH del 2014 e 2018, che le decisioni giudiziali estere (nella specie, statunitensi) che accertino, ancor prima della nascita, la genitorialità legale dei “padri” omosessuali vanno riconosciute ai sensi dell'art. 108 FamFG, con la conseguenza che la madre in affitto – non essendo mai diventata “madre legale” – non debba essere annotata come madre nel registro delle nascite in Germania (per

l'iscrizione nel registro è infatti determinante la situazione giuridica al momento della nascita).

Nell'ordinanza del 21 gennaio 2020, il KG ha precisato che il c.d. "principio della verità dello stato civile", che vige nella disciplina dello stato civile, non richiede che il nome e il cognome della madre surrogata siano annotati nel principale registro delle nascite, se la decisione straniera ha attribuito la genitorialità legale ai genitori intenzionali già prima della nascita del bambino (ancora diverso: KG di Berlino, 4 luglio 2017, in *NJW* 2017, 3241).

Inoltre, sempre nell'ordinanza del 21 gennaio 2020, si è rilevato che, nel caso della maternità surrogata, il riconoscimento di una decisione straniera che assegni la paternità legale solo al padre intenzionale e constati al contempo che la madre surrogata non sia un genitore legale, non dipende dal fatto che il padre intenzionale sia anche il padre genetico del bambino (con ciò andando oltre a quanto finora sostenuto dalla giurisprudenza, che si era espressa sempre su casi in cui sussisteva comunque un legame genetico di un genitore intenzionale con il figlio).

Infine, il Tribunale ha affermato (sempre nella stessa ordinanza) che la madre surrogata non deve necessariamente essere coinvolta nel procedimento di stato civile, se vi sono prove sufficienti a giustificare che abbia consegnato volontariamente il bambino al padre intenzionale e che non voglia assumere una posizione genitoriale.

3.3. I principi costituzionali o internazionali che vengono in gioco nel bilanciamento

Come illustrato, gli atti stranieri concernenti lo *status filiationis* vengono regolarmente riconosciuti in Germania senza ulteriore esame, a condizione che si tratti di vere e proprie *decisioni* sostanziali (e non di mere annotazioni senza effetto costitutivo)³⁵. Il riconoscimento può solo essere rifiutato se tali decisioni siano in contrasto con l'ordine pubblico (dal BGH inteso come "ordine pubblico internazionale") e con principi e diritti fondamentali dell'ordinamento tedesco.

³⁵ In quest'ultimo caso (quando manca dunque una decisione sostanziale con effetti costitutivi), la questione va invece scrutinata in base al diritto applicabile sostanziale che in Germania lega la discendenza necessariamente a quella biologica della madre e in ogni caso a due genitori di sesso diverso (uomo e donna). Pertanto, in Germania una coppia omosessuale può ottenere il riconoscimento come "genitori" soltanto attraverso l'adozione (congiunta o *stepchild adoption*) se questa è nell'interesse superiore del bambino. L'uso della maternità surrogata da parte della coppia non esclude tuttavia di per sé un tale interesse del minore. Contano invece molto le circostanze del caso tra cui in particolare il rapporto figlio-genitore che si è instaurato e che si prospetta.

Solo in tale ambito può quindi diventare necessario un bilanciamento dei complessi interessi in gioco. Tra questi rilevano in particolare, come si evince dalla giurisprudenza passata in rassegna, oltre ai diritti della madre surrogata (alla dignità personale, alla vita ed all'integrità fisica) e dei genitori intenzionali (il diritto alla personalità ed all'autodeterminazione che include "il diritto alla procreazione"³⁶ nonché la tutela della famiglia) e del donatore di liquido seminale (dignità e libertà personale), soprattutto i diritti fondamentali e umani del bambino (di cui all'articolo 2, comma 1, congiuntamente all'art. 6, comma 2, LF nonché di cui all'art. 8 CEDU³⁷ i quali garantiscono anche il diritto del bambino all'inquadramento legale quale figlio di entrambi i genitori).

Come nell'ambito delle adozioni nazionali, anche per il riconoscimento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis* (adozioni estere incluse) rilevano dunque, secondo la giurisprudenza tedesca, sempre e soprattutto l'interesse superiore e i diritti del minore.

³⁶ Tale diritto sembra emergere dall'art. 6, commi 1 e 2 LF, o, almeno, dal diritto generale alla personalità di cui all'art. 1 LF, in combinato disposto con l'art. 2, comma 1 LF.

³⁷ Per quanto riguarda l'incidenza della CEDU (in particolare dell'art. 8) e della giurisprudenza della Corte Edu si segnala come è stato riconosciuto, proprio alla luce degli approcci nazionali disomogenei, ai legislatori degli Stati membri un ampio margine discrezionale in materia di maternità surrogata (v. *supra* nota 20); cfr. le decisioni del 26 giugno 2014 nel caso *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192/11, e del 26 giugno 2014, nel caso *Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11, in cui la Corte EDU ha tuttavia affermato una violazione dell'8 CEDU alla luce del rifiuto da parte delle autorità francesi di riconoscere valore legale alla relazione tra i figli di una coppia omosessuale partoriti da una madre in affitto attribuendo al benessere preminente del figlio e al suo diritto ad una vita privata e familiare la priorità rispetto a considerazioni general-preventive. Tale giurisprudenza deve senz'altro essere presa in considerazione anche in Germania. Si veda però anche, con riferimento ad un caso in cui mancava ogni legame genetico del figlio con i genitori, la decisione del 24 gennaio 2017 (ric. n. 25358/12) nel caso *Paradiso e Campanelli/Italia*, nella quale si è anche tenuto conto del divieto della maternità surrogato nell'ordinamento italiano.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

1. Profili generali

1.1. Il riconoscimento delle coppie omosessuali

Nel Regno Unito, le unioni tra persone dello stesso sesso possono essere riconosciute sul piano giuridico attraverso la *civil partnership* oppure attraverso il matrimonio.

1.1.1. Il Civil Partnerships Act 2004

Il *Civil Partnerships Act 2004* è entrato in vigore nel dicembre 2005. La *civil partnership*, originariamente riservata ad individui dello stesso sesso, era stata definita come “parallela al matrimonio”, per evitare di minare le fondamenta del matrimonio e di urtare le sensibilità di diversi gruppi religiosi. Comunque, di fatto gli istituti erano e sono pressoché identici, poiché i due legami danno luogo a diritti ed obblighi sostanzialmente sovrapponibili¹.

La *civil partnership* può essere formata sia attraverso la registrazione, da parte della coppia, della *partnership* stessa nel territorio del Regno Unito², sia attraverso la formalizzazione di un “rapporto estero” (*overseas relationship*) che ai sensi della legge del 2004, viene ritenuta alla stregua di una *civil partnership* nell’ordinamento britannico (*Section 1*). La *civil partnership* si considera formata quando i componenti della coppia hanno firmato il *civil partnership document*.

¹ Dal 1° gennaio 2019, con l’approvazione del *Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration Etc.) Act 2019* (il cui testo integrale è reperibile all’indirizzo Internet <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/12/contents/enacted/data.htm>), possono avvalersi della *civil partnership* anche le coppie eterosessuali. La legge è giunta in risposta alla sentenza, della Corte suprema, nel caso *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for International Development*, del 2018 (per ulteriori informazioni, v. la segnalazione “Corte suprema, sentenza *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary)*, [2018] UKSC 32, del 27 giugno 2018, sull’estensione delle *Civil Partnerships* alle coppie eterosessuali”, 27/06/2018, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201806.pdf).

² Oppure presso un consolato britannico o da parte del personale delle forze armate dispiegate all’estero. Le *overseas relationships* idonee sono elencate nello *Schedule 20* del *Civil Partnerships Act 2004*.

Durante la firma del *civil partnership document* non può essere svolta alcuna cerimonia religiosa³.

La *civil partnership* è esclusa per chi è già *civil partner* o sposato, per chi è di età inferiore ai 16 anni⁴ e per le persone legate da determinati rapporti di parentela.

1.1.2. Il Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013

Il *Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013*, che ha ricevuto il *Royal assent* il 17 luglio 2013, ha operato, per il riconoscimento dell'unione matrimoniale, la piena equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali. In particolare, l'estensione significa che il matrimonio ha gli stessi effetti giuridici per le coppie omosessuali e per le coppie eterosessuali (*Section 11(1)*) e, secondo la stessa legge, le disposizioni presenti nell'ordinamento devono essere interpretate di conseguenza.

La legge permette alle coppie dello stesso sesso di unirsi in matrimonio con una cerimonia civile o anche religiosa, presso un luogo di culto, qualora l'organizzazione religiosa abbia accettato di celebrarla anche per le coppie *same-sex*.

La legge include inoltre delle previsioni per l'interpretazione di talune leggi esistenti, nonché di future disposizioni; ad esempio, i riferimenti legislativi alla "moglie", al "coniuge" o al "vedovo" devono essere interpretati in maniera tale da ricomprendervi anche il coniuge *same-sex*, mentre gli accenni al "matrimonio" devono includere anche quello tra persone dello stesso sesso. I riferimenti alle coppie di fatto eterosessuali si estendono, d'ora innanzi, anche a quelle omosessuali. Per quanto riguarda i riferimenti, nelle norme future, a "marito" o "moglie", essi conservano il contenuto di "genere"; in altre parole, il termine "marito" includerà anche un coniuge *same-sex* di sesso maschile (e non anche femminile), mentre "moglie" include la coniuge *same-sex* di sesso femminile, e non anche maschile (v. anche *Section 11(2)*; *Schedule 3*). Inoltre, la legge precisa le modifiche che verranno apportate in determinate sfere, tra cui ad esempio le pensioni e le prestazioni sociali.

³ Ulteriori dettagli circa la formazione del *civil partnership* sono stabiliti nel *Chapter 1* del *Civil Partnerships Act 2004*.

⁴ Per le persone di 16 e 17 anni che desiderano formare un *civil partnership*, è necessario il consenso dei genitori dell'interessato, a meno che egli non abbia già contratto una *civil partnership* con una persona ora defunta.

Tali interpretazioni non si estendono però agli atti di natura privata, quali testamenti e contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge.

La legge prevede la possibilità, per le coppie già unite in *civil partnership*, di convertire la loro unione in matrimonio (*Section 9*)⁵.

Il *Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013* consente, inoltre, ad un individuo coniugato di cambiare sesso senza dover porre fine al matrimonio, se il coniuge è d'accordo nel proseguire l'unione (*Section 12*).

Si disciplina anche il riconoscimento di taluni matrimoni *same-sex* contratti all'estero, se sono validi quanto alla competenza mentale dei coniugi al momento del matrimonio ed ai requisiti di forma stabiliti dal diritto applicabile. In particolare, non ha importanza se l'ordinamento del luogo di celebrazione del matrimonio permetta il matrimonio tra persone dello stesso sesso già prima, o solo dopo, l'entrata in vigore della legge del 2013. Il riconoscimento può avvenire dal momento dell'entrata in vigore del *Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013*.

Per quanto riguarda il divorzio e l'annullamento, valgono le stesse motivazioni previste per il matrimonio eterosessuale, con due particolarità: primo, il divorzio può essere concesso per motivi di adulterio solo se il fatto è avvenuto con una persona del sesso opposto; secondo, la non-consumazione del matrimonio non può essere motivo di annullamento del matrimonio *same-sex* (*Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013, Schedule 4, Part 3*).

1.2. La fecondazione eterologa

Già dalla prima legge in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), lo *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, nell'ordinamento britannico non si prevedevano restrizioni all'accesso alla tecnica in base alle caratteristiche dei futuri pazienti⁶. Potevano quindi sottoporsi a qualsiasi tipo di trattamento di procreazione assistita le coppie sposate, i *civil partners*, le coppie di

⁵ In questi casi, la *partnership* termina il giorno della conversione in matrimonio, mentre si ritiene che il matrimonio sia stato contratto la data della formazione della *civil partnership*. Il dettaglio delle procedure di conversione è stato predisposto nelle *The Marriage of Same Sex Couples (Conversion of Civil Partnership) Regulations 2014*, S.I. No. 3181, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/3181/contents/made>.

⁶ Per approfondimenti, si v. i contributi relativi al Regno Unito nei precedenti lavori AREA DI DIRITTO COMPARATO, *La fecondazione eterologa*, marzo 2014, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf; e *Fecondazione eterologa e coppie omosessuali*, giugno 2019, www.consulta.it/studi/Diritto-comparato/Ricerche/F_Principi_e_diritti_fondamentali/Comp%20254_PMA.pdf.

fatto etero- ed omosessuali ed i *singles*; tra l'altro, le tecniche disponibili non erano distinte in base alla natura omologa o eterologa dei gameti utilizzati⁷. L'aggiornamento del quadro normativo sull'argomento ad opera dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ha introdotto maggiori tutele del rapporto di filiazione per i committenti che non appartengano a coppie eterosessuali coniugate.

1.2.1. L'acquisizione della genitorialità

Nel *common law*, vige la presunzione secondo cui la partoriente è la madre legale. Tale principio è stato conservato anche nella legge: la *Section 33* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* stabilisce che nei casi di procreazione medicalmente assistita, la madre del bambino è la donna che ha portato avanti la gravidanza a seguito del trasferimento, nel suo utero, di un embrione o di gameti. Questo vale anche se la donna si è sottoposta alla procedura all'estero. Tale norma non trova applicazione solamente se il bambino viene successivamente adottato (*infra*, par. 2), oppure se, nel caso della maternità surrogata, viene emessa nei suoi confronti una *parental order* (*infra*, parr. 1.3. e 1.3.1.).

Per quanto riguarda la madre intenzionale, la legge ha espressamente escluso l'estensione di un'altra importante presunzione di *common law* pertinente – quella secondo cui se la donna che si sottopone a trattamento è coniugata⁸, il marito della donna può essere riconosciuto come padre del bambino in virtù della presunzione di paternità dei figli nati entro il matrimonio – alle coppie *same-sex* femminili (*Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013, Schedule 4, Part 2*).

La semplice ovodonazione non è sufficiente a conferire la genitorialità (*Section 47* della legge del 2008).

Piuttosto, per le coniugi o *civil partners*, la *Section 42* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* ha stabilito una procedura con la quale poter acquisire la genitorialità legale nei confronti del bambino. A seguito della modifica ad opera del *paragraph 40* dello *Schedule 7* del *Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013*, tale previsione stabilisce infatti che, se al momento della

⁷ V. lo *Schedule 3* della legge.

⁸ Nel caso *In re D (a child appearing by her guardian ad litem) (Respondent)* [2005] UKHL 33, la *House of Lords* ha affermato che una coppia non coniugata deve essere “trattata come coppia”, se tale era al momento del trasferimento dell'embrione, o dell'inseminazione, non rilevando se la coppia fosse tale al momento in cui la struttura aveva accettato di procedere al trattamento.

sottoposizione di una donna ad un trattamento di fecondazione assistita, ella era *civil partner* o coniuge di un'altra, quest'ultima sarà il secondo genitore legale del bambino, a meno che non dimostri di essersi opposta all'esecuzione del trattamento di PMA. Ciò vale per i trattamenti eseguiti nel Regno Unito ed anche all'estero.

La maggior parte delle madri non-partorienti rientrano nell'ambito della legge. Tuttavia, se il figlio era stato concepito prima dell'entrata in vigore delle relative previsioni dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, ovvero il 6 aprile 2009, oppure se non sussistano i requisiti previsti dalla legge, la soluzione generalmente preferita è la *step-parent adoption* (*infra*, par. 2.1.).

Per quanto riguarda invece le coppie di fatto lesbiche, la compagna non-partoriente potrà essere il secondo genitore legale del bambino se al momento dell'esecuzione della procedura che è all'origine del concepimento, la coppia aveva validamente dato il consenso⁹ a che la compagna non-partoriente dovesse essere considerata genitore (*Sections* 43 e 44 della legge del 2008).

Nel caso di trasferimento di un embrione nell'utero di una donna impegnata in un matrimonio *same-sex* o *civil partnership* successivamente alla scomparsa della coniuge o *civil partner*, la defunta potrà essere considerata genitore del bambino se: l'embrione era stato creato durante la relazione; la morte è avvenuta prima dell'impianto dell'embrione nella partoriente; la defunta aveva acconsentito all'esecuzione del trattamento e alla sua considerazione alla stregua di genitore dell'eventuale bambino (e tale consenso non era stato ritirato); e la partoriente ha così stabilito per scritto, entro 42 giorni dalla nascita del bambino.

Se invece l'embrione non era stato creato durante il matrimonio o la *civil partnership*, oltre alle altre condizioni di cui *supra*, deve potersi constatare che, al momento della morte, la donna adempiva alle condizioni per la genitorialità femminile di cui alla *Section 44* dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, ovvero: la genitrice intenzionale e la partoriente devono aver entrambe depositato, davanti alle autorità responsabili, un avviso scritto e firmato in cui dichiaravano il consenso a che la genitrice intenzionale fosse trattata alla stregua di un genitore legale di qualsiasi bambino che sarebbe potuto nascere dalla procedura di PMA; tale consenso non deve essere stato ritirato; la donna sottoposta a trattamento non deve avere successivamente indicato un altro individuo che doveva essere ritenuto il genitore del bambino; e le donne non dovevano essere legate da determinati rapporti di parentela.

⁹ Quest'ultimo requisito viene meno se una o entrambe le compagne siano impossibilitate a causa di malattia, infortunio o disabilità fisica.

Là dove una persona acquisisca la genitorialità ai sensi delle previsioni legislative summenzionate, lo stato genitoriale si applicherà a tutti i fini previsti dalla legge. Se però tale stato viene conferito in maniera postuma, allora servirà al solo fine dell'iscrizione anagrafica sul certificato di nascita del bambino (*Section 48*, legge del 2008).

1.3. La maternità surrogata

La maternità surrogata non integra un reato, ma qualsiasi attività commerciale relativa a tale pratica è illecita (*Surrogacy Arrangements Act 1985*). Dunque, teoricamente, i committenti possono versare, alle madri surrogate, solamente cifre ragionevoli per far fronte alle loro spese¹⁰. Tuttavia, la prassi è piuttosto diversa. Nei casi in cui la madre surrogata è sconosciuta ai committenti, in genere riceve circa £ 10-15.000 per i propri “servizi”, che potrà molto probabilmente trattenere anche una volta che del caso di maternità surrogata “commerciale” siano venute a conoscenza le autorità locali, dato che le corti hanno il potere di autorizzare *ex post* i pagamenti versati, anche in violazione del divieto imposto per legge; ciò soprattutto se il giudice ritiene che, in un certo caso, è nell'interesse del bambino rimanere con la coppia committente.

Di fatto, comunque, un accordo di maternità surrogata non ha alcun valore legale: tra le conseguenze di questo assetto vi è, ad esempio, che la partoriente non può essere costretta a consegnare il bambino, né può citare in giudizio la coppia committente per non aver versato i pagamenti concordati o per non volere il bambino in seguito alla nascita. Le maternità surrogate che fanno uso di trattamenti di fecondazione *in vitro* presso cliniche autorizzate sono maggiormente protette, poiché sono applicabili anche tutte le forme di tutela previste per legge, tra cui in particolare la necessità di tener conto del benessere del bambino che nascerà e di qualsiasi altro bambino che potrebbe essere coinvolto nella nascita, come ad esempio quelli della stessa madre surrogata.

Alla luce del crescente uso della maternità surrogata, nel 2018 l'Esecutivo ha chiesto alla *Law Commission* di intraprendere un progetto triennale di revisione dell'ordinamento in tema di maternità surrogata. Il *report* della *Commission* è stato pubblicato nel 2020; si prevede la pubblicazione di una bozza di legge nel tardo 2021. Tra le proposte contenute nel *report* vi sono: la creazione di una

¹⁰ *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, che ha modificato a tal fine il *Surrogacy Arrangements Act 1985* (in particolare, la sua *Section 1B*). L'*Act* è stato modificato dallo *Human Fertilisation and Embryology Act del 2008* per permettere ad enti privi di scopo di lucro di chiedere una tariffa ragionevole per poter recuperare le loro spese.

nuova modalità per acquisire la genitorialità giuridica (in luogo dell'attuale *parental order*, *infra*), tale da permettere ai genitori intenzionali di essere genitori legali del bambino fin dalla nascita; l'eliminazione del requisito del legame genetico tra genitori intenzionali ed il bambino per le maternità surrogate che avvengono nel Regno Unito; la creazione di un registro al fine di dare ai figli informazioni circa le proprie origini; e riforme approfondite della maternità surrogata internazionale, concedendo la genitorialità legale ai genitori intenzionali e introducendo misure volte a favorire l'ingresso del bambino nel Regno Unito¹¹.

1.3.1. I parental orders

Nel contesto della maternità surrogata, l'*Act* del 1990 ha creato l'istituto del *parental order*; la disciplina attuale è contenuta nella legge di aggiornamento del 2008 (*Sections* 54-55). L'istituto mira a facilitare l'acquisizione della genitorialità da parte dei committenti; si tratta della soluzione preferita, in casi di maternità surrogata, rispetto all'adozione, perché la disciplina relativa all'adozione, oltre ad essere particolarmente complicata, non era stata né concepita né modificata per tenere conto delle particolarità della maternità surrogata. Le previsioni si applicano anche se la procedura all'origine della gravidanza è stata eseguita all'estero.

Con un *parental order*, l'individuo che intende essere genitore del bambino ne assume la genitorialità legale, estinguendo qualsiasi precedente rapporto di filiazione in maniera permanente; inoltre, si ha automaticamente una nuova emissione del certificato di nascita del bambino che mostra, come genitori legali del bambino, gli individui richiedenti. La genitorialità legale (*legal parenthood*) può comportare conseguenze relativamente alla responsabilità economica per il bambino, ai suoi diritti di successione ed alla trasmissione della cittadinanza britannica, il che può risultare particolarmente importante nel caso di maternità surrogata eseguita all'estero (*infra*, par. 3.2.). Il genitore legale iscritto sul certificato di nascita del bambino avrà anche la potestà genitoriale (*parental responsibility*) nei suoi confronti.

I *parental orders* possono essere emessi a favore delle coppie (sposate, *civil partners* e coppie conviventi) e, dal 3 gennaio 2019, anche a favore dei *singles* (*section* 54A dell'*Act* del 2008)¹². In tutti i casi, richiedenti devono aver compiuto

¹¹ La relazione ed altri dati relativi al progetto di riforma sono consultabili all'indirizzo <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>.

¹² Ciò a seguito della sentenza *In the matter of Z (A Child) (No 2)*, [2016] EWHC 1191 (Fam), 20 maggio 2016, in cui la *High Court* adita aveva reso una dichiarazione di incompatibilità,

18 anni e il bambino deve essere nato a seguito di gravidanza portata avanti da una madre surrogata; inoltre, l'embrione deve essere stato creato con i gameti di almeno uno dei richiedenti (o del richiedente, in caso di *single*). Al momento della richiesta, il bambino deve risiedere presso i richiedenti, i quali a loro volta devono risiedere nel Regno Unito; nel caso di una coppia richiedente, almeno uno dei componenti della coppia deve avervi la sua residenza. Il *parental order* dovrà essere richiesto entro sei mesi dalla nascita del bambino.

Sia la madre surrogata che l'eventuale padre o secondo genitore (che non siano tra i richiedenti dell'*order*) devono dare il proprio consenso al trasferimento della genitorialità. A differenza delle pratiche di adozione, la mancanza del consenso non è superabile (nell'adozione, invece, si può addurre che il consenso sia stato negato per motivi irragionevoli). Se un'autorità pubblica locale viene a sapere che un bambino sta per nascere o è nato in seguito ad un accordo di maternità surrogata, il dipartimento di servizi sociali si attiva per compiere accertamenti al fine di verificare se il bambino è a rischio di abusi o malessere in seguito all'accordo; in caso contrario, le autorità possono ottenere l'affidamento del bambino tramite un *care order*.

Il *parental order* deve essere emesso da un giudice a seguito di una o più udienze, nel corso delle quali verrà nominato un tutore legale per far valere gli interessi del bambino. Come avviene con l'adozione, non sarà reso pubblico alcun collegamento tra il registro delle nascite e quello dei *parental orders*, ma il bambino nato dalla maternità surrogata potrà, al compimento della maggiore età ed in seguito ad un percorso di assistenza psicologica, avere accesso al suo certificato di nascita originale.

Il *parental order* può essere concesso anche in via postuma. Nel caso *Re X*, del 2020, la *Family Court* ha assegnato alla coppia committente il *parental order*, anche se il coniuge della committente era scomparso improvvisamente durante la gravidanza surrogata¹³.

con gli artt. 8 e 14 della CEDU, della *section 54(1) e (2)*, secondo cui la richiesta per un *parental order* poteva essere avanzata solo da "due persone". Per ulteriori dettagli, v. *infra*, par. 1.2.1. e T. JARRETT, *Children: surrogacy – single people and parental orders (UK)*, *House of Commons Library Briefing Paper* n. 8076, 2019, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8076/CBP-8076.pdf>.

¹³ *Re X* [2020] EWFC 39, del 20 maggio 2020.

2. L'adozione da parte delle coppie omosessuali

L'adozione da parte di coppie omosessuali era già di fatto praticata nell'ordinamento da tempo (mediante diversi *escamotages* giuridici basati sull'adozione da parte di un *single*¹⁴). Tuttavia, è stato l'*Adoption and Children Act 2002*, il cui obiettivo esplicito era quello di aumentare il numero di adozioni, ad aver operato una riforma *ab imis* della disciplina sull'adozione, ampliando le categorie di persone che possono adottare, per ricomprendervi anche le coppie non sposate, eterosessuali e omosessuali¹⁵. La legge del 2002 ha comunque posto il principio secondo cui l'interesse del fanciullo deve essere il criterio più importante nella determinazione di questioni relative all'adozione.

Il *Civil Partnerships Act 2004* ha modificato l'*Adoption and Children Act 2002* al fine di consentire il riconoscimento della *civil partnership* ai fini dell'adozione. In particolare, la *Section 79(12)* della legge del 2004 modifica la definizione di "coppia" contenuta nell'*Adoption and Children Act 2002* al fine di includervi quelle unite mediante *civil partnership*. Quindi, anche i *civil partners* rientrano nella disciplina stabilita dalla *Section 50* della legge del 2002, per cui "un'ordinanza di adozione può essere emanata su richiesta di una coppia, i cui componenti abbiano entrambi raggiunto l'età di 21 anni" oppure se "uno dei componenti della coppia è la madre o il padre del bambino da adottare e ha raggiunto l'età di 18 anni, e l'altro ha raggiunto l'età di 21 anni"¹⁶.

Il *Marriage (Same-Sex Couples Act) 2013* ha operato la piena equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali (*supra*, par. 1.1.2.), facendo quindi venir meno qualunque possibile argomento che, in punto di diritto, potesse eventualmente addursi contro l'applicazione generalizzata della disciplina dell'adozione.

Inoltre, alle agenzie di adozione si applicano le *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*, che vietano la discriminazione per motivi di orientamento sessuale nella fornitura di beni e servizi al pubblico.

¹⁴ V. contributo sull'Inghilterra in AREA DI DIRITTO COMPARATO, *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, gennaio 2016, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_omoparentale.pdf.

¹⁵ A. DIDUCK, *Law's Families*, LexisNexis UK, 2003, 205.

¹⁶ Un genitore può adottare il proprio figlio (il che avviene generalmente allorché si intenda escludere la presenza dell'altro genitore nella vita del minore; si tratta, peraltro, di una situazione che si verifica alquanto raramente).

Le coppie che desiderano adottare devono quindi essere sposate, unite in *civil partnerships* o “conviventi come *partners* in una relazione familiare stabile”¹⁷. Altrimenti, non possono adottare congiuntamente¹⁸. Per l’adozione congiunta, le coppie non devono necessariamente convivere; occorre semplicemente che vi sia una “intenzione non ambigua di creare e mantenere la vita familiare e [...] un assetto di fatto coerente con questa intenzione”¹⁹.

Come accennato, l’adozione è comunque possibile anche per i *singles*, a far tempo dal 1926. Prima dell’introduzione della possibilità dell’adozione da parte di coppie omosessuali, si trattava del resto della sola modalità di adozione prevista per i genitori *same-sex*. Può adottare in via individuale anche una persona che è *partner* del genitore del bambino in questione (*section 51* della legge del 2002; v. *infra*, par. 2.1.).

L’adozione diventa ufficiale con l’emanazione di un’ordinanza (giudiziale) di adozione, il c.d. *adoption order*. Prima di emettere un tale *order*, la corte deve accertarsi che i tempi minimi di residenza con i richiedenti siano stati soddisfatti, che l’*order* sia fondato sul superiore interesse del fanciullo e che, là dove necessario, sia stato ottenuto il consenso del genitore o dei genitori naturali²⁰. Con l’emanazione dell’ordinanza di adozione, il bambino adottato viene considerato alla stregua di un “figlio legittimo dell’individuo o della coppia che lo adotta”²¹. I genitori adottivi ottengono la potestà genitoriale (*parental responsibility*)²² e possono prendere tutte le decisioni riguardo al bambino che possono adottare altri genitori. Lo *status* e la potestà genitoriali di qualsiasi altra persona vanno così ad

¹⁷ Oggi, i requisiti per poter diventare un genitore adottivo sono i seguenti: il compimento dei ventuno anni di età, soglia che scende a diciotto anni se è un genitore naturale ad adottare il proprio bambino (*Section 50* dell’*Adoption and Children Act 2002*); il fatto che l’individuo o, nel caso di adozioni in coppia, almeno un componente della coppia richiedente sia domiciliato in una delle Isole britanniche; l’aspirante adottante o gli aspiranti adottanti non devono essere stati dichiarati colpevoli di reati contro i minori o di reati sessuali (*Sections 49(2) e (3)* dell’*Adoption and Children Act 2002*). Inoltre, anche l’agenzia di adozione deve valutare la capacità dei genitori adottivi di soddisfare i bisogni del fanciullo da adottare; questo significa che potrebbero essere valutate anche altre caratteristiche, tra cui lo stato di salute, l’età, la rete sociale, la situazione economica, nonché la presenza di altri bambini nella famiglia e persino la religione e l’etnia.

¹⁸ La *section 144(6)* dell’*Adoption and Children Act 2002* chiarisce, in particolare, che la nozione di “coppia” non può applicarsi alle persone legate da stretti rapporti di consanguineità.

¹⁹ *T & M v OCC* [2010] EWHC 964 (Fam).

²⁰ Non lo è, ad es., quando i genitori non sono legalmente in grado di prestare il consenso, sono irreperibili oppure se ciò è necessario per salvaguardare l’interesse del fanciullo; non è necessario ottenere il consenso del padre biologico se non è sposato con la madre di nascita.

²¹ *Section 67(1-3)* dell’*Adoption and Children Act 2002*.

²² *Section 46(1)* dell’*Adoption and Children Act 2002*.

estinguersi, ad eccezione della circostanza in cui uno *step-parent* adotti il figlio del proprio *partner*: in questo caso, il *partner* conserva potestà e *status* genitoriali. L'ordinanza di adozione non perde efficacia quando l'adottato raggiunge la maggiore età. Essa può però decadere se viene emanata un'altra ordinanza di adozione.

L'ordinamento prevede anche le forme della *open adoption*, in cui l'adottato può mantenere i contatti con la famiglia di origine, nonché dello *special guardianship*, che non elide del tutto lo *status* dei genitori naturali. Gli *special guardians* godono di molti dei diritti inerenti alla genitorialità e possono adottare praticamente tutte le decisioni importanti relative alla crescita del minore.

2.1. La *step-parent adoption*

Un numero crescente di adozioni vede il coinvolgimento di *step-parents*. Le soluzioni possibili, in questi casi, sono due: o lo *step-parent* conclude con il genitore o i genitori del bambino un accordo di potestà genitoriale (*parental responsibility agreement*), oppure chiede l'adozione vera e propria.

Per quanto riguarda la prima soluzione, a seguito della modifica ad opera della *Section 75* del *Civil Partnerships Act 2004*, la *Section 4A* del *Children Act 1989* prevede che, là dove il genitore di un bambino ha la potestà genitoriale ed è sposato con (o *civil partner* di) una persona che non è genitore del bambino (lo *step-parent*), il genitore (eventualmente assieme all'altro genitore, se anche quest'ultimo ha la potestà genitoriale nei confronti del bambino) può, con il consenso dello *step-parent*, prendere provvedimenti affinché anche lo *step-parent* disponga della potestà genitoriale, formando così un *parental responsibility agreement*. L'*agreement* può prevedere la partecipazione di più persone, dato che la potestà genitoriale nei confronti di un figlio può essere detenuta anche da più di due persone²³. Lo *step-parent* può anche chiedere ad un giudice di avviare la procedura per la formazione di un tale accordo.

La *step-parent adoption* può essere intrapresa là dove si desidera formalizzare il proprio rapporto coi figli legali del proprio coniuge, *civil partner* o compagno, che si tratti di figli nati da una relazione precedente o di figli avuti insieme, ma in relazione ai quali l'ordinamento non riconosce il richiedente alla stregua di un genitore legale. Quindi, le fattispecie di adozione da parte del *partner* a seguito di

²³ Un modello dell'*agreement* è consultabile all'indirizzo Internet https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/866128/c-pra2-eng.pdf.

fecondazione eterologa, nonché di maternità surrogata, rientrano in quella dello *step-parent adoption*.

Questa forma di adozione, così come l'adozione "ordinaria", dà al genitore adottivo la potestà genitoriale rispetto al figlio, nonché la responsabilità economica nei suoi confronti. Inoltre, nella maggior parte dei casi, il genitore potrà trasmettere la cittadinanza britannica al figlio. L'*adoption order* non influirà sui diritti e sullo stato giuridico del genitore legale, ma porrà fine, in maniera permanente, alla genitorialità di qualsiasi altro genitore²⁴. Al fine dell'emanazione di un *adoption order* in questi casi, è necessario il consenso di qualsiasi altro genitore che disponga della potestà genitoriale nei confronti del figlio.

Per quanto riguarda la procedura, il richiedente deve prima notificare, per scritto, all'autorità locale competente la propria intenzione di adottare. È poi necessario compilare la modulistica prevista nel caso dell'adozione *tout court* e sottoporla al tribunale della famiglia competente, assieme alla documentazione necessaria. Il richiedente deve attendere almeno tre mesi dalla notifica dell'autorità locale prima di rivolgersi al giudice. Inoltre, il figlio deve aver vissuto con il richiedente per almeno sei mesi. L'autorità locale nominerà un assistente sociale per esaminare il caso e preparare una relazione da presentare in tribunale. Nella determinazione della richiesta, il giudice deve tener conto del superiore interesse del fanciullo. La giurisprudenza sembra indicare che il luogo presso il quale il bambino risiede potrebbe essere decisivo, a meno che non esistano circostanze particolari.

Un *civil partner* ha il diritto di chiedere un'ordinanza di contatto o di residenza relativamente ad un fanciullo della famiglia²⁵, senza dover chiedere il permesso preventivo della corte ed a prescindere dalla perdurante esistenza o meno della *civil partnership*.

²⁴ Per evitare un tale effetto, si può ricorrere al *parental responsibility agreement* con gli altri genitori del bambino oppure a un'ordinanza giudiziale che conferisca la potestà genitoriale.

²⁵ La definizione di "fanciullo della famiglia" (*child of the family*) nella *Section 105(1)* del *Children Act 1989* è stata ampliata per comprendere anche un fanciullo che entrambi i membri di una *civil partnership* abbiano trattato come un bambino della famiglia. Nel confermare questa volontà, il giudice deve adottare un punto di vista oggettivo ed avere riguardo a tutte le prove (*D v D (Child of the Family)* (1981) 2 FLR 93, CA).

3. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis*

Vi sono tre tipi di adozione internazionale: quelle eseguite ai sensi della Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale, attuata dal Regno Unito il 1° giugno 2003; le adozioni da paesi della c.d. *designated list*; e quelle che non rientrano in queste categorie.

Le adozioni eseguite ai sensi della Convenzione dell'Aja, ovvero quelle adozioni da paesi (diversi dallo stesso Regno Unito) in cui è in vigore la Convenzione dell'Aja sulla tutela dei fanciulli e sulla cooperazione in tema di adozione internazionale, nonché quelle da paesi della *designated list* (quelle dai paesi elencati nell'*Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 2013*) sono riconosciute automaticamente dal diritto britannico, e non è necessario ripetere l'*iter* adottivo anche nel Regno Unito. È da sottolineare che, là dove il Regno Unito si sia opposto all'accessione di un paese alla Convenzione dell'Aja, quest'ultima non è allora "in vigore" tra i due paesi.

Gli altri tipi di adozione non sono automaticamente riconosciuti nel Regno Unito. I genitori adottivi dovranno dunque chiedere ad una corte britannica l'emanazione di un'ordinanza di adozione. Se l'adozione non riguarda un paese della *designated list*, entro due settimane dalla data di ingresso del minore nel Regno Unito, i genitori adottivi devono avvisare l'autorità locale circa la loro intenzione di far domanda di emanazione di un'ordinanza di adozione.

Per quanto riguarda la cittadinanza britannica dell'adottato, questa viene assegnata automaticamente nelle adozioni da paesi in cui è in vigore la Convenzione summenzionata; a discrezione del Ministero degli affari interni, invece, per le adozioni da paesi della *designated list*; e, infine, se almeno uno dei genitori adottivi è di nazionalità britannica, in tutti gli altri casi. I genitori adottivi possono anche fare richiesta per un *adoption order* nel Regno Unito, al fine di assicurare al figlio la cittadinanza britannica.

Le procedure sono le medesime di quelle stabilite per l'adozione nazionale, con la differenza che i richiedenti devono avvalersi di un'agenzia competente per il paese dal quale desiderano adottare e che, in alcuni casi, essi devono aver risieduto nel Regno Unito per almeno un anno. Inoltre, essi dovranno far visita al bambino nel suo paese di origine e, a seconda delle norme ivi vigenti, espletare le procedure locali per l'adozione oppure far rientrare il bambino nel Regno Unito per l'adozione ai sensi dell'ordinamento britannico. In ogni caso, sarà necessario

ottenere un passaporto britannico o l'autorizzazione a far ingresso nel paese per il figlio adottivo.

3.1. Nascite a seguito di fecondazione eterologa

Nei casi di fecondazione eterologa avvenuta all'estero, si applicano le ordinarie norme in materia di riconoscimento dell'adozione internazionale. Nel caso delle coppie dello stesso sesso, è in pratica difficile avvalersi di questo tipo di adozione dato che non vi è un consenso globale sul riconoscimento delle unioni omosessuali.

3.2. Nascite a seguito di maternità surrogata

Il diritto britannico considera la madre surrogata ed il suo coniuge alla stregua di genitori legali del bambino, anche se i genitori intenzionali sono i genitori legali nel paese di nascita del bambino. I committenti devono pertanto chiedere un *parental order* (*supra*, par. 1.3.1.) dopo la nascita del bambino al fine di ottenere la genitorialità e la potestà genitoriale nei suoi confronti. Inoltre, il bambino dovrà probabilmente rientrare nelle condizioni (severe) poste dal diritto dell'immigrazione²⁶.

Nella concessione (o meno) dell'*order*, il giudice dovrà anche tenere conto del consenso della madre surrogata straniera, accertando che la donna sia stata in grado di comprendere i documenti che ha firmato e che ogni formalità sia stata soddisfatta. Inoltre, è necessario che il giudice "autorizzi" il pagamento di ogni cifra che possa aver ecceduto le spese ragionevoli incorse dalla surrogata. In genere, ciò avviene se la concessione dell'*order* è nel miglior interesse del bambino, a meno che non vi sia una chiara violazione della *policy* pubblica. Si tratta, comunque, di una decisione presa valutando le circostanze del singolo caso. Infine, almeno uno dei richiedenti deve avere la sua abitazione permanente (essere "*domiciled*") nel Regno Unito.

Qualora il giudice non conceda il *parental order*, i genitori intenzionali possono chiedere un *child arrangements order*, che dispone il luogo di residenza

²⁶ Ad esempio, nel caso *Re X and Y (Foreign Surrogacy)*, deciso dalla *High Court* nel 2008, la madre surrogata era ucraina e la gestazione era avvenuta nel suo paese. Per il diritto ucraino, i genitori del bambino alla nascita erano i componenti della coppia committente; per il diritto britannico, invece, la coppia committente aveva necessità dell'ordinanza emessa dalla corte. Il bambino rischiava dunque di essere sia "orfano" che apolide.

del bambino nonché le figure con cui può venire a contatto²⁷. Tale *order* conferisce la potestà genitoriale per il bambino senza riassegnare la genitorialità in maniera definitiva. Altre possibilità sono l'adozione oppure la richiesta per una *special guardianship order* (*supra*, par. 2.).

Le previsioni degli artt. 8 e 14 (ed in parte anche 12) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, incorporata nell'ordinamento britannico per mezzo dello *Human Rights Act 1998*, sono state fondamentali nell'espansione della disponibilità dei *parental orders* a seguito di maternità surrogata eseguita all'estero ad opera di *singles*. Nel caso *Re Z (A Child)(No 2)*²⁸, un uomo *single* aveva avuto un figlio mediante maternità surrogata negli Stati Uniti e aveva chiesto un *parental order*, chiedendo al giudice di interpretare la normativa applicabile in maniera flessibile, alla luce della CEDU. In una decisione successiva, il giudice ha poi accolto la tesi del richiedente ed ha emanato una dichiarazione di incompatibilità riguardo all'esclusione dei *singles* dall'ottenimento di una *order*, alla luce dei diritti, dei genitori *single* e dei loro figli, sanciti dagli artt. 8 e 14 CEDU. La dichiarazione ha poi dato luogo a una modifica dello *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* per permettere anche ai *singles* di fare domanda di *parental orders*.

Sempre per quanto riguarda il caso dell'acquisizione della genitorialità a seguito di maternità surrogata eseguita all'estero, lo *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) (Consequential, Transitional and Saving Provision) Order 2010* ha introdotto il requisito, per il giudice adito di una richiesta di concessione di un *parental order*, di considerare il benessere del bambino alla stregua dell'elemento preminente. Ciò significa che, in pratica, è assai difficile per le corti astenersi dall'emanare un *parental order* in casi del genere. Ne consegue, dunque, che sarà solamente nei casi più evidenti di violazione della *public policy* che il giudice potrà non concedere un *order*²⁹. Infatti, non si registrano casi di rifiuto delle richieste di *parental order*, là dove gli altri requisiti (soprattutto il consenso della surrogata e dell'eventuale coniuge) siano stati soddisfatti³⁰.

²⁷ Così, ad esempio, in *Re A (Foreign Surrogacy- Parental Responsibility)* [2016] EWFC 70, dell'8 novembre 2016.

²⁸ [2016] EWHC 1191 (Fam).

²⁹ *Re L (Commercial Surrogacy)* [2010] EWHC 3146 (Fam).

³⁰ K. PROSSER – N. GAMBLE, *Modern surrogacy practice and the need for reform*, in *Journal of Medical Law and Ethics*, vol. 4, n. 3, 257 ss.

Il miglior interesse del bambino è stato anche determinante nella concessione di un *parental order* avanzata anche diversi anni dopo la nascita del bambino, e non entro i sei mesi previsti normalmente³¹.

³¹ *Re X (a child) (surrogacy: time limit)* [2014] EWHC 3135 (Fam); *Re A and B* [2015] EWHC 911; *AB v CD* [2016] EWFC 42.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. Introduzione

La Costituzione spagnola del 1978 ha posto la tutela della famiglia (art. 39 Cost.)¹ tra i principi che debbono orientare la legislazione, la pratica giudiziaria e l'azione dei pubblici poteri. Una tutela che deve essere garantita a prescindere dell'origine della filiazione e dello stato civile delle madri e che ha permesso una progressiva affermazione del pluralismo dei modelli familiari. Inoltre, l'art. 14 Cost. sancisce il divieto di discriminazione in ragione della nascita, del sesso o di qualsivoglia circostanza familiare o personale, tra cui rientra l'orientamento sessuale.

La giurisprudenza costituzionale sulle unioni *more uxorio*, sulla fecondazione eterologa, sul matrimonio ugualitario o sull'adozione da parte di coniugi o di *partners* dello stesso sesso, ha ribadito che il concetto costituzionale di famiglia non si esaurisce con il matrimonio eterosessuale e che l'identificazione tra famiglia naturale e famiglia giuridica è priva di fondamento costituzionale. L'obbligo di interpretare le disposizioni costituzionali riguardanti i diritti conformemente al diritto internazionale (art. 10, comma 2, Cost.) ha fatto sì che nel bilanciamento dei diritti interessati emergesse con forza la tutela del principio del superiore interesse dei minori nei casi in cui questi fossero coinvolti.

La Spagna è oggi considerata uno dei paesi europei contraddistinti dalla sua apertura verso le nuove realtà familiari. Evidenziano questa apertura l'ampio accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (dal 1988), il riconoscimento della *stepchild adoption* da parte dei *partners* di fatto dello stesso sesso (dal 2000 in alcune Comunità autonome e dal 2015 su tutto il territorio nazionale), il riconoscimento del matrimonio ugualitario e delle adozioni

¹ Ai sensi di questa disposizione: “1. I pubblici poteri assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. – 2. I pubblici poteri assicurano anche la protezione integrale dei figli, uguali questi di fronte alla legge a prescindere dalla filiazione, e delle madri, qualunque sia il loro stato civile. La legge faciliterà l'accertamento della paternità. – 3. I genitori devono prestare ogni assistenza ai figli avuti nel o fuori del matrimonio nella minore età e nelle altre ipotesi previste dalla legge. – 4. L'infanzia godrà della protezione prevista negli accordi internazionali che ne tutelano i diritti”. Per un commento, v. E. ROCA TRÍAS, *Artículo 39*, in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER – M. E. CASAS BAAMONDE (dir.), *Comentarios a la Constitución Española (Conmemoración del XL aniversario de la Constitución)*, vol. I, BOE, Ministerio de Justicia e Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, 1277-1288, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1.

congiunte da parte di coniugi dello stesso sesso (dal 2005), o anche la possibilità di iscrivere all'anagrafe la doppia maternità (dal 2004 in qualche Comunità autonoma e dal 2007 a livello nazionale). Queste misure sono state adottate talvolta grazie alla volontà del legislatore – statale o autonomico² – di adeguare le leggi ai cambiamenti sociali e alle nuove sfide di biodiritto e di bioetica, talvolta su *input* degli organi giurisdizionali.

La dottrina propugna una riforma integrale delle norme in materia di filiazione. Le riforme introdotte fino a oggi sono intervenute in maniera frammentata nel tempo, e questo ha generato omissioni e incongruenze rispetto a una normativa che dovrebbe rispondere a esigenze di certezza e di generalità. Inoltre, le disposizioni in vigore sono ritenute datate e non risolutive delle nuove sfide che pone, in particolare, la maternità surrogata, una prassi tuttora vietata³, ma a cui sono stati riconosciuti taluni effetti giuridici a tutela dei bambini già nati.

2. Brevi cenni sul riconoscimento (o meno) normativo e/o giurisprudenziale ...

2.1. ... dei diritti delle coppie omosessuali

A livello statale non è mai esistito un *corpus* unico che disciplinasse i diritti (ed i doveri) delle coppie di fatto, ma si è giunti al riconoscimento specifico di alcuni diritti, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei *partners*. Questi sono previsti, per citare solo alcuni esempi, nella normativa sulle tecniche di riproduzione assistita, sulla tutela delle vittime del terrorismo, sui limiti al diritto di proprietà di immobili volti ad eliminare barriere architettoniche per persone disabili o, più di recente, nella normativa che disciplina la pensione di vedovanza.

La giurisprudenza costituzionale ha stabilito che la parificazione di trattamento in tutti gli aspetti dei diritti e doveri dei *partners* ai coniugi non è un'esigenza che possa desumersi dal testo costituzionale⁴; si tratta, quindi, di un ambito nel quale

² L'art. 149, comma 1, paragrafo 8, Cost. prevede la competenza esclusiva dello Stato in tema di legislazione civile, senza pregiudizio del mantenimento, della modifica e dello sviluppo da parte delle Comunità autonome dei diritti civili, locali, tradizionali, o speciali, là dove esistano.

³ Sulle differenti posizioni in dottrina sull'eventuale abrogazione di questo divieto v., per tutti, A. VALERO HEREDIA, *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 43, 2019, 421-440, <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/24433/19286>.

⁴ Il matrimonio e le convivenze *more uxorio* non sono situazioni equivalenti, poiché il matrimonio è un diritto costituzionale sancito dall'art. 32 Cost. e l'unione di fatto (eterosessuale od omosessuale) non viene menzionata nella carta fondamentale.

il legislatore gode di un ampio margine di libertà⁵. In via eccezionale, il Tribunale costituzionale ha ammesso che la tutela dei *partners* dovesse essere equiparata a quella dei coniugi nei casi in cui a questi fosse stato impedito di contrarre matrimonio per una causa illegittima⁶, ma non ha ritenuto tale l'impossibilità di sposarsi (fino al 2005) dei *partners* omosessuali⁷.

A partire dal 1998 quasi tutte le Comunità autonome hanno approvato leggi specifiche sulle unioni di fatto⁸ che, di regola, non hanno tenuto conto del sesso né dell'orientamento sessuale dei conviventi. In una prima fase, i diritti riconosciuti alle coppie omosessuali erano sostanzialmente quelli previsti per le coppie eterosessuali⁹, fatta salva l'adozione (che, comunque, non è disciplinata da tutte le Comunità autonome); in un secondo momento, sul punto si sono avuti mutamenti significativi (v. *infra* par. 2.4.).

Il riconoscimento del matrimonio ugualitario è avvenuto ad opera della legge n. 13/2005¹⁰, del 1° luglio, con la quale si modifica il Codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio. La legge è stata dichiarata legittima dal Tribunale costituzionale con la sentenza n. 198/2012¹¹, del 6 novembre.

⁵ V., per tutti, J. URÍAS MARTÍNEZ, *Artículo 32*, in M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER – M. E. CASAS BAAMONDE (dir.), *Comentarios a la Constitución Española (Conmemoración del XL aniversario de la Constitución)*, cit., 1129-1146.

⁶ V. la sentenza n. 222/1992, dell'11 dicembre, con cui il Tribunale costituzionale ha stabilito la possibilità di surrogazione *mortis causa* nel contratto di locazione del convivente del locatario defunto (<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2109>).

⁷ Ad avviso del Tribunale costituzionale, l'art. 32, comma 1, Cost., nel disporre che “[l]’uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica”, ha protetto esplicitamente il matrimonio eterosessuale. Un eventuale ampliamento di questo diritto sarebbe quindi una questione di mera opportunità politica e la relativa disciplina ben potrebbe prevedere differenziazioni rispetto ai matrimoni eterosessuali, la cui tutela è, invece, imposta dalla Costituzione. V. l'ordinanza n. 222/1994, dell'11 luglio, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/AUTO/1994/222>.

⁸ I modi in cui le unioni di fatto possono costituirsi sono: *ope legis*, per la semplice convivenza durante un periodo minimo, per espressa volontà delle parti o con l'iscrizione della coppia di fatto in appositi registri.

⁹ V. la parte dedicata alla convivenza *more uxorio* in Spagna nel precedente lavoro *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, marzo 2010, 86-88, 95-99, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf.

¹⁰ Consultabile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>.

¹¹ Il testo della pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>.

2.2. ... della fecondazione eterologa

L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti, anche PMA) in strutture sanitarie autorizzate è stato ammesso sin dall'approvazione della prima legge in materia: la legge n. 35/1988¹², del 22 novembre, sulle tecniche di riproduzione assistita, che il Tribunale costituzionale ha dichiarato legittima con la sentenza n. 116/1999¹³, del 17 giugno.

La legge attualmente in vigore è la legge n. 14/2006¹⁴, del 26 maggio, sulle tecniche di riproduzione umana assistita, che, come la precedente, consente l'accesso alle tecniche di PMA¹⁵, ivi compresa la fecondazione eterologa, a tutte le donne maggiorenni con piena capacità di agire, a prescindere dal loro stato civile, dal loro orientamento sessuale¹⁶ e dall'esistenza o meno di diagnosi di infertilità o di sterilità. Inoltre, è ammessa la fecondazione *post mortem*.

Riguardo alle condizioni personali che permettono l'accesso alle tecniche di PMA, la legge n. 14/2006 esige solo che vi siano possibilità ragionevoli di successo, che l'impiego delle tecniche non comporti un grave rischio per la salute fisica o psichica della donna o della possibile discendenza e che la donna abbia prestato previamente il suo consenso informato, libero, consapevole ed esplicito sugli aspetti biologici, giuridici ed etici collegati all'utilizzo delle suddette tecniche, sui loro rischi e sul costo economico. Non sono previsti limiti anagrafici

¹² Il testo è consultabile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>.

¹³ L'unica disposizione dichiarata incostituzionale è stata quella dell'art. 20, comma 1, che non riguardava la PMA, ma il rinvio alle norme sanzionatorie della legge sulla sanità. La pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-15024>.

¹⁴ Il testo consolidato della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>. Per consultare il quadro normativo completo in materia di PMA, v. <https://cnrha.sanidad.gob.es/normativa/nacional.htm>.

¹⁵ L'art. 2, comma 1, della legge n. 14/2006 stabilisce che le tecniche ammesse sono quelle menzionate nell'allegato alla legge, ovvero: *i*) l'inseminazione artificiale; *ii*) la fecondazione *in vitro* ed iniezione intracitoplasmica di spermatozoi con gameti propri o di donatore e con trasferimento di preembrioni; *iii*) il trasferimento intratubarico di gameti. L'applicazione di qualsiasi altra tecnica richiederà l'autorizzazione dell'autorità sanitaria corrispondente, previa relazione favorevole della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita (art. 2, comma 2). Il Governo, previo parere della Commissione nazionale sulla riproduzione assistita, potrà aggiornare con regio decreto l'allegato della legge n. 14/2006 allo scopo di adeguarlo ai progressi scientifici e tecnici (art. 2, comma 3).

¹⁶ Ciò non ha evitato che, nell'ambito delle prestazioni del servizio sanitario nazionale, si verificassero casi di discriminazione nei confronti di donne *singles* e di coppie di fatto formate da donne. Per ulteriori informazioni, v. la parte dedicata alla Spagna nel precedente lavoro *Fecondazione eterologa e coppie omosessuali*, giugno 2019, 40-42, www.consulta.it/studi/Diritto-comparato/Ricerche/F_Principi_e_diritti_fondamentali/Comp%20254_PMA.pdf.

e, nel caso delle unioni matrimoniali e delle coppie di fatto, non si è mai richiesto un periodo minimo di convivenza.

2.3. ... della maternità surrogata

L'art. 10, comma 1, della legge n. 14/2006 sulla PMA sancisce la nullità assoluta del contratto con il quale si conviene la gravidanza, con o senza compenso, a carico di una donna che rinuncia alla filiazione in favore del contraente o di un terzo¹⁷.

Nell'ordinamento spagnolo, la conclusione del contratto non ha rilevanza penale e la sua dichiarazione di nullità *ex art. 10, comma 1, della legge sulla PMA* non comporta alcuna sanzione amministrativa. Il legislatore si è limitato a introdurre due disposizioni riguardanti la determinazione della filiazione a favore della madre biologica e le azioni di riconoscimento del padre committente (v. *infra* par. 3.2).

La *sala* civile del Tribunale supremo nega l'iscrizione nel Registro civile spagnolo dell'iscrizione anagrafica straniera che riconosce la filiazione dei committenti dei contratti di maternità surrogata, ma permette di arrivare al riconoscimento con altre vie, tra cui l'adozione. Inoltre, basandosi sulla tutela dell'interesse superiore del minore, l'organo responsabile dei registri ammette l'iscrizione della filiazione costituita con risoluzione giudiziaria e la *sala* del lavoro del Tribunale Supremo ha riconosciuto il permesso di maternità o di paternità ai cc.dd. "genitori intenzionali" (v. *infra* par. 5).

2.4. ... dell'adozione da parte delle coppie (di fatto o coniugate) dello stesso sesso

L'adozione è un atto di giurisdizione volontaria e si costituisce con un'ordinanza del giudice, che deve tener conto innanzitutto dell'interesse dell'adottato e dell'idoneità dei richiedenti all'esercizio della potestà genitoriale

¹⁷ L'Udienza provinciale di Barcellona, con sentenza n. 10/2019, del 15 gennaio, ha accolto il ricorso per inadempimento contrattuale presentato nei confronti di un'impresa che aveva garantito a due coppie di uomini la nascita (mai avvenuta) dei loro figli in Messico. Per giungere a tale conclusione, il tribunale non ha considerato che, ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge sulla PMA, i contratti di maternità surrogata erano nulli. V. al riguardo A. GÁLVEZ CRIADO, *¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable*, in *Diario La Ley*, n. 9444, del 26/06/2019, https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNLUwtDC7WY1KLizPw827DM9NS8klS1zGLHgoKi_LLUFFsjAyMDQyNDCyBtCgCCEro-OAAAAA==WKE.

(art. 176 del Codice civile¹⁸). La normativa spagnola non distingue tra adozione piena e adozione meno piena o tra adozione piena e adozione semplice. Esiste un solo tipo di adozione, riservato di regola ai minori, che integra pienamente l'adottato nella famiglia dell'adottante o degli adottanti.

L'adozione individuale, senza alcun riferimento normativo all'orientamento sessuale del futuro genitore, è stata una costante in Spagna e allo stato sono consentite le adozioni congiunte e la c.d. *stepchild adoption* da parte di coniugi e di *partners* di fatto eterosessuali e dello stesso sesso. Nei casi di adozione nazionale successiva del figlio del coniuge o del *partner* di fatto non è necessaria la previa proposta degli enti pubblici competenti né occorre una loro dichiarazione di idoneità all'esercizio della potestà genitoriale (art. 176, comma 2, paragrafo 2, del Codice civile).

Per quanto riguarda la situazione precedente all'attuale disciplina, negli anni Ottanta, l'art. 175, comma 4, del Codice civile stabiliva che nessuno poteva essere adottato da più di una persona al di fuori dei casi di adozione da parte di entrambi i membri di una coppia unita in matrimonio. L'adozione congiunta da parte di *partners* di fatto eterosessuali è stata resa possibile con l'approvazione della legge n. 21/1987, dell'11 novembre, recante modifiche a determinati articoli del Codice civile e della legge processuale civile in materia di adozione. Il legislatore aveva ommesso di riferirsi alla possibilità di adottare al figlio del *partner*, ma l'ostacolo è stato superato per via giurisprudenziale. I giudici hanno adottato un'interpretazione favorevole alla piena assimilazione tra le coppie coniugate e le coppie di fatto eterosessuali, sia perché si intendeva che tale fosse lo spirito della legge, sia facendo valere i benefici che questa avrebbe avuto per l'adottando.

Successivamente, alcune Comunità autonome (Navarra, Paesi baschi, Aragona, Catalogna e Cantabria), nel disciplinare lo statuto giuridico delle convivenze *more uxorio*, hanno riconosciuto l'adozione congiunta e la *stepchild adoption* anche per le coppie omosessuali¹⁹. Il Tribunale costituzionale è stato adito per giudicare della legittimità di tali scelte.

¹⁸ Per il testo del Codice civile, v. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

¹⁹ In qualche caso l'intervento dei giudici è stato fondamentale per giungere a siffatto riconoscimento. Ad esempio, la legge della Navarra, pure consentendo l'adozione congiunta dei *partners* di fatto, aveva ommesso di riferirsi alla *stepchild adoption*, una possibilità che è stata garantita con l'ordinanza del 22 gennaio 2004 del *Juzgado de primera instancia* n. 3 (*Familia*) di Pamplona, la prima decisione in Spagna che ha riconosciuto la potestà genitoriale condivisa a due madri. Il fattore determinante per decidere in ordine alla costituzione dell'adozione è stato l'interesse superiore del minore. Il giudice ha fatto riferimento al riconoscimento pretorio della *stepchild adoption* in seno alle unioni eterosessuali, oltre che alla Convenzione di Strasburgo del 1967 sull'adozione dei minori, la quale stabilisce come criteri per valutare l'interesse del minore la personalità, la salute e la situazione economica dell'adottante, la sua vita familiare e l'attitudine a

Con l'introduzione del matrimonio ugualitario ad opera della legge n. 13/2005, si è consentito ai coniugi dello stesso sesso di adottare congiuntamente oppure di adottare il figlio dell'altro, senza operare distinzioni tra i casi di adozione nazionale e di adozione internazionale. La sentenza del Tribunale costituzionale n. 198/2012²⁰, del 6 novembre, ha confermato la legittimità di queste previsioni (una decisione che è risultata essere il corollario della costituzionalità del matrimonio ugualitario).

Ad avviso del *plenum*, l'ordinamento – che non riconosce un diritto fondamentale a adottare – prevede meccanismi sufficienti, nella normativa sull'adozione nazionale ed internazionale, per garantire la preservazione dell'interesse superiore del minore, come richiesto nella Convenzione dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla Spagna, e come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Il Codice civile stabilisce che la decisione giudiziaria che costituisca l'adozione terrà sempre conto dell'interesse dell'adottando e dell'idoneità dell'adottante o degli adottanti per l'esercizio della potestà genitoriale (art. 176 del Codice civile). Tale idoneità non è collegata al loro orientamento sessuale. Inoltre, il giudice che conosce del processo di adozione ha la facoltà di respingerla quando sia contraria all'interesse del minore, per qualsivoglia motivo e dopo che tale interesse sia stato correttamente valutato, mediante il procedimento pertinente.

Sulla scorta di queste considerazioni, il Tribunale costituzionale ha dichiarato legittimo il riconoscimento dell'adozione congiunta alle coppie di fatto dello stesso sesso della Navarra con la sentenza n. 93/2013²¹, del 23 aprile. Il *plenum* ha sottolineato che, nell'adozione, è preponderante l'interesse del minore, interesse che deve essere preservato in ogni caso mediante lo scrutinio cui si sottopongono gli eventuali adottanti, a prescindere dal loro orientamento sessuale. Ciò che non è in alcun modo costituzionalmente ammissibile è presumere l'esistenza di un

educare l'adottando; i motivi per cui intende adottare il minore, il rapporto tra adottante e adottando e la durata del periodo in cui è stata affidata all'adottante la cura del minore, nonché la personalità e salute dell'adottando, le sue origini ed altre circostanze culturali, se del caso.

Nei Paesi baschi sono stati ammessi i primi casi di *stepchild adoption* con l'ordinanza del 21 febbraio 2005 del *Juzgado de Primera Instancia* n. 2 di Gernika-Lumo, e con l'ordinanza del 1° marzo 2005 del *Juzgado de Primera Instancia* n. 3 di Donostia-San Sebastián.

Per ulteriori informazioni, v. la parte dedicata alla Spagna della precedente ricerca *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero* (gennaio 2016), 70-76, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_omoparentale.pdf.

²⁰ V. il FJ 12 della pronuncia (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14602>).

²¹ La pronuncia è reperibile *on line* alla pagina https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436.

rischio di alterazione della personalità del minore per il semplice fatto dell'orientamento sessuale di uno o di entrambi i genitori.

Infine, la legge n. 26/2015, del 28 luglio, di modifica del sistema di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza, ha novellato l'art. 175, comma 4, del Codice civile, parificando definitivamente la situazione dei coniugi e dei *partners* di fatto eterosessuali e omosessuali a livello statale, consentendo a entrambi l'adozione congiunta successiva e la *stepchild adoption*.

3. Procreazione medicalmente assistita e filiazione

La filiazione è disciplinata dagli artt. 108-141 del Codice civile (e, eventualmente, nelle leggi della Comunità autonome con competenze in materia civile), che si riferiscono unicamente alla filiazione *por naturaleza* (biologica), matrimoniale o fuori del matrimonio, e alla filiazione adottiva.

L'art. 7, comma 1, della legge n. 14/2006 sulla PMA dispone che la filiazione dei figli nati con tecniche di riproduzione assistita è disciplinata dalle leggi civili, eccezion fatta per alcune previsioni specifiche²² contenute negli artt. 8, 9 e 10, che riguardano rispettivamente la determinazione legale della filiazione, l'ipotesi di premorienza del marito e la maternità surrogata. L'art. 7, comma 2, fa divieto di iscrivere presso l'anagrafe e di dare pubblicità a dati dai quali possa inferirsi la generazione del bambino attraverso tecniche di PMA.

Com'è stato anticipato, la dottrina²³ chiede da tempo una riforma integrale e approfondita della disciplina sulla filiazione, poiché gli interventi frammentari del legislatore, ad esempio in seguito all'istituzione del matrimonio ugualitario o per novellare la legge sulla PMA (l'ultima riforma risale al 2015), contengono omissioni e hanno generato incongruenze che, oltre a essere contrarie al principio di certezza del diritto, hanno costretto gli organi giurisdizionali a trovare soluzioni "creative" per salvaguardare situazioni che, di fatto, non erano tutelate dalla legge, nel tentativo di soddisfare le esigenze della giustizia materiale e, soprattutto, di tutelare il principio dell'interesse superiore del minore.

²² Sull'argomento, v., per tutti, A. ISLA GALLEGGO, *Filiación mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga*, del 12/04/2018, in *El Derecho* (blog Lefebvre), <https://elderecho.com/filiacion-mediante-tecnicas-de-reproduccion-asisistida-heterologa>; ed E. ALBA FERRÉ, *El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida*, in *Actualidad Civil*, nn. 7-8, luglio-agosto 2019.

²³ V., per tutti, G. MUÑOZ RODRIGO, *La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 9, agosto 2018, 376-401, <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/376-401.pdf>.

Si propone, quindi, una normativa più flessibile, che chiarisca definitivamente il valore di una eventuale filiazione per PMA, sulla scorta (ad esempio), della disciplina codicistica catalana²⁴ che, pure riferendosi sempre a filiazione *por naturaleza* e adottiva, ha riconosciuto esplicitamente il valore del consenso alla fecondazione come titolo di determinazione della filiazione.

Di seguito si darà conto delle disposizioni in tema di filiazione previste per le coppie (coniugate o meno) di donne che ricorrono alla fecondazione eterologa e nei casi di maternità surrogata, così come delle problematiche insorte nel periodo più recente.

3.1. Il caso delle unioni di due madri

3.1.1. Le unioni matrimoniali

L'art. 6, comma 3, della legge n. 14/2006 sulla PMA esige per le coppie sposate che, oltre al consenso della donna, risulti quello del marito, tranne nei casi in cui la coppia sia separata (legalmente o di fatto). All'origine di questa esigenza

²⁴ Si riportano le disposizioni più rilevanti della legge n. 25/2010, del 29 luglio, recante il libro secondo del Codice civile della Catalogna, relativo alle persone e alla famiglia (reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/07/29/25/con>):

“Art. 235-1. *Clases de filiación. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción.*

“Art. 235-3. *Determinación [della filiazione biologica]. La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre.*

“Art. 235-8. *La fecundación asistida de la mujer casada [filiazione matrimoniale]. 1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. – 2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.*

“Art. 235-13. *La fecundación asistida de la mujer [filiazione fuori del matrimonio]. 1. Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. – 2. En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que le sea de aplicación”.*

si ha la presunzione di filiazione matrimoniale di cui all'art. 116 del Codice civile, in virtù della quale il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio.

Inoltre, l'art. 8, comma 1, prevede che quando la moglie e il marito abbiano prestato il loro consenso alla fecondazione con contributo di (almeno) un donatore o una donatrice, non potranno impugnare il riconoscimento del rapporto di filiazione che li lega al nato. L'eccezionale rivelazione dell'identità del donante²⁵, per i motivi tassativi previsti dall'art. 5, comma 5, non ha conseguenze sulla filiazione (art. 8, comma 3).

L'iscrizione all'anagrafe della doppia filiazione matrimoniale materna²⁶ di un figlio nato a seguito di tecniche di PMA è stata introdotta dopo il riconoscimento del matrimonio ugualitario. La legge n. 3/2007, del 15 marzo, che disciplina la rettificazione nei registri della menzione relativa al sesso delle persone ha introdotto all'uopo un nuovo art. 7, comma 3, nella legge n. 14/2006 sulla PMA, che sarebbe stato successivamente novellato nel 2015²⁷.

Nella sua redazione attuale, l'art. 7, comma 3, della legge n. 14/2006 sulla PMA dispone che quando la donna sottoposta alle tecniche di PMA sia sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna, quest'ultima può chiedere all'incaricato del Registro civile del domicilio coniugale che risulti che il figlio della coniuge è legato anche nei suoi confronti dal rapporto di filiazione²⁸. La disposizione non chiarisce cosa accadrebbe se la donna non gestante non manifestasse questa sua volontà al momento dell'iscrizione all'anagrafe. Ci si chiede, in particolare, se possa farlo successivamente, magari con un atto pubblico notarile oppure mediante una disposizione testamentaria.

A favore di un'interpretazione favorevole all'iscrizione anagrafica potrebbe addursi che il Tribunale supremo non sembra seguire in quest'ambito un criterio troppo formalista. Intatti, nonostante la redazione originaria dell'art. 7, comma 3,

²⁵ Il donante è protetto di norma dalla garanzia dell'anonimo, un particolare attualmente in discussione. V., per tutti, L. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, *Nuevos factores jurídicos para la reforma del anonimato del donante de gametos en el Siglo XXI*, in *Diario La Ley*, n. 9548, dell'08/01/2020; ed E. M. COBEÑA RONDÁN, *La identidad biológica en la normativa española. Especial referencia al anonimato en la ley de reproducción asistida*, in *Diario La Ley*, n. 9715, del 14/10/2020.

²⁶ Si rammenta che in quel momento il riconoscimento della doppia maternità si aveva solo in alcune Comunità autonome nell'ambito della *stepchild adoption*. V. *supra*, nota 19.

²⁷ V. la quinta disposizione finale della legge n. 19/2015, del 13 luglio, recante misure di riforma amministrativa nell'ambito dell'amministrazione di giustizia e del Registro civile, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7851#dfquinta>.

²⁸ Non si applica, quindi, la presunzione di filiazione matrimoniale di cui all'art. 116 del Codice civile, che opera solo riguardo ai coniugi eterosessuali. La legge sulla PMA esige solo il consenso del "marito", non della coniuge di un'altra donna.

esigesse che la donna non gestante dovesse fare la sua richiesta all'incaricato del Registro civile prima della nascita, la sentenza della *sala* civile del Tribunale supremo del 5 dicembre 2013 (ric. n. 134/2012) ha ritenuto rilevante il consenso all'inseminazione eterologa della moglie che fosse stato prestato in clinica²⁹.

Tuttavia, la risoluzione dell'8 febbraio 2017³⁰ della *Dirección general de los Registros y del Notariado* (d'ora in avanti, anche DGRN), l'organo del Ministero della giustizia responsabile dei registri civili, ha confermato il rigetto da parte dell'incaricato del Registro civile della richiesta di iscrizione anagrafica della doppia maternità del terzo figlio di due donne sposate, perché la coniuge non gestante aveva richiesto di iscrizione anagrafica senza accompagnarla con i documenti che dimostrassero la nascita in seguito all'utilizzo delle tecniche di PMA. Nel Registro civile constava invece la doppia maternità dei due primi figli.

L'art. 44, comma 5, della legge n. 20/2011, del 21 luglio, sul Registro civile³¹, riproduce il testo dell'art. 7, comma 3, della legge sulla PMA, ma senza fare riferimento alle tecniche di PMA. Secondo la DGRN, da questa disposizione si desumerebbe sì la volontà del legislatore di agevolare l'iscrizione della filiazione dei figli nati da una coppia sposata di due donne; ma si tratterebbe di una filiazione diversa da quella riconosciuta dall'art. 7, comma 3, della legge n. 14/2006 sulla PMA, perché la nascita potrebbe non essere conseguente all'utilizzo di tecniche di PMA.

La risoluzione dell'8 febbraio 2017 della DGRN è stata applicata, ad esempio, nella sentenza dell'Udienza provinciale di Valencia del 27 novembre 2017, che ha giudicato un caso di doppia maternità a seguito di un'inseminazione artificiale fatta in casa, un'ipotesi che la legge sulla PMA non contempla.

Il donante del seme, grazie al quale era stato possibile il concepimento, si era impegnato con le donne a non chiedere il riconoscimento della filiazione, ma dopo si era pentito. La bambina era stata iscritta alla nascita come figlia delle due

²⁹ La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/be7a639984b8f8c0/20131217>.

³⁰ Il testo è reperibile *on line* alla pagina <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>. V. anche L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, *La doble maternidad y el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil*, del 28/03/2017, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>.

³¹ Il testo è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>.

donne sposate, ma il tribunale ha attribuito la paternità all'uomo per rispetto alla verità biologica, facendo decadere la filiazione della donna non gestante³².

A suo avviso, il caso non poteva ritenersi analogo a quello previsto dell'art. 7, comma 3, della legge sulla PMA, perché la disposizione si applica a chi utilizza le tecniche di PMA elencate dalla legge e con le garanzie legalmente previste. Inoltre, la rinuncia ai diritti che aveva fatto il donante era nulla perché contraria all'ordine pubblico (art. 1255 del Codice civile). Infine, la sua decisione non poteva ritenersi contraria all'interesse della minore, poiché, dato che aveva all'incirca un anno, non poteva parlarsi di vincoli familiari già creati; la decisione avrebbe quindi comportato solo una riorganizzazione familiare.

3.1.2. *Le unioni non matrimoniali*

L'art. 7, comma 3, della legge n. 14/2006 sulla PMA ha consentito l'iscrizione della doppia maternità delle donne sposate, senza fare cenno alle donne *partners* di fatto³³. Ciò non è stato di ostacolo a che il Tribunale supremo interpretasse estensivamente la disposizione, anche se lo ha fatto, a rigore, evitando di pronunciarsi sulla qualificazione giuridica del consenso della donna sposata o della convivente come titolo per la determinazione legale della filiazione.

La *sala* civile del Tribunale supremo, con sentenza del 15 gennaio 2014³⁴ (ric. n. 758/2012), ha permesso che fosse iscritta la doppia filiazione materna di un figlio nato grazie alle tecniche di PMA quando la coppia si era già separata.

Il Tribunale supremo ha applicato l'art. 131 del Codice civile, che permette, a beneficio di "qualsiasi persona con un interesse legittimo, che sia dichiarata la

³² MUÑOZ RODRIGO ritiene che il tribunale avrebbe potuto conservare la doppia maternità, aggiungendo la filiazione paterna (v. *La reproducción asistida y la filiación. Especial referencia al caso de las parejas de mujeres homosexuales*, cit., 394 ss.).

³³ Nel caso del *partner* di fatto di sesso maschile, il suo previo consenso (formale ed esplicito) all'utilizzo da parte della compagna delle tecniche di PMA è valido come documento di prova perché sia determinata a suo favore la filiazione.

³⁴ Il testo della sentenza è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0cec9a2925567f7f/20140306>. Per un commento, v. M. GÓMEZ PERALS, *Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 (608/2014), Acción de reclamación de filiación no matrimonial por la compañera de hecho de la gestante, con posesión de estado y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*, in M. YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (2013-2014)*, Dykinson, Madrid, 2016, 377-394, https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/articulo.php?id=COM-D-2013-24.

filiazione manifestata dal costante possesso di stato”³⁵. Tenuto conto del rinvio generico che l’art. 7, comma 1, della legge sulla PMA fa alle leggi civili, il Tribunale ha ritenuto che la norma codicistica fosse compatibile con i principi ispiratori della legge sulla PMA. Inoltre, dalle motivazioni si evince che il Tribunale supremo ha preso in considerazione i principi costituzionali di non discriminazione in ragione della nascita (art. 14 Cost.), di tutela della famiglia, dei figli e delle madri (art. 39 Cost.), in combinato disposto con il principio della dignità umana (art. 10 Cost.), che devono essere interpretati secondo l’interesse superiore del minore, tenendo conto del contesto sociologico attuale, con modelli familiari plurali.

La sentenza reca l’opinione separata di tre giudici, secondo cui non doveva essere applicato il Codice civile ma la norma speciale della legge sulla PMA, che non avrebbe permesso l’iscrizione perché le donne non erano sposate e non era stato provato il consenso congiunto di entrambe alla PMA. I giudici hanno ritenuto inoltre che la decisione non fosse stata presa nell’interesse del minore perché, nella fattispecie concreta, l’attribuzione della filiazione poteva creare una situazione potenzialmente conflittuale tra le due *ex partners* da cui il minore non avrebbe tratto beneficio.

Nella specie, peraltro, le conseguenze della fine del rapporto tra queste due donne era già stata oggetto di un’altra sentenza rilevante della *sala* civile del Tribunale supremo: la sentenza del 12 maggio 2011³⁶ (n. ric. 1334/2008), che ha riconosciuto per la prima volta alla *partner* un regime ampio di visite al figlio per la sua *ex* compagna in qualità di *allegada*³⁷, per preservare i rapporti interpersonali che si erano creati tra la donna e il figlio della compagna.

³⁵ Il possesso di stato può essere liberamente riconosciuto dal tribunale di primo grado. Tradizionalmente, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che a integrare il possesso dello stato di figlio legittimo debbano concorrere tre elementi: il *nomen* (uso abituale del cognome del genitore che si pretende di avere), il *tractatus* (comportamento materiale ed affettivo *ad intra* da cui si desume che il genitore ha trattato l’interessato come un figlio) e la fama (pubblica notorietà e proiezione *ad extra* dell’essere stato trattato come un figlio).

³⁶ La pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d081c78e3589b8e8/20110602>.

³⁷ Secondo il *Diccionario panhispánico del español jurídico*, la parola *allegado/allegada* fa riferimento a una persona ritenuta vicina o prossima ad un’altra per un rapporto di parentela, di amicizia, basato sulla frequentazione, oppure di fiducia.

3.2. Il caso della maternità surrogata

L'art. 10, comma 2, della legge n. 14/2006 sulla PMA dispone che la filiazione dei figli nati per gravidanza surrogata sarà determinata in base al parto. La filiazione del figlio nato spetta in qualsiasi caso alla donna che ha partorito (anche quando la madre committente abbia apportato il suo materiale biologico), sulla base dell'antico brocardo latino *mater semper certa est*.

L'art. 10, comma 3, fa salva la possibile azione di riconoscimento della paternità per il padre biologico, conformemente alle norme generali civili.

4. Il riconoscimento all'interno dell'ordinamento di atti stranieri concernenti lo *status filiationis*

Le norme sul Registro civile e sulla legge processuale civile esigono che, per trascrivere un'iscrizione straniera di nascita nel Registro civile spagnolo, sia necessario che questa consti in un documento pubblico, legalizzato e tradotto, che sia stato sottoposto al controllo di un'autorità con funzioni equivalenti a quelle dell'autorità competente spagnola e che contenga un atto o negozio giuridico valido. L'incaricato consolare del Registro civile deve controllare che non sussista dubbio sulla realtà del fatto iscritto e che l'atto non sia contrario all'ordine pubblico spagnolo.

Per quanto riguarda gli effetti in Spagna dell'adozione costituita dalle autorità straniere, l'art. 25 della legge n. 54/2007, del 28 dicembre, sull'adozione internazionale riconosce l'applicazione prioritaria di quanto stabilito dai trattati e dalle convenzioni internazionali e dalle altre norme internazionali in vigore in Spagna e, in particolare, dalla Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione fatta a L'Aja il 29 maggio 1993, ratificata dalla Spagna il 30 giugno 1995. In difetto di norme internazionali applicabili, si fa ricorso alle regole poste dall'art. 26 (cui rinvia l'art. 9, comma 5, del Codice civile).

Il legislatore esige: che l'adozione sia costituita dall'autorità straniera competente; che i documenti siano – di norma – legalizzati o muniti di postilla e tradotti; che l'adozione non sia contraria all'ordine pubblico³⁸ e produca effetti

³⁸ Sono contrari all'ordine pubblico spagnolo i processi adottivi in cui non è stato rispettato l'interesse superiore del minore, in particolare quando si è fatto a meno dei consensi e dei pareri necessari, o quando i consensi ottenuti non erano informati e liberi o sono stati ottenuti mediante pagamento o compensazione.

giuridici corrispondenti negli aspetti sostanziali a quelli dell'adozione nazionale spagnola³⁹. Se l'adottante è spagnolo e residente in Spagna, gli enti pubblici dovranno averlo dichiarato idoneo all'adozione, a meno che ciò non sia richiesto in caso di adozione nazionale (come nel caso di adozione del coniuge o del *partner* di fatto).

Il controllo della validità dell'adozione avvenuta all'estero spetta all'incaricato del registro civile (art. 27) ed è agevolato se l'adozione è avvenuta in un paese firmatario della Convenzione dell'Aja.

5. Segue: le nascite a seguito di maternità surrogata

Com'è noto, i problemi più rilevanti, attualmente, in quest'ambito riguardano l'iscrizione di nascite avvenute all'estero a seguito di maternità surrogata, un tema su cui il Tribunale costituzionale non si è ancora pronunciato e su cui vi sono decisioni contrastanti della *Dirección General de los Registros y del Notariado* e della *sala* civile del Tribunale supremo.

La DGRN riconosce l'iscrizione degli atti stranieri quando la richiesta si accompagna dalla risoluzione giudiziaria emanata da un tribunale competente che determina la filiazione, mentre la *sala* civile del Tribunale supremo nega il riconoscimento perché la maternità surrogata è contraria all'ordine pubblico spagnolo, ma permette lo stabilimento della filiazione attraverso altre vie (azioni di riconoscimento della filiazione, adozione, ecc.) per tutelare l'interesse dei minori coinvolti.

D'altra parte, la nullità dei contratti di maternità surrogata non ha impedito che la *sala* del lavoro del Tribunale supremo⁴⁰, facendo un'interpretazione estensiva della legge generale sulla sicurezza sociale, consentisse ai cc.dd. "genitori intenzionali" di usufruire del permesso di paternità/maternità previsto in caso di nascita o di adozione.

In mancanza di una decisione legislativa che autorizzi definitivamente la maternità surrogata (un'ipotesi che sembra allo stato poco realistica, considerato il rifiuto espresso pubblicamente dall'attuale Presidente del governo Pedro

³⁹ Si richiede, quindi, l'estinzione dei vincoli giuridici sostanziali tra l'adottato e la famiglia biologica e che tale estinzione sia irrevocabile.

⁴⁰ V., per tutte, la sentenza del 13 marzo 2018 (n. ric. 2059/2016), reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20200f88355a3491/20180416>. La sentenza cita altre pronunce che avevano dato inizio a questa linea interpretativa.

Sánchez⁴¹) o quanto meno che disciplini con esaustività e chiarezza lo *status* dei nati, vi è un margine di arbitrio che la dottrina ritiene contrario all'interesse dei minori e al principio di uguaglianza.

5.1. La *instrucción* della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 5 ottobre 2010

L'*instrucción* della DGRN del 5 ottobre 2010⁴², sul regime della registrazione della filiazione di figli nati a seguito di maternità surrogata, individua i controlli che ancora devono realizzare gli ufficiali del Registro sullo stato civile, “allo scopo di dotare di piena tutela giuridica l'interesse superiore del minore, agevolando la continuità oltrefrontiera di una relazione di filiazione dichiarata da un tribunale straniero, purché tale risoluzione sia riconosciuta in Spagna”.

Le regole stabilite così recitano:

“*Prima.*

“1. L'iscrizione della nascita di un minore, nato all'estero in conseguenza di tecniche di maternità surrogata, si può realizzare solo se, insieme con la richiesta di iscrizione, si presenta la risoluzione giudiziaria emanata da un tribunale competente in cui si determini la filiazione del figlio nato⁴³.”

“2. Salvo che si applichi una convenzione internazionale, la risoluzione giudiziaria straniera dovrà essere oggetto di *exequatur* secondo il procedimento contemplato nella legge processuale civile del 1881. Per procedere all'iscrizione della nascita dovrà presentarsi al Registro civile spagnolo la richiesta di iscrizione

⁴¹ Cfr. *Discurso de investidura del candidato a la presidencia del Gobierno ante el Congreso de los Diputados*, del 04/01/2020, https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/investiduras/Paginas/04012020_InvestSanchez.aspx.

⁴² Il testo è reperibile *on line* alla pagina [https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1)). Sulla situazione pregressa e sui fatti alla base dell'approvazione dell'*instrucción* del 5 ottobre 2010, v. la parte dedicata alla Spagna nel precedente lavoro *La fecondazione eterologa*, marzo 2014, 79 ss., https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_fecondazione_eterologa_201406.pdf.

⁴³ Naturalmente, lo scopo di questa disposizione non è altro che assicurarsi che l'autorità giurisdizionale abbia realizzato un controllo della legittimità del contratto secondo la disciplina del paese in cui si è realizzato, nel quadro dell'irrinunciabile tutela dell'interesse del minore e della donna gestante; si mira altresì a evitare simulazioni di contratto che possano nascondere il traffico internazionale di minori. Cionondimeno, la dottrina ha evidenziato che la decisione della DGRN può nascondere discriminazioni in ragione della situazione economica dei committenti, perché nei paesi in cui la maternità surrogata ha un costo inferiore, di solito, non si ottiene una sentenza definitiva costitutiva della filiazione.

e la decisione giudiziaria che ponga fine all'anzidetto provvedimento di *exequatur*.

“3. Senza pregiudizio di quanto sopra, nel caso in cui la risoluzione giudiziaria straniera abbia origine in un provvedimento analogo ad uno spagnolo di giurisdizione volontaria, l'incaricato del Registro civile deve controllare incidentalmente, come prerequisito della iscrizione, se tale risoluzione giudiziaria può essere riconosciuta in Spagna. In tale controllo incidentale devono constatare:

La regolarità ed autenticità formale della risoluzione giudiziaria straniera e di qualunque altro documento presentato.

Che il tribunale di origine abbia basato la sua competenza giudiziaria internazionale su criteri equivalenti a quelli contemplati nella legislazione spagnola.

Che siano stati garantiti i diritti processuali delle parti, in particolare quelli della madre gestante.

Che non si sia avuta violazione dell'interesse superiore del minore e dei diritti della madre gestante. In special modo, si deve verificare che il consenso di quest'ultima sia stato ottenuto di maniera libera e volontaria, senza incorrere in errore, dolo o violenza e che [essa] abbia una capacità naturale sufficiente.

Che la risoluzione giudiziale è definitiva e che i consensi prestati siano irrevocabili, oppure, se soggetti a un termine di revoca conformemente alla legislazione straniera applicabile, che questo sia trascorso, senza che chi ha la facoltà di revoca l'abbia esercitata.

“*Seconda.*

“In alcun caso si ammetterà, come titolo idoneo all'iscrizione della nascita e della filiazione del nato, una certificazione straniera o la semplice dichiarazione, accompagnata da certificazione medica relativa alla nascita del minore in cui non consti l'identità della madre gestante”.

La maggior parte degli autori che hanno commentato l'*instrucción* si è mostrata critica, poiché si è ritenuto che essa rischi di prestare copertura amministrativa a un “turismo procreativo” volto a aggirare l'applicazione dell'art. 10, comma 1, della legge sulla PMA, permettendo, in sostanza, la elusione della legge.

5.2. La sentenza del Tribunale supremo del 6 febbraio 2014

Con sentenza del 6 febbraio 2014 (n. ric. 245/2012)⁴⁴, la *sala* civile del Tribunale supremo ha escluso che potesse risultare la filiazione nel Registro civile dei due uomini riguardo a due bambini nati in California da una madre surrogata, come preteso dai ricorrenti.

Il fulcro della decisione è stato il riconoscimento di decisioni straniere di nascita realizzato da organismi equivalenti al Registro civile e il rispetto dell'ordine pubblico spagnolo. Per riconoscere il titolo straniero, la normativa che disciplina il Registro civile esige che nell'anagrafe straniera esistano garanzie analoghe a quelle stabilite in Spagna per l'iscrizione del fatto e che non sussistano dubbi sulla realtà del fatto iscritto e sulla sua legalità conformemente al diritto spagnolo, donde la necessità di realizzare un controllo non solo formale ma anche del merito della decisione straniera.

L'ordinamento spagnolo (e di altri Stati con simili principi e valori) non accetta che la generalizzazione dell'adozione (perfino quella internazionale) o che i progressi nelle tecniche di PMA violino la dignità della donna gestante e del bambino, mercifichino la gestazione e la filiazione, oppure "reificino" la donna gestante o il bambino, permettendo a determinati intermediari di realizzare affari con loro, agevolando lo sfruttamento dello stato di necessità in cui si trovano donne giovani in situazione di povertà e creando una sorta di "cittadinanza censitaria" in cui solo le persone che hanno a disposizione elevate risorse economiche possono stabilire rapporti paterno-filiali preclusi alla maggior parte della popolazione.

L'art. 10 della legge sulla PMA forma parte dell'ordine pubblico internazionale spagnolo in materia, che viene definito come il "sistema di diritti e di libertà individuali garantiti nella Costituzione e negli accordi internazionali sui diritti umani ratificati dalla Spagna e [il sistema] di valori e principi che questi incarnano", e che agisce come limite al riconoscimento di decisioni di autorità straniere.

Il Tribunale supremo ha respinto la doglianza relativa a una asserita discriminazione patita dai ricorrenti, perché la causa del rifiuto dell'iscrizione della filiazione non era che entrambi i richiedenti fossero di sesso maschile, ma

⁴⁴ La pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>.

che la filiazione pretesa traesse origine da una gestazione per sostituzione da loro contrattata in California.

Non si è ammesso che l'interesse superiore del minore possa fungere da mezzo per ottenere risultati contrari alla legge, alla quale il giudice è sottoposto. Il concetto di "interesse superiore del minore" deve essere infatti interpretato conformemente ai valori della società, e non spetta ai tribunali esercitare funzioni che spettano al legislatore. In casi come questo devono ponderarsi tutti i beni giuridici in gioco, nonché i principi di rispetto della dignità della gestante ed anche l'interesse del minore di non essere oggetto di traffico commerciale.

Il Tribunale supremo ha dichiarato che deve permettersi l'integrazione dei bambini nella loro famiglia ed ha chiesto al pubblico ministero, cui spetta vigilare per la protezione dei minori, che avviasse le azioni pertinenti per determinare la corretta filiazione dei minori in applicazione delle regole contenute nell'art. 10 della legge PMA, affermando anche che ci sono altri istituti che permettono l'integrazione reale dei minori nel nucleo familiare, come l'affidamento o l'adozione.

La sentenza reca l'opinione dissenziente di un giudice cui hanno aderito altri due. In essa si è rilevato come non si dovesse analizzare la legalità della decisione straniera, bensì il riconoscimento in Spagna di una decisione straniera valida e legittima conformemente alla normativa californiana, motivo per cui non occorre applicare l'art. 10 della legge PMA, ma era necessario analizzare il caso dalla prospettiva dell'ordine pubblico internazionale, in relazione con l'interesse superiore del minore. A sostegno della sua tesi, il giudice dissenziente ha ripercorso le tendenze attuali nel piano nazionale ed internazionale volte a regolarizzare e rendere più flessibili i casi di figli nati da madri surrogate: dal cambiamento dei requisiti richiesti dalla DGRN per permettere l'iscrizione, ai riconoscimenti di certi effetti a questi contratti da parte dei tribunali della giurisdizione del lavoro spagnoli e della Corte di giustizia dell'UE, senza omettere quanto emerso dall'analisi della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato sui problemi derivanti dagli accordi internazionali di maternità surrogata. Alla luce di tutto ciò, ha concluso che spetta, sì, al legislatore garantire i diritti di tutte le parti, ma che in questo caso concreto l'applicazione del principio dell'ordine pubblico aveva pregiudicato i minori coinvolti, privandoli della loro identità e del loro nucleo familiare.

Il Tribunale supremo ha confermato quanto era stato deciso con l'ordinanza del 2 febbraio 2015⁴⁵, che ha respinto l'*incidente de nulidad* per violazione dei diritti fondamentali presentato avverso la sentenza del 6 febbraio 2014.

I ricorrenti avevano addotto a favore delle proprie posizioni le sentenze della Corte EDU del 26 giugno 2014 (casi *Menesson e Labassée*), che avevano condannato la Francia per non aver riconosciuto il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla maternità surrogata. Tuttavia, il Tribunale supremo ha evidenziato che, a differenza della Corte di cassazione francese, in Spagna si ammette la nascita di tale rapporto, sebbene per altre vie: con il riconoscimento della filiazione rispetto alla persona che ha apportato materiale genetico, con l'adozione⁴⁶ e, in certi casi, per il possesso di stato, strumenti che ritiene idonei per tutelare l'interesse del minore.

La risoluzione dell'11 luglio 2014⁴⁷ della DGRN ha chiarito agli incaricati consolari del Registro civile che dovevano continuare ad applicare quanto stabilito nell'*instrucción* del 5 ottobre 2010, la cui vigenza non era stata compromessa dalla decisione del Tribunale supremo, perché in quel caso di specie il titolo iscritto era un certificato dell'anagrafe straniera e non una decisione giurisdizionale definitiva.

⁴⁵ Il testo della pronuncia è reperibile *on line* alla pagina <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>.

⁴⁶ Sulle esigenze di natura formale per l'adozione in Spagna da parte della madre non gestante o del *partner* che non abbia apportato materiale genetico, v. A. J. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por sustitución y adopción (A propósito de la Opinión Consultiva del Protocolo Núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de abril de 2019, y de varias Sentencias de Audiencias Provinciales)*, in *Diario La Ley*, n. 9609, del 07/04/2020. Dalla giurisprudenza dei cc.dd. "tribunali minori" si deduce che: non è necessaria la previa proposta dell'autorità pubblica competente; è necessario adempire ai requisiti di età previsti dal Codice civile; deve constare il consenso del padre e della persona che la legislazione spagnola riconosce come madre. Il consenso della madre deve essere prestato almeno sei settimane dopo la nascita (art. 177, comma 2, paragrafo 4, del Codice civile).

⁴⁷ Cfr. *La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, in *La Ley Derecho de Familia*, del 29/07/2014, https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYLJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxs_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE.

5.3. Le instrucciones della Dirección General de los Registros y del Notariado del 14 e del 18 febbraio 2019

L'*instrucción* del 14 febbraio 2019⁴⁸ della DGRN ha abrogato l'*instrucción* del 5 ottobre 2010, dotando di nuove regole l'iscrizione nel Registro civile spagnolo della filiazione costituita all'estero a seguito di maternità surrogata. Tra le altre cose, si consentiva l'iscrizione della filiazione a favore del committente spagnolo che avesse prodotto, oltre al certificato anagrafico straniero, una prova di DNA che dimostrasse il suo vincolo biologico con il nato.

Quattro giorni dopo, l'*instrucción* del 18 febbraio 2019⁴⁹ ha abrogato a sua volta l'*instrucción* del 14 febbraio, decretando il ristabilimento delle regole istituite nel 2010.

⁴⁸ L'*instrucción* non è mai stata pubblicata nei fogli ufficiali. Il testo può però essere consultato *on line* alla pagina <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf>.

⁴⁹ Il testo è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>. In senso critico, v. J. FLORES RODRÍGUEZ, *Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?*, in *Diario La Ley*, n. 9388, del 02/04/2019; ed A. J. VELA SÁNCHEZ, *Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, in *Diario La Ley*, n. 9453, del 10/07/2019.