

# GenIUS

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

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

**Redazione**

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

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

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

*Identità di genere:* Roberta Dameno

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

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

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

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

**Referees**

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

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

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

## Focus: Trascrizioni e riconoscimento degli status familiari

*a cura di Chiara Ragni*

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

## Interventi

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

## Commenti

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

## **Osservatorio documenti** *a cura di Carmelo Danisi*

- 134 Italia, Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze

## **Osservatorio decisioni** *a cura di Carmelo Danisi*

- 140 Corte europea dei diritti dell'Uomo, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turchia*, n. 14793/08
- 152 Corte costituzionale, sentenza 21 ottobre 2015, n. 221
- 158 Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 2016, n. 76
- 165 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 26 maggio 2016, n. 12962
- 176 Corte di appello di Milano, decreto 13 marzo 2015
- 182 Corte di appello di Milano, decreto 16 ottobre 2015
- 189 Corte di appello di Napoli, ordinanza del 30 marzo 2016

---

*Focus*

*Trascrizioni e riconoscimento  
degli status familiari*

Chiara Ragni\*

## Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio

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

Questa pratica è per lo più vietata dagli Stati membri dell'Unione europea: ma mentre la stipulazione di accordi di tipo commerciale è unanimemente considerata illegale, vi sono ordinamenti, come ad esempio quelli del Belgio, dell'Olanda, più di recente del Portogallo e dell'Inghilterra, che ammettono il ricorso alla gestazione per altri, seppure entro confini e limiti piuttosto circoscritti e tali da rendere spesso difficoltoso per la coppia l'accesso ad essa<sup>1</sup>.

A fronte del quadro normativo descritto, è sempre più frequente che gli aspiranti genitori si rivolgano a Paesi terzi più permissivi, come gli Stati Uniti o l'Ucraina, dove è ammessa la conclusione di veri e propri contratti a norma dei quali, a fronte generalmente del pagamento di una somma di denaro, la gestante si impegna a consentire, dopo il parto, l'instaurazione di un rapporto di filiazione legittima tra i committenti e il bambino; tale rapporto risulta legalmente documentato da un atto pubblico di nascita attestante appunto l'esistenza del legame parentale, al quale tuttavia potrà essere altrove negata qualsivoglia efficacia giuridica. La conseguenza più allarmante, che discende evidentemente dall'estrema eterogeneità delle risposte normative fornite alla maternità surrogata, è il costante e crescente prodursi di situazioni per così dire claudicanti, ovvero giuridicamente esistenti in uno Stato e improduttive di effetti in un altro<sup>2</sup>.

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

\* Associata di Diritto internazionale, Università di Milano.

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

ne pubblico, al riconoscimento delle conseguenze giuridiche che da essa derivano, qualora il rapporto di filiazione tra i genitori committenti e il bambino sia sorto all'estero in seguito al ricorso a tale pratica<sup>3</sup>. Significativa a questo riguardo è la sentenza del 2014, con cui la Corte di Cassazione ha ribadito la contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento della gestazione per altri; a supporto di questa tesi viene menzionata la previsione di una sanzione penale, prevista dalla legge n. 40 del 2004 a carico di coloro che violano il divieto di promuovere e realizzare la maternità surrogata<sup>4</sup>, con la conseguente dichiarata impossibilità di riconoscere validità ed efficacia giuridica al rapporto di filiazione stabilito tramite il ricorso ad essa<sup>5</sup>.

Va però a questo proposito segnalato che, come peraltro rilevato da altra parte significativa della nostra giurisprudenza, anche recente, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico ai casi considerati andrebbe valutata con maggiore cautela<sup>6</sup>. Anche a volere ammettere che il ricorso alla gestazione per altri sia di per sé contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento, lo stesso ragionamento non dovrebbe necessariamente estendersi fino alla negazione dell'esistenza di un legame familiare, creatosi altrove e quindi senza contravvenire, almeno in via di principio, al divieto di svolgere certe pratiche in Italia. In altre parole, il fatto che una norma straniera consenta una pratica che nel nostro ordinamento non è ammessa, non è di per sé motivo sufficiente per negare efficacia a un rapporto di filiazione validamente costituitosi altrove, qualora la sua conservazione corrisponda all'interesse del minore, il quale rappresenta il principio cardine cui qualunque decisione in materia deve necessariamente ispirarsi. Ragionando in questi termini la prima sezione della Cassazione ha in una recentissima e importante sentenza, che sembrerebbe invertire il precedente indirizzo, affermato che: «l'interesse del minore ha un valore non di mero fatto, ma giuridico e preminente... [Esso] è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea. Il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito nella L. n. 218 del 1995, ..., ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sul "diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali"»<sup>7</sup>.

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

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

La Corte EDU muove quindi anch'essa dalla premessa, secondo cui in tutte le decisioni che riguardano il minore, ivi comprese quelle concernenti i suoi *status* personali e familiari, la tutela del suo superiore interesse deve essere garantita in via prioritaria rispetto ad ogni altra esigenza concorrente. Principio questo che, ribadito da diversi strumenti internazionali, e valorizzato nell'ambito dell'Unione europea da una specifica norma della Carta dei diritti fondamentali<sup>9</sup>, è certamente parte, come peraltro confermato anche dalle nostre corti e dalla dottrina<sup>10</sup>, dei valori di cui necessariamente tenere conto ai fini dell'applicazione del limite dell'ordine pubblico<sup>11</sup>. L'importanza fondamentale della prassi della CEDU, ed in particolare, nell'ambito considerato, della consacrazione dell'interesse del minore, quale principio la cui tutela impone una restrizione al margine di apprezzamento concesso allo Stato nella salvaguardia di altre esigenze pubbliche, trova ulteriore supporto sia nell'art. art. 117 Cost. – ai sensi del quale è stata riconosciuta rilevanza costituzionale alle norme contenute nella CEDU, secondo l'interpretazione che di esse è stata data dalla Corte –; ma anche, con riferimento allo specifico contesto qui in esame, nell'art. 2 della legge n. 218/1995, che obbliga l'operatore giuridico a tenere conto, nell'applicazione delle norme di conflitto, incluse evidentemente quelle sul riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri - degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia, nella misura in cui essi incidano sul loro operare<sup>12</sup>.

Se ne ricava, che, come segnalato nei contributi che seguono, le scelte assunte dallo Stato nella materia considerata, anche qualora volte alla protezione di interessi pubblici, devono potere essere ponderate sulla base di una valutazione attenta, basata su un'analisi da svolgersi in concreto, della soluzione che meglio realizza l'interesse del minore. Questo certamente comprende, sulla base delle indicazioni fornite dalla CEDU, nonché, più di recente, come si è detto, anche dalla nostra Corte di Cassazione, il diritto al rispetto dei legami familiari nei quali il bambino si riconosce, nonché alla tutela della identità personale. Diritto quest'ultimo che, con specifico riguardo al problema della nascita avvenuta mediante il ricorso a tecniche di procreazione assistita o maternità surrogata, può comportare anche l'accesso alle informazioni relative al genitore biologico<sup>13</sup>.

Affinché possa essere accertata l'esistenza di un legame familiare costituitosi all'estero e perché possano operare le norme di diritto internazionale privato sul riconoscimento degli effetti giuridici di situazioni perfezionate altrove, è in genere necessario che il legame parentale risulti da un provvedimento giudiziale<sup>14</sup>, ovvero da un atto pubblico, quale ad esempio quello di nascita, la cui trascrizione è, peraltro, in molti Stati, tra cui il nostro, da considerarsi presupposto per la produzione di effetti giuridici derivanti dalla filiazione. È proprio con riguardo a tale aspetto della questione qui in esame che si sono

---

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

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

posti alcuni ostacoli, legati alla impossibilità non solo di considerare l'atto efficace, ma anche di ritenerlo legalmente prodotto. La questione è stata sollevata in diverse occasioni davanti alle nostre corti, dinanzi alle quali è emerso anche l'aspetto penalistico del problema, dovuto alla presunta riconducibilità alla fattispecie delittuosa delle false attestazioni, della dichiarazione, rilasciata dai genitori committenti, sulla base dell'atto di nascita del minore, di essere rispettivamente padre e madre del medesimo<sup>15</sup>. Mentre con riguardo ai rapporti con Paesi terzi – ed in particolare con l'Ucraina – la prassi non è del tutto lineare e ha per lo più condotto a risultati non soddisfacenti, nel contesto dell'Unione europea, è oggi stato adottato, il 6 luglio 2016, il regolamento (UE) 2016/1191, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea. Sulla base del principio di reciproca fiducia che governa le relazioni tra Stati membri, tale regolamento semplifica le formalità per il mutuo riconoscimento dei documenti pubblici validamente rilasciati altrove. I limiti e i problemi che l'adozione di un simile atto ha sollevato e le questioni che esso lascia irrisolte sono ben illustrati nell'ultimo contributo di questo *Focus*, cui pertanto si rimanda<sup>16</sup>.

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

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

*Patricia Orejudo Prieto de los Mozos\**

## Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión

### Sumario

1. Introducción — 2. El *leading case*: respuestas dispares en los ámbitos registral y judicial — 3. Reconocimiento en sede registral: 3.1. Reconocimiento automático. 3.2 Condiciones para el reconocimiento — 4. Razones de los órganos jurisdiccionales para denegar el reconocimiento: 4.1. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2013. 4.2. Auto del TS de 2 de febrero de 2015 — 5. Conclusiones.

### Abstract

La situación en España en lo referente al reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad de sustitución en el extranjero ha resultado incierta en los últimos años. Por una parte, en el ámbito registral se ha venido realizando tal reconocimiento, siempre que concurren ciertas condiciones, entre las que destacaba que la filiación se hubiese conformado a través de decisión judicial y no por mero ministerio de la ley. Por otra parte, en el orden jurisdiccional se ha rechazado la práctica en una situación en concreto, que ha llegado hasta el propio TS. Esencialmente, los jueces y tribunales españoles que se han pronunciado sobre esta situación han considerado que el reconocimiento de la filiación conformada en el extranjero a través de maternidad subrogada resulta contrario al orden público español.

*The situation in Spain as regards the recognition of parentage created abroad through surrogate motherhood is uncertain. On the one hand, such recognition is being performed by the civil registry authorities, provided that certain conditions are given, among which the existence of a judicial decision concerning the relationship: should the filiation had been established ex lege, it would not be registered. On the other hand, the Spanish courts have rejected the practice in a particular situation, considering that recognition of parentage made abroad through surrogacy is contrary to Spanish ordre public.*

### 1. Introducción

España es uno de los países del mundo en los que la maternidad subrogada no puede tener lugar con los efectos legales que las partes pretenden cuando acuden a esta técnica de reproducción humana asistida (TRHA). El artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA<sup>1</sup> dispone que “es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; añade que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y deja a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Es también España, por

\* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27-V-2006.

esta razón<sup>2</sup>, Estado de origen de personas que acuden al llamado turismo reproductivo<sup>3</sup>, y que, con ello, al regresar a tal Estado suscitan la cuestión del reconocimiento de la filiación creada en el extranjero a través de maternidad de sustitución.

Aunque no faltan casos en los que se solicita el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad subrogada ante órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>, lo más habitual en España es que tal reconocimiento se efectúe en sede registral.

Ciertamente, una vez nacen las/os niñas/os (o algún tiempo antes), los/las comitentes se desplazan al lugar (extranjero) del alumbramiento para hacerse cargo de ellas/os. Para regresar necesitan obtener cierta documentación para las/os hijas/os (pasaportes, por ejemplo), cuya expedición depende de la inscripción de su nacimiento en el Registro civil español. Por esta razón instan la práctica del correspondiente asiento ante el Encargo del registro civil consular, que se verá obligado a comprobar que los nacimientos afectan a personas de nacionalidad española, puesto que de no ser así no podrán ser inscritos, al ser hechos que han tenido lugar en el extranjero<sup>5</sup>. El reconocimiento de la filiación establecida con arreglo al Derecho extranjero tendrá que resolverse, entonces, con carácter previo a la determinación de la nacionalidad de las/os niñas/os, toda vez que sólo tendrán nacionalidad española si pueden ser considerados hijas/os de padre o madre españoles, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 a) del Código civil español<sup>6</sup>.

Este reconocimiento de la relación de filiación es en la actualidad un asunto controvertido. A raíz de un caso acontecido hace algunos años, y probablemente aún pendiente de resolución definitiva<sup>7</sup> (que se expone a continuación), se ha desarrollado en el ámbito registral (por tanto, en sede administrativa) una práctica favorable al reconocimiento, al menos en determinados supuestos, entre los que se encontraría la situación que se describe más abajo. Sin embargo, esta práctica es contraria a la que han propugnado

- 
- 2 Y también, seguramente, porque el matrimonio en España es igualitario, de forma que también pueden contraerlo personas del mismo sexo, y a la maternidad subrogada recurren muchas parejas de hombres que, consolidada legalmente su relación, quieren acceder a la paternidad. Además, la precariedad en el empleo y la ausencia de facilidades para la procreación hacen de España uno de los países del mundo con una edad de maternidad más elevada. El retraso en la decisión de procrear comporta, en muchos casos, que las mujeres ya sean demasiado mayores, por lo que recurren a TRHA e incluso a la maternidad subrogada.
  - 3 El turismo procreativo es un tipo específico de turismo sanitario, en la medida en que responde fundamentalmente a que una determinada TRHA le está vetada en su Estado de origen a la persona que desea recibirla, ya porque el tratamiento esté prohibido con carácter general por consideraciones morales o porque no se estime lo suficientemente seguro para ser dispensado; ya porque no se proporcione en ese momento por falta de personal o de medios, o que se impida recibirlo a esa persona en particular por su edad, estado civil o preferencias sexuales: *vid.* G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, en *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, pp. 337-341, esp. p. 338. Pero es también una clase de turismo legal, ya que quien acude a él no sólo pretende recibir un tratamiento que facilite o posibilite la procreación, sino que además persigue crear un vínculo de filiación conforme al Derecho del Estado al que se desplaza que no se establecería con arreglo a la ley del Estado de origen.
  - 4 *Vid.*, por ejemplo, resolviendo sobre el *exequatur* de una resolución californiana en la que se establece la filiación, el Auto del JPI e Instrucción núm. 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, *Westlaw Aranzadi AC\2013\281* y las Observaciones de P. Orejudo Prieto de los Mozos en *Anuario Español de Derecho internacional privado (AEDIPr)*, t. XII, 2012, pp. 893-895.
  - 5 La regla general sobre acceso de hechos al Registro civil español establece que “en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros” (art. 15.1 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, *BOE* núm. 151, de 10 de junio de 1957, en adelante LRC), y añade que “En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español” (art. 15.2 LRC). Hay excepciones a esta norma (en concreto, el art. 29 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* núm. 312, 29-XII-2007), pero no afectan a la materia específica que aquí se analiza. Interesa indicar que España cuenta con una nueva Ley de Registro Civil desde 2011 (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *ibid.* núm. 175, de 27 de julio de 2011), pero esta Ley aún no se encuentra vigente: la fecha prevista para su entrada en vigor, tras sucesivas prórrogas, es el 30 de junio de 2017.
  - 6 Obsérvese que aunque este precepto permita tener en cuenta la descendencia física como un hecho suficiente para determinar la nacionalidad, pues no exige que las/os niñas/os sean “hijos de españoles”, sino “nacidos de padre o madre españoles” (el énfasis es mío), la generación de las/os hijas/os por parte de los comitentes en las situaciones de maternidad de sustitución no es evidente con carácter general, y resulta más que dudosa en situaciones, como la que se plantea en el caso que se describe a continuación, en la que ninguno de los promotores de la inscripción, ninguno de los progenitores, es una mujer española.
  - 7 El tema en España ya ha agotado todas las instancias jurisdiccionales, pero cabe aún que se plantee ante el TC y, posteriormente, en su caso, ante instancias supraestatales.

diversos órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Supremo español, cuando han debido pronunciarse sobre ese caso en particular.

## 2. El *leading case*: respuestas dispares en los ámbitos registral y judicial

Una pareja de hombres españoles, residentes en Valencia y legalmente casados en España, acudió a la maternidad subrogada en San Diego, California. A resultas del contrato con la madre gestante y, lógicamente, del éxito de la fecundación y el embarazo, nacieron dos niños, que ya antes del parto fueron declarados hijos de ambos hombres con arreglo a una sentencia judicial de este Estado. El nacimiento, consecuentemente, fue inscrito en el Registro civil californiano. Con base en la certificación de este Registro los comitentes solicitaron al Encargado del Registro Consular español en California la inscripción del nacimiento de los niños, en tanto que hijos de españoles. A pesar de que la certificación registral extranjera no hacía ninguna indicación al respecto, resultó evidente el modo en que se había establecido esa filiación, pues los interesados eran dos hombres, y los niños no habían sido adoptados. El Encargado del Registro consular se opuso a la práctica del asiento con base en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Pero el matrimonio valenciano recurrió la decisión y obtuvo una resolución favorable del órgano administrativo que decide sobre los recursos planteados frente a las decisiones de los Encargados del Registro civil, esto es, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)<sup>8</sup>, que ordenó la inscripción del nacimiento de los niños en el Registro civil español.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, recurrió la Resolución de la DGRN, y el órgano judicial competente, el Juzgado de Primera Instancia (JPI) núm. 15 de Valencia, por Sentencia de 15 de septiembre de 2010<sup>9</sup> admitió el recurso y ordenó la cancelación del asiento. Apenas habían transcurrido unos días, la DGRN se dirigió a los registros con intención de facilitar el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad de sustitución, al menos en determinados supuestos. Dictó, así, una Instrucción (Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>10</sup>) que, tal y como avanzó gran parte de la doctrina española, sólo contribuiría a crear mayor incertidumbre e inseguridad<sup>11</sup>. Mientras en sede administrativa se afir-

- 8 Resolución de 18 de febrero de 2009, *Westlaw Aranzadi* RJ 2009 / 1735, sobre esta decisión, *vid.*, entre otros, S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, en *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, en *InDret* 2009 / 3 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), e *id.*, *Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009*, en *REDI*, 2009, pp. 215-217; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Hijos made in California*, en *Actualidad Civil*, 2009, *Westlaw Aranzadi*, BIB 2009 / 411; E. Farnós Amorós, *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009*, en *InDret* 2010 / 1 ([www.indret.com](http://www.indret.com)); J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 440-441; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Nota a Res. DGRN de 18 de febrero de 2009*, en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; *id.*, *Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood*, en *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 619-637; *id.*, *Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución*, en S. Navas Navarro (Dir.) y S. Camacho Clavijo y A. de Lama y Aymá (Coords.), *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; y M. Requejo Isidro, *Spanish homosexual couple and surrogate pregnancy-II*, en <http://conflictoflaws.net/2009/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy-ii/>
- 9 *Vid.* al respecto S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación...*, *loc. cit.*, pp. 354-356; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Nota a JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*, in *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078.
- 10 BOE núm. 243, 7-X-2010. El próximo apartado se analizan las condiciones que esta Instrucción dispone para el reconocimiento de la filiación creada a través de maternidad subrogada.
- 11 *Vid.* S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación*, *loc. cit.*, pp. 356-361; *id.* *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución*, en J. Forner Delaygua, C. Gonzalez Beilfuss y R. Viñas Farré (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)*, en *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; *id.*, *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 34, 2010, [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0); A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 247-262 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)); A. Durán Ayago, *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*, en *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Spain*, en K. Trimmings y P. Beaumont (Eds.), *International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford/Portland Oregón, Hart Publishing, 2013, pp. 347-355; *id.*, *Nota*

maba la posibilidad de inscribir los nacimientos de menores a través de maternidad subrogada en el extranjero bajo unas determinadas condiciones, los órganos jurisdiccionales rechazaban esta posibilidad: la decisión del JPI de Valencia fue confirmada por Sentencia de la AP de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011<sup>12</sup>, y esta, a su vez, por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 835/2013, de 24 de marzo de 2014<sup>13</sup>. A raíz de las resoluciones del TEDH los asuntos *Mennesson C. Francia y Labasse*<sup>14</sup> c. *Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*<sup>15</sup>, los comitentes solicitaron la revisión de la sentencia del TS a la luz de estas resoluciones, pero este órgano ha rechazado la revisión, confirmando su doctrina por Auto núm. 335/2015, de 2 de febrero de 2015<sup>16</sup>.

A continuación se pondrá de relieve cuáles son las condiciones que la práctica administrativa aplica al reconocimiento registral de la filiación conformada en el extranjero a partir de maternidad subrogada (*infra*, epígrafe 3), y más adelante (*infra*, epígrafe 4), las razones alegadas por los tribunales españoles para rechazar tal reconocimiento.

### 3. Reconocimiento en sede registral

Como se ha indicado anteriormente, tras la sentencia del JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010, que ordenó la cancelación de la inscripción de los nacimientos de los niños nacidos en California como hijos del matrimonio valenciano, la DGRN dictó una Instrucción, de 5 de octubre de 2010, al efecto de disponer directrices para que los encargados del Registro civil español resolvieran (en su caso de forma favorable) sobre las solicitudes de inscripción de los nacimientos en el extranjero de las/os hijas/os de españoles que hayan nacido a través de maternidad subrogada<sup>17</sup>. Tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, la DGRN habría confirmado la aplicabilidad de la Instrucción a través de la Circular de 11 de julio de 2014<sup>18</sup>.

En estas directrices, la DGRN dispone, en primer lugar (*vid.* Instrucción primera.1), que la inscripción de nacimientos en el extranjero de las/os hijas/os de españoles que hayan nacido a través de maternidad subrogada únicamente es factible si la filiación ha sido establecida a través de decisión judicial y ésta se presenta con la solicitud; y añade (*vid.* Instrucción segunda) que no es posible inscribir sobre la base de una certificación registral extranjera o de la declaración con certificación médica en la

---

la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en REDI, 2010, pp. 264-266.

12 Westlaw Aranzadi JUR 2011/420242.

13 *Vid.* Westlaw Aranzadi RJ 2014/833. Al respecto, *vid.* S. Álvarez González en Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, en REDI, 2014-2, pp. 273-277; M. Presno Linera y P. Jiménez Blanco, *Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 9-44; F.J. Jiménez Muñoz, *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014*, en *Rev. boliv. de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419.

14 Sentencias de 26 de junio de 2014, *Requêtes* núm. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>) y 95941/11 (*Labasse c. Francia*, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>).

15 Sentencia de 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanille c. Italia*, *Requête* núm. 25358/12, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150770>.

16 Sobre esta resolución en particular, *vid.*, entre otros, A. Durán Ayago, *Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*, en *Bitácora Millennium DIPr*, disponible en [www.millenniumdipr.com](http://www.millenniumdipr.com); P. de Miguel Asensio, *El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea*, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>; C. Vaquero López, *La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015*, en *Aranzadi Civil*, n° 982, 2015; A. Vela Sánchez, *Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*, en *Diario La Ley*, núm. 8600, de 8 de septiembre de 2015. La resolución se encuentra disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datas=ematch=TS&reference=7288332&links=&optimize=20150213&publicinterface=true>.

17 Como consecuencia de la aplicación de estas Instrucciones, son numerosos los casos en que los nacimientos en el extranjero de niñas/os nacidos a través de maternidad subrogada han tenido ya acceso al Registro civil español. *Vid.*, por ejemplo, entre muchas otras las Resoluciones (1ª) de 3 de mayo de 2012 y (5ª) de 6 de mayo de 2012, *BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil)*, 7 de marzo de 2012, pp. 4-11 y pp. 15-18 respectivamente.

18 Según indica repetidamente en sus publicaciones A. Vela Sánchez (*vid.*, por ejemplo, en *Erre que erre...*, *loc. cit.*).

que no conste la madre gestante. A continuación, la DGRN recuerda a los encargados del Registro que la resolución presentada, a fin de poder ser inscrita, ha de someterse a reconocimiento a título principal, esto es, a través del correspondiente procedimiento de *exequátur* (*vid.* Instrucción primera.2), salvo que se haya dictado en el extranjero en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (Instrucción primera.3). En este segundo caso, la resolución se reconocerá incidentalmente por el propio encargado del Registro, que comprobará que se dan las condiciones que la propia Instrucción dispone.

### 3.1. Reconocimiento automático

Así las cosas, comenzando por esta última cuestión, la DGRN recuerda a los Encargados que son competentes para efectuar el correspondiente reconocimiento de la decisión judicial extranjera cuando el procedimiento al que haya puesto fin sea equivalente a uno español de jurisdicción voluntaria y un convenio internacional no establezca lo contrario, lo que en la práctica constituye la gran mayoría de los casos. En definitiva, la DGRN instruye a los encargados del Registro civil para que sean ellos los que se pronuncien sobre el reconocimiento de la maternidad subrogada, con arreglo a las reglas que la propia DGRN elaborará (y que, como en seguida se pone de manifiesto, son claramente pro-reconocimiento) a fin de evitar que la cuestión llegue a los órganos jurisdiccionales (contrarios, recuérdese, al reconocimiento: *vid.* más detalladamente *infra*)<sup>19</sup>. Advierte, pues, que es posible el reconocimiento automático en sede registral de las resoluciones extranjeras en esta materia. Esta indicación no contaba con ningún sustento normativo en el momento en que se dictaron las Instrucciones: no existían normas reguladoras del reconocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, y por ende no existía ninguna atribución competencial al respecto. No obstante, lo cierto es que el reconocimiento por la propia autoridad ante la que se quería hacer valer el acto constituía la práctica habitual<sup>20</sup>, pero no se trataba de un reconocimiento procesal como el que propugnaba la DGRN, sino de un reconocimiento material<sup>21</sup>. Con arreglo a la referida práctica habitual, el encargado del Registro debía constatar que el documento público que contenía la resolución reunía los requisitos dispuestos en el ordenamiento español para hacer prueba plena en el proceso<sup>22</sup> y que se habían cumplido las condiciones de validez del acto con arreglo a las normas de DIPr españolas. Obviamente, el reconocimiento material resultaría negativo en todos los casos en que hubiese que aplicar la ley española; y de ahí que la DGRN (buscando el *favor recognitionis*) invente reglas de reconocimiento procesal para este supuesto en particular (condiciones que se analizan a continuación). En la actualidad, sin embargo, sí existe una normativa específica sobre reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, con arreglo a la cual cabe reconocimiento registral automático de las decisiones y actos de jurisdicción voluntaria, con arreglo a los requisitos que la propia normativa dispone<sup>23</sup>.

En consecuencia, desde que esta nueva regulación (la LJV) está en vigor, son las condiciones que esta Ley establece las que, en todo caso, habrán de aplicar los encargados del Registro cuando hayan de resolver sobre las solicitudes de inscripción de nacimientos en el extranjero de hijas/os de españolas/es concebidas/os a través de maternidad subrogada, cuando estas solicitudes se acompañen de resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria<sup>24</sup>.

Pero antes de analizar estas condiciones, conviene recordar que en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN indica que no cabe efectuar la inscripción de otra forma que no sea presentando una resolución judicial extranjera. No sirve, pues, el modo más corriente en el que se efectúan las inscripcio-

19 Por esta razón, ya en su momento se puso de relieve las dificultades que la doctrina de la DGRN puede entrañar: el hecho de que pueda presentarse la solicitud de reconocimiento ante autoridades registrales no impedirá que la misma situación se plantee ante un órgano jurisdiccional, por ejemplo, por parte de la madre gestante, si revoca el consentimiento: *cf.* M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución*, *loc. cit.*, p. 741.

20 *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 203-204.

21 *Ibidem.* Lo pone de manifiesto también S. Álvarez González en *Efectos en España*, *loc. cit.*, § 16. La nueva Ley reguladora de la jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015 en adelante, LJV) también establece un reconocimiento de este tipo para los documentos públicos extranjeros no dictados por autoridad judicial, cuando, entre las condiciones de reconocimiento establece: "Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado": *vid.* disposición adicional tercera, apartado c).

22 *Vid.* arts. 144 y 323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, corrección de errores *ibid.* núm. 90, de 14 de abril de 2000 e *ibid.* núm. 180, de 28 de julio de 2001 (en lo sucesivo LEC).

23 *Vid.* art. 12 LJV.

24 Al hilo de la exposición de las condiciones dictadas por la DGRN, se expondrán las modificaciones que comporta la nueva normativa.

nes de nacimientos, esto es, con base en la declaración del/la interesado/a y la correspondiente certificación médica; pero tampoco cabe inscripción cuando se presente una certificación registral extranjera. Que la primera vía esté cerrada se explica con facilidad en el sistema español<sup>25</sup>, pero no es tan sencillo descartar la inscripción efectuada sobre la base de una certificación registral extranjera que acredite que, con arreglo a otro ordenamiento (por decisión de autoridad o *ex lege*), el nacido a través de esta técnica es hijo de españoles.

En efecto, no cabe duda de que si la filiación se ha declarado por decisión judicial, ésta precisa de reconocimiento previo<sup>26</sup>. Pero no parece que la exigencia de decisión pueda sustentarse, como afirma la DGRN, en el artículo 10 LTRHA<sup>27</sup>. Resulta casi provocador invocar la norma en esta sede, teniendo presente que es la que impide que se den supuestos legales de maternidad de sustitución en España. La exigencia de decisión quizás podría justificarse de *lege ferenda* en la conveniencia de que una autoridad haya verificado la concurrencia de las condiciones previstas en la ley extranjera, y con ello, el cumplimiento de ciertas garantías; pero con este razonamiento no casa que la DGRN disponga un control de fondo de la resolución judicial (como se expone *infra*). En todo caso, la filiación debería ser inscrita si la certificación extranjera que acredita el establecimiento de una filiación *ex lege* cumple con lo previsto en la normativa registral<sup>28</sup>.

Finalmente, también interesa aclarar que con posterioridad a que la DGRN dictase estas instrucciones se aprobó la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en material civil<sup>29</sup>, con arreglo a la cual también cabe reconocimiento automático de las resoluciones contenciosas con carácter general y, en particular, en sede registral (art. 59 LCJIMC)<sup>30</sup>.

### 3.2. Condiciones para el reconocimiento

En lo que respecta a la condiciones establecidas por la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, para resolver sobre el reconocimiento de la decisión extranjera que dispone la relación de filiación las/os comitentes y las/os niñas/os concebidas/os a partir de un contrato de maternidad subrogada, lo primero que cabe advertir es que tales condiciones fueron, sin duda, cuidadosamente elegidas para eludir ciertos inconvenientes u obstáculos al reconocimiento<sup>31</sup>: baste advertir que ni siquiera menciona el control del orden público sustantivo<sup>32</sup>. Sobre esta cuestión vuelvo más adelante.

La primera de las condiciones que la DGRN sí establece es la regularidad y autenticidad del documento que contiene el acto. Este requisito no plantea ningún inconveniente en este marco, pues se contiene con carácter general en la LEC (arts. 144 y 323), y en lo referido al ámbito registral en la normativa correspondiente (art. 59 LCJIMC, arts. 81 y 86-91 RRC).

La segunda condición para el reconocimiento que la DGRN dispone en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 es “que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en crite-

25 Ya que en el Registro civil español no cabe inscripción de un nacimiento con parto anónimo. El TS en su Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944) declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas registrales que, por entonces, permitían que no constara la identidad de la madre biológica. No se permite inscribir un nacimiento a partir de la mera declaración de interesado si el parte médico no hace mención de la madre. En tal caso, la filiación no se habría determinado aún, y que a tal fin resultaría de aplicación la ley española (*ex art. 9.4 Cc*), toda vez que si los menores no fueran nacidos de español, y por tanto, españoles con arreglo al artículo 17.1 a) Cc, el nacimiento (que ha tenido lugar en el extranjero) no tendría acceso al RC español.

26 *Vid.* art. 83 RRC (Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, corrección de errores *ibid.*, núm. 18, de 21 de enero de 1959). A este respecto, la DGRN cambió de opinión, con respecto a su Resolución de 18 de febrero de 2009, tal y como advirtieron A. Quiñones Escámez, *Doble filiación paterna, loc. cit.; id., REDI*, 2009, pp. 215-217; y P. Orejudo Prieto de los Mozos, en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252.

27 *Cf.* P. de Miguel Asensio, *La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*, entrada en blog: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/10/la-instruccion-de-la-dgrn-de-5-de.html>

28 *Vid.* arts. 23 LRC y 81 y 85 RRC. Cuestión distinta es que sea difícil que concurren las condiciones que establecen estas normas.

29 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil, BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2015, en adelante LCJIMC.

30 Esta disposición (el art. 59) en realidad no hace referencia expresa al Registro civil, pues existiría ya una regulación específica en los arts. 97 y 98 de la Ley 20/2011, pero, como se ha indicado, esta última norma aún no se encuentra vigente.

31 *Vid.* esta misma opinión en P. Jiménez Blanco, *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, *loc. cit.* p. 27.

32 Como en su momento pusieron de relieve, entre otros, S. Álvarez González, *Efectos en España de la gestación, loc. cit.*, § 16, p. 369; P. de Miguel Asensio, *La Instrucción...*, *loc. cit.*; y M. Guzmán Zapater, *Gestación por sustitución, loc. cit.*, p. 734.

rios equivalentes a los contemplados en la legislación española". Así, esta condición en realidad hubiera podido obstaculizar el reconocimiento, teniendo en cuenta la práctica predominante en el momento en que dictaron estas directrices, con arreglo a la cual se imponía constatar que existía un vínculo suficiente con el Estado de origen *que excluyera el fraude*<sup>33</sup>. Ciertamente, entre los órganos jurisdiccionales que se pronuncian sobre la filiación en los supuestos de maternidad subrogada y la situación existen, como regla general, vínculos evidentes: suelen ser los tribunales del Estado donde tiene su residencia habitual (y probablemente también la nacionalidad) la madre gestante; donde se firma el contrato de gestación por sustitución; donde se realizan las TRHA que permiten el embarazo; y donde nacen las/los niñas/os. Por esta razón, resultaría extraño que el control de competencia no se supere, en el caso en concreto, con arreglo a la nueva LJV<sup>34</sup>. Pero, como antes indicaba, lo que los órganos jurisdiccionales y las autoridades registrales venían exigiendo, en ausencia de una norma expresa sobre control de la competencia judicial internacional en España, era proximidad de la situación con el Estado de origen y descarte del fraude. Y que las partes no acudan al extranjero para constituir la filiación a través de la gestación de sustitución en un claro intento de eludir la prohibición española creo que es algo que no puede sostenerse, al menos en términos muy generales<sup>35</sup>.

En tercer lugar, la DGRN establece un control de la garantía de los derechos procesales, en particular de la madre gestante. Este requisito por lo general no planteará problemas, esto es, no obstaculizará el reconocimiento en sede registral, ya que si el procedimiento en el Estado extranjero es "equivalente" a uno de jurisdicción voluntaria española (recuérdese que, de lo contrario, el reconocimiento, en el momento en que se dictaron las Instrucciones, debía realizarse por los órganos jurisdiccionales españoles), es de suponer que no habrá habido partes enfrentadas; que en el proceso de origen habrá comparecido la madre gestante, como condición para el establecimiento de la filiación por parte del órgano jurisdiccional de origen.

En relación con esta intervención de la madre gestante, y en cuarto lugar, como antes se avanzó, se dispone un control de fondo de la resolución, que impone comprobar aspectos que cabe presumir que la autoridad extranjera ya verificó, referentes a la capacidad de la madre y al consentimiento emitido por ésta.

Por último, además de la firmeza de la resolución, en relación con el consentimiento, se exige, también como condición propia (aunque común con la adopción extranjera), que sea irrevocable o que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la facultad de revocación por la madre.

Como se indicó anteriormente, estas condiciones tendrían que entenderse desplazadas por las previstas en la LJV<sup>36</sup>. No creo posible que en lo sucesivo quepa obviar que la contrariedad del reconocimiento de una decisión o un acto con el orden público obliga a la denegación de dicho reconocimiento también en sede registral (*vid.* art. 12.3 c) LJV). De otra forma expuesto: los Encargados del registro han de denegar la inscripción del acto si los efectos del reconocimiento son manifiestamente contrarios al orden público español. Ya se verá si, a estos efectos, en el ámbito registral se asumirá el concepto de orden público que los órganos jurisdiccionales, y señaladamente el TS, han manejado (*vid. infra*, siguiente apartado), y, por consiguiente, se denegarán en lo sucesivo las inscripciones, o si, por el contrario, la práctica se mantendrá, a través de la aplicación de una noción diferente del orden público.

33 El sistema español de reconocimiento carecía de normas de competencia judicial indirecta en la normativa estatal. Sin embargo, el control de este requisito se consideraba obligado por una práctica jurisprudencial constante, que tras descartar que en la materia existiesen competencias exclusivas de los órganos jurisdiccionales españoles, buscaba criterios de proximidad de la situación con el Estado de origen, pero también obligaba a descartar que las partes hubiesen acudido a tribunales extranjeros de forma fraudulenta. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 16, 2008 (disponible en <http://www.reei.org> y en <http://eprints.ucm.es/27869/1/Tratamiento%20procesal%20del%20reconocimiento.pdf>).

34 Establece el art. 12.3 a) LJV que se denegará el reconocimiento si "el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas". La LCJIMC, por su parte, establece un control de la competencia en términos similares en su art. 46.1 c).

35 En el mismo sentido, P. Jiménez Blanco en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, *loc. cit.*, p. 28. Cabría, claro está, que en un supuesto particular se haya constituido la filiación en un país extranjero, porque los comitentes, aún siendo de nacionalidad española, residan en ese Estado. En este caso, esto es, si no se ha producido lo que antes se caracterizó como "turismo reproductivo", tampoco con arreglo a la práctica jurisprudencial previa (*vid. supra*, nota 33) habría motivos para oponerse al reconocimiento de la resolución extranjera con base en el control de la competencia judicial indirecta.

36 A lo sumo, cabría seguir aplicando ciertas condiciones específicas de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (control de consentimiento materno, irrevocabilidad), en tanto que *lex specialis*.

## 4. Razones de los órganos jurisdiccionales para denegar el reconocimiento

Como ya se adelantó, la pretensión de los comitentes en el *leading case*, que no era otra que ser reconocidos, *ambos*, como padres de los niños nacidos en California, no ha sido amparada hasta la fecha. Tras la impugnación por el Ministerio Fiscal de la inscripción practicada, todos los órganos jurisdiccionales ante los que se ha ventilado el asunto se han pronunciado en contra del reconocimiento de la resolución extranjera en los términos en los que ésta se dictó. En este trabajo, me limitaré a analizar las razones esgrimidas por el TS: primero, para denegar el recurso de casación interpuesto por los comitentes frente a la Sentencia de la AP de Valencia (Sección 10<sup>a</sup>) de 23 de noviembre de 2011 por medio de su Sentencia de 6 de febrero de 2013; y, en segundo lugar, para inadmitir también el incidente de nulidad de actuaciones presentado frente a esta última resolución, como consecuencia de las resoluciones dictadas por el TEDH en los asuntos *Menesson C. Francia y Labasse c. Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia*.

### 4.1. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2013

Los motivos que esgrimieron los comitentes ante el TS para recurrir la decisión de la AP de Valencia fueron tres: el primero, que no permitir la inscripción en el Registro civil español de la filiación por naturaleza de los niños nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio; el segundo, que denegar el reconocimiento de la filiación resulta contrario al interés del menor; y el tercero, que dicho reconocimiento no resulta contrario al orden público español. El TS, sin embargo, considera que sí existe contrariedad con el orden público español, y descarta las alegaciones de discriminación y vulneración del interés superior del menor.

La denuncia de discriminación por razón de sexo se basa fundamentalmente en el hecho de que dos mujeres sí pueden reconocidas en España como madres por naturaleza de las/os mismas/os niñas/os. Concretamente ocurre en el caso en el que la madre gestante esté casada con otra mujer, la cual antes del alumbramiento puede comparecer ante el Encargado del Registro civil para consentir a que se establezca la filiación de las/os hijas/os de su cónyuge también en relación con ella<sup>37</sup>. Al respecto, indica el Tribunal Supremo, no sin razón, que los supuestos son diferentes, si bien la motivación que aporta después resulta en exceso parca: se limita a indicar que dicha diferencia se produce “por razones evidentes”. No hubiera estado de más una explicación más prolija. En este caso, la maternidad de la esposa de la mujer que da a luz es social: tanto como la paternidad del marido de cualquier mujer que da a luz. A este respecto, es cierto que la atribución de la paternidad se basa, cuando no se ha empleado ninguna técnica de RHA para la concepción, en una presunción que no es extensible a la primera; pero también lo es que no sólo se considera padre al esposo de la mujer que alumbró (siempre y cuando aquél consienta) un/a niño/a engendrado/a a partir de una técnica de RHA por infertilidad del hombre (a través de la aportación de esperma por parte de un donante anónimo), sino que, además, no se permitirá impugnar esa paternidad ni a la madre ni a ninguno de los “padres”, esto es, ni al donante ni al marido<sup>38</sup>. En todo caso, la clave del Derecho español radica en que no sólo tiene que haber una madre, sino que ésta debe quedar determinada por el parto, pues lo que se entiende contrario a la Constitución española es que la madre pueda hacer desaparecer su identidad del parte de nacimiento o del registro<sup>39</sup>. No parece, pues, que haya discriminación en el hecho de que no sea obligado que siempre haya un padre, desde el momento en el que la diferencia de trato se justifica en un hecho tan natural como la posibilidad de gestar y parir.

37 Así lo recuerda la STS de 6 de febrero de 2013 en su FD Cuarto, cuando invoca el art. 7.3 LTRHA, que establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

38 Vid. art. 8.1 LTRHA.

39 Vid. STS de 21 de septiembre de 1999, *Westlaw Aranzadi RJ 1999/6944* y, sobre la doctrina jurisprudencial derivada de esta sentencia, F. Rivero Fernández *La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico (de la S.T.C. 116/1999, de 17 de junio, al affaire Odièvre)*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, pp. 105-134. Crítico con la normativa española, R. Durán Rivacova, *El anonimato del progenitor*, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004, pp. 2081-2120 (trabajo consultado en *Westlaw Aranzadi: BIJ 2004/332*). Vid. también, entre otros, M. Ballesteros de los Ríos, *Reclamación de filiación materna frustrada por no ser practicada la prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con antelación al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)*, en *Revista de Procedimiento Civil*, núm. 13, 1999, pp. 37-79; y A. Nieto Alonso, *Reproducción asistida y anonimato de los progenitores*, en *Actualidad Civil*, núm. 16, 2004, pp. 2309-2336 (*Westlaw Aranzadi*, 2004/1745).

Cuestión distinta es que en la práctica cabe la posibilidad de que se inscriba el nacimiento de las/os hijas/os nacidas/os por maternidad subrogada cuando al menos uno de comitentes es una mujer. Es posible, en efecto, que se presente una certificación registral extranjera como título para el asiento español, que se limite a acreditar que (al menos) esa mujer es la madre de los recién nacidos. La autoridad española, en este caso, es posible que no tenga conocimiento de la particular forma en que se generaron, gestaron y alumbraron los hijos. El nacimiento sería inscrito en el Registro Civil español, a partir de la certificación registral extranjera, porque no habría (y siempre que no concurrieran, por otra razón) dudas de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23.II LRC). La inscripción se practicaría en la errada idea de que esa mujer, la comitente y promotora de la inscripción, ha dado a luz en el extranjero. La ocultación de datos, por tanto, conduciría a que no se plantease ningún problema de reconocimiento, porque la autoridad española, para inscribir el hecho (el nacimiento), no tendría que verificar ningún vínculo de filiación ya conformado: se limitaría a realizar el asiento a partir de la consideración de que la concepción y el parto se han realizado por una española. Las/o niñas/os serían, de esta forma, españoles de origen en tanto que “hijos nacidos de española”, con independencia de cualquier otra circunstancia, como la nacionalidad del otro progenitor. Pero del hecho de que pueda haber supuestos en que no se planteen problemas de reconocimiento no cabe derivar que en el ámbito registral sea posible solucionar los problemas de la maternidad de sustitución al margen del método de reconocimiento. Lo que ocurre, en puridad, es que el desconocimiento de la situación por parte de la autoridad española le impide resolver el problema correctamente. Cuando se ha acudido a técnicas de RHA, la generación de las/os hijas/os y la atribución legal de la filiación no siempre guardan relación. Cuando los comitentes son dos hombres, resulta imposible que ambos hayan generado a los dos niños sin intervención alguna de una mujer; es, sin duda, a esta cuestión a la que el TS se refiere cuando apunta a que los supuestos son distintos.

El segundo motivo de casación, esto es, que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, se justifica por los recurrentes en tres motivos: el primero, que perjudica a su posición jurídica y les deja desprotegidos; el segundo, que lo mejor para los niños es que los comitentes sean reconocidos como progenitores por naturaleza, ya que la madre se limitó a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución; el tercero, que los menores tienen derecho a una identidad única.

Al respecto, indica el TS, sintéticamente<sup>40</sup>, que el principio del interés superior del menor no puede conducir a adoptar una suerte de “doctrina de aceptación de hechos consumados”<sup>41</sup>. Identificar el interés del menor con el reconocimiento de la filiación, llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a no poder denegar la inscripción de ninguna filiación (natural o adoptiva) constituida ante autoridad extranjera, por ninguno de los motivos que justificarían tal denegación. Alega el Tribunal que, al valorar el interés superior del menor también es necesario atender a otros bienes jurídicos que es preciso ponderar en la situación: sustancialmente a la dignidad e integridad de las madres gestantes (que pueden ser explotadas, al encontrarse en estado de necesidad) y a la dignidad de los menores, que con los contratos

40 Me limitaré, en este punto, a indicar las principales razones esgrimidas por el TS para rechazar el recurso en este punto.

41 Así, indica en el FD Quinto.5 que la aceptación de los argumentos de los recurrentes “debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido la fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en el él. La invocación discriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”. Resulta crítica con esta argumentación P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?...*, loc. cit., p. 30, donde afirma que “no son comparables ni las intenciones de política legislativa presentes en las regulaciones de lugares tan diversos como California o la India, ni los perfiles de las mujeres que puedan aceptar ser gestantes, ni las condiciones o garantías que rodeen todo el proceso en el Estado de origen”. Ciertamente, no le falta razón cuando apunta a que no cabe hablar de países exportadores (pobres) e importadores (ricos), pero por el hecho de que las condiciones de un país (e incluso las garantías que él se establecen) no son idénticas para todas las personas que lo habitan. Es un hecho que existen enormes bolsas de pobreza en el denominado Primer Mundo, que sin duda son las que proporcionan a la mayor parte de las mujeres dispuestas a ser madres gestantes en prácticas de maternidad subrogada. Tampoco me parece convincente esgrimir, a favor de la práctica, que “la tendencia en el Derecho comparado” sea admitirla y regularla. Más bien cae en la falacia del argumento *ad populum*. Lo que la generalización de la práctica podría denotar es que la mayor parte de los sistemas jurídicos se pliegan a la mercantilización de cualquier bien: incluso (en algunos casos) de los niños y el cuerpo de las mujeres. Ello no obsta a que coincida con la autora (*ibidem*) en que la motivación del TS no resulta aplicable sin matices a la situación en concreto. Y que el control que realiza es antes un control de orden público *in abstracto*, y no en el caso en concreto, como debiera. *Vid. infra*.

de gestación por sustitución pueden ser objeto de mercantilización y cosificación<sup>42</sup>. Y apunta, para negar el argumento de la desprotección de los niños en la situación en particular, que el ordenamiento jurídico español no carece de cauces para garantizar los derechos de los menores, tanto en lo que respecta al establecimiento de la filiación como en las relaciones entre el matrimonio y los niños. Así, indica, en lo que al vínculo de filiación respecta, que progenitor que haya aportado gametos (para la conformación del embrión) puede reclamar su paternidad en ejercicio de la acción a que hace referencia el artículo 10.3 de la LTRHA; y al otro cónyuge le está permitido adoptar a los menores. Además, en lo tocante a las relaciones respecta, añade el TS que dado que los niños tienen tales “relaciones familiares *de facto* con los recurrentes ( ) se debe permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos” a través de figuras jurídicas como el acogimiento familiar (F.D. Quinto.11 de la Sentencia).

Las razones por las que el TS entiende que la inscripción de la filiación conformada en California resulta contraria al orden público español, frente a lo que los recurrentes alegan, no resultan convincentes. Al respecto, es preciso aclarar que el TS no se pronuncia sobre la posible vulneración del orden público del reconocimiento de la sentencia californiana por la que se dispuso la filiación con carácter previo al parto, sino al modo en que interviene dicho orden público en el marco de la (oposición a) la práctica de la inscripción con arreglo a la certificación registral extranjera<sup>43</sup>. Afirma implícitamente el TS, con ello, que el orden público se proyecta de igual forma cualquiera que sea el ámbito en el que actúa.

Recuerda en este contexto el TS que son los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución los que integran el orden público español (*vid.* FD Tercero.5 y 6 de la Sentencia); pero no analiza en qué aspectos se ven estos derechos y principios vulnerados por el reconocimiento de la filiación. El TS se limita a afirmar que el orden público también se ve reflejado en la LTRHA, en la medida en que esta norma materializa la protección que de esos principios realiza esta norma, que “*regula aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspirada en los valores constitucionales de dignidad de la personas, respeto a su integridad y protección de la infancia*” (*vid.* FD Tercero.10 de la Sentencia)<sup>44</sup>. En el marco del análisis del orden público, el TS hace referencia a la posibilidad de atenuar sus efectos cuando la debilidad de los vínculos de la situación con el ordenamiento español lo aconseje, pero descarta la aplicación de este expediente en el asunto en concreto, habida cuenta de la intensidad de dichos vínculos, concretados en la nacionalidad española y la residencia de los comitentes en España en el momento en el que acudieron a la maternidad subrogada (FD Tercero.7 de la Sentencia).

Interesa, finalmente, advertir, que a la Sentencia la acompaña un Voto particular suscrito por varios magistrados que mantienen una posición contraria a la mayoría<sup>45</sup>.

#### 4.2. Auto del TS de 2 de febrero de 2015

Tampoco los comitentes lograron que el Tribunal Supremo español reconsiderara su negativa a la inscripción de los nacimientos de los menores a través del recurso de nulidad de actuaciones que presentaron frente a la Sentencia de 6 de febrero de 2014. El TS desestima el incidente por Auto de 2 de febrero de 2015, rechazando las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales por parte de la Sentencia previa y negando que las situaciones que originaron las sentencias del TEDH en los Asuntos *Menesson c. Francia y Labasse c. Francia* y *Paradiso y Campanelli c. Italia*<sup>46</sup>, y, en consecuencia, lo decidido por el TEDH en estas resoluciones se proyecte sobre la situación sobre la que resuelve el TS<sup>47</sup>.

En lo que respecta a la alegada infracción de derechos fundamentales<sup>48</sup>, el TS indica que la Sentencia de 6 de febrero de 2014 no produce ni vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación,

42 Como antes se indicaba, en este punto el TS no analiza de forma adecuada la proyección del orden público, dado que no lo hace sobre situación en particular, sino en relación con la práctica en general. *Vid.* P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?*, *loc. cit.* p. 30.

43 Ya que en el proceso los recurrentes nada habrían alegado sobre si debía reconocerse la sentencia o bastaba la certificación registral extranjera para que accediera el hecho en ella contenido al Registro civil: *vid.* FD Tercero.2 y 3 de la Sentencia.

44 Esta integración de lo dispuesto en la LTRHA en el orden público español es cuestionada (con acierto, a mi juicio), por S. Álvarez González en *Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, loc. cit.*, p. 275; y P. Jiménez Blanco, en *Libertad, igualdad, ¿maternidad?*, *loc. cit.*, p. 30.

45 Al respecto, S. Álvarez González, *Nota a STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero, loc. cit.*, pp. 276-277.

46 Sentencias citadas *supra*, notas 14 y 15.

47 *Vid.* las referencias indicadas en nota 16.

48 Me limito a analizar las que están estrechamente vinculadas con el reconocimiento de la filiación. No obstante, nótese que también se alegó vulneración de la tutela judicial efectiva. Esgrimían los promotores del incidente, a este respecto, en primer

ni vulneración del derecho a la intimidad familiar. Resumidamente, el Tribunal entiende que el sexo u orientación sexual de la pareja en nada incide en la negativa al reconocimiento de la filiación conformada a través de maternidad subrogada (FD Cuarto); y que de la resolución recurrida, más bien, lo que deriva es un reconocimiento de la necesidad de dar protección jurídica a la situación conformada, de forma que se permita la integración de los menores en la familia (FD Quinto). No existiría, por tanto, tal vulneración del derecho a la intimidad familiar.

Este último derecho interesa en relación con la valoración de la adecuación de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 a la jurisprudencia del TEDH relativa a casos de maternidad subrogada, dado que también el TEDH negó que hubiese vulneración del derecho a la intimidad familiar en los Asuntos *Menesson y Labasse*. En ambos casos, las niñas nacidas a través de la práctica en California y Minnesota respectivamente, fueron trasladadas a Francia, donde residían con sus progenitoras y progenitores, de nacionalidad francesa. No se consideró, habida cuenta de la realidad de esa situación, que existiera impedimento a tal vida familiar. Lo que el TEDH consideró es que el Derecho francés resultaba contrario al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8 del CEDH, dado que no permitía de ninguna manera el establecimiento de vínculos de filiación entre las/os comitentes y las niñas. No cabía, conforme a lo establecido por el Tribunal de Casación francés, ni establecimiento de la filiación por partes de las/os comitentes genéticamente vinculada/os a las niñas<sup>49</sup>, ni constitución de una adopción, ni atención a la posesión de estado. Nada. La aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit* que el Tribunal francés realiza condena, ciertamente, a las menores a un limbo jurídico, y las priva de la determinación de la filiación siquiera con relación (al menos) al comitente o la comitente que aportó material genético, con todo lo que ello comporta (privación de nacionalidad francesa, derecho a la sucesión, etc.)

Así las cosas, el TS descarta reconsiderar su posición en el asunto en concreto, porque considera que el Derecho español se diferencia sustancialmente de la solución dada por la *Cour de Cassation*, que es la que el TEDH considera contraria al artículo 8 del CEDH. En Francia, los matrimonios *Menesson y Labasse* habían solicitado todas esas formas de determinación de la filiación (determinación respecto de las/os biológicas/os, posesión de estado, adopción) que se prevén en el ordenamiento español — al menos la determinación con respecto al progenitor biológico y la adopción por parte del otro-, y que los comitentes valencianos rechazan<sup>50</sup>.

## 5. Conclusiones

Por sorprendente que pueda parecer, el hecho de que el TS español declarase (con relativo acierto) que el reconocimiento de la maternidad subrogada conformada en el extranjero resulta contrario al orden público español, no ha impedido que las autoridades registrales siguieran practicando inscripciones de nacimientos de las niñas y niños nacidas/os a través de esta práctica, cuando concurrían determinadas condiciones.

Esta situación resultaba anómala e indeseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Las inscripciones registrales permitían, en condiciones normales, que las/os comitentes fueran considera-

---

lugar, que se había producido una errónea valoración de la prueba, en la medida en que la Sentencia, a su juicio, aceptaba como probados hechos, como por ejemplo, que se hubiera acudido a maternidad subrogada, sobre los que no se había practicado ninguna prueba. El TS responde, a este respecto, que no obran de buena fe al invocar este motivo, pues nunca cuestionaron estos hechos, y la disponibilidad de la prueba estaba enteramente en sus manos. A este respecto, descarta que puedan aprobar en este estadio del procedimiento las pruebas que, a decir de los promotores del incidente, probarían que sí existían vínculos sustantivos con California en el momento en que nacieron los menores. En segundo lugar, según los promotores la Sentencia sería incongruente, en la medida en que entró a decidir sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la maternidad subrogada, cuando lo que se ventilaba era una cuestión meramente registral. Al respecto, responde el TS que la cuestión registral debía resolverse analizando la legalidad del hecho que contenía la certificación, *ex art. 23 LRC*.

49 Obsérvese que en el asunto *Menesson*, Sylvie y Dominique Menesson acudieron a la maternidad subrogada en California al descubrir que la mujer no tenía útero, pero sí óvulos sanos. La gestante californiana fue implantada con embriones formados a partir de óvulos de la mujer, fecundados por su marido. Las niñas, por consiguiente, son biológicamente hijas de ambos.

50 El TS advierte que “( ) los promotores del incidente deben ser conscientes de que la filiación de los menores podía haber sido ya fijada definitivamente, o estar muy avanzado el proceso para fijarla, si se hubiera dado cumplimiento a lo acordado en nuestra sentencia. De acuerdo con lo expuesto por el Ministerio Fiscal en el último escrito presentado en el incidente, los promotores del incidentes no solo no han ejercitado las acciones de reclamación de la filiación biológica paterna, sino que ni siquiera están prestando su colaboración al Ministerio Fiscal para que la filiación sea fijada del modo previsto en nuestro Derecho, y acordada en la sentencia”: FD Sexto.12 *in fine*.

das/os madres y padres de las/os menores a todos los efectos. Pero estas inscripciones, las relaciones de filiación que de hecho aún acreditan, pueden ser impugnadas judicialmente en cualquier momento, con el resultado conocido.

Desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV), cuando las solicitudes se acompañen de resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria en el extranjero, las condiciones que en su momento dispuso la Instrucción de la DGRN deben entenderse desplazadas por las que establece el artículo 12 LJV. Y este desplazamiento debería comportar un cambio en la práctica registral, ya que ahora resulta ineludible (las normas aplicables no lo omiten) controlar el orden público. Si las autoridades registrales asumen la doctrina del TS en relación con la proyección del orden público en esta materia, deberían denegar las inscripciones. Pero quizás veamos que en lo sucesivo los encargados del Registro manejan un concepto de orden público que les permite mantenerse en su práctica a favor de la inscripción. Lo que no cabe esperar es que cambie en lo que respecta a la negativa de reconocimiento de las certificaciones registral extranjeras que no se acompañen de resolución, esto es, aquellas que acreditan filiaciones inscritas en el extranjero y conformadas *ex lege*.

*Ilaria Anrò\**

## **Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?**

### **Summary**

1. Introduction. – 2. The European Court of Human Rights approach. – 3. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe debate. – 4. The European Court of Justice approach. – 5. The European Parliament debate – 6. The compatibility of surrogacy with the European Convention on Human Rights and with the EU Charter of fundamental Rights and the difficult balance of the different rights and interests at stake.

### **Abstract**

La maternità surrogata impone un delicato bilanciamento tra i diversi diritti coinvolti: i diritti dei bambini nati da maternità surrogata, i diritti delle madri surrogate, i diritti dei bambini in attesa di adozione e i diritti degli aspiranti genitori. Gli Stati europei hanno adottato approcci diversi: in alcuni Paesi la maternità surrogata è legale, in altri è vietata o semplicemente ignorata. Le Corti europee non si sono pronunciate sulla compatibilità di maternità surrogata con, rispettivamente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Anche se questa circostanza è facilmente spiegabile considerando l'ambito della loro competenza, limitata dalle richieste delle parti e dagli argomenti presentati, è comunque evidente che tale questione risulta fondamentale per affrontare un tema così delicato e che una risposta delle Corti europee sul punto avrebbe un grande impatto sugli ordinamenti degli Stati europei. Il presente lavoro non riguarda le questioni di diritto internazionale privato, già indagate dai migliori studiosi, sebbene, in mancanza di un quadro giuridico chiaro e coerente, il dibattito sia tuttora aperto. Esso si concentra, invece, innanzitutto, sul diverso approccio delle Corti europee e sull'attuale dibattito in seno all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e al Parlamento europeo. Successivamente, viene analizzata la questione della compatibilità di tale pratica con i cataloghi dei diritti fondamentali europei e del difficile equilibrio dei diversi diritti e interessi in gioco.

*Surrogacy, imposes a delicate balancing of the different rights involved: the rights of children born from surrogacy, the rights of surrogate mothers, the rights of children waiting for adoption and the rights of intended parents. European countries have taken different approaches: in some countries surrogacy is legal, in others it is prohibited or simply ignored. The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights both have adjudicated cases on surrogacy. The European courts never ruled on the compatibility of surrogacy with, respectively, the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. While this circumstance is easily explained considering the scope of their jurisdiction, limited by the requests of the*

\* Ricercatrice in diritto dell'Unione europea, presso Università di Milano. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

This is a shorter and modified version of the previous Geneva Jean Monnet Working Papers: I. Anrò, *Surrogacy from the Luxembourg and Strasbourg perspectives: divergence, convergence and the chance for a future dialogue*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 465 ss; Geneva Jean Monnet Working Paper N°09/2016, available at <http://www.ceje.ch/fr/recherche/jean-monnet-working-papers/working-papers-2016/surrogacy-luxembourg-and-strasbourg-perspectives-divergence-convergence-and-chance-future-dialogue/>.

parties and by the arguments submitted, it is anyway evident that such a question is crucial in the dealing of such a delicate issue and that an answer by the European Courts would have a great impact on all the Member States' legal order. The present paper does not cover private international law issues, which have already been investigated by the best scholars, even if, in the lack of a clear and consistent legal framework, the debate is still open. Instead, it focuses, at first, on the different approaches developed by the European Courts in their case law and on the debate in the Parliament Assembly of the Council of Europe and in the European Parliament. It then questions about the compatibility of such practice with the European catalogues of fundamental rights and on the difficult balance of the different rights and interests at stake.

## 1. Introduction

The Council of Europe and the European Union are currently called to face the delicate issue of surrogacy, in a context where every State approaches the issue differently. In fact, in some States surrogacy is prohibited; in others it is legal or partially restricted (especially with the aim to prevent commercial exploitation or illicit practices in fertility clinics), in others it is simply ignored<sup>1</sup>. As Advocate General Wahl recently said, « surrogacy, an increasingly common form of medically assisted reproduction, constitutes a sensitive political and social issue in a number of Member States »<sup>2</sup>.

As it is well known, surrogacy may take different forms. It is possible to distinguish “traditional surrogacy”, where surrogates (women who help commissioning persons to become parents by carrying a child for them) become pregnant using the commissioning father’s gametes and their own ova, from “gestational surrogacy”, which involves in vitro fertilization treatment (IVF) whereby either the commissioning<sup>3</sup> mother or a donor provides the ova employed in the fertilization process<sup>4</sup>. In the latter case, the surrogate mother is not genetically related to the child she carries. It is also possible that the child born from surrogacy has no genetic link with the commissioning father, in cases where both the gametes come from donors. In addition to that, it is to be remembered the difference between for profit and altruistic surrogacy arrangements: for-profit surrogacy arrangements occur «where the intending parent(s) pay the surrogate financial remuneration which goes beyond her “reasonable expenses”. This may be termed “compensation” for “pain and suffering” or may be simply the fee which the surrogate mother charges for carrying the child»; altruistic surrogacy, instead, «where the intending parent(s) pay the surrogate nothing or, more usually, only for her “reasonable expenses” associated with the surrogacy. No financial remuneration beyond this is paid to the surrogate».<sup>5</sup>

The issue of surrogacy involves extremely difficult questions of private international law: in fact, it raises problems concerning, among others things: (i) birth registration and the establishment of legal parentage; (ii) the possible recognition of legal parentage already established abroad; and, (iii) the application of rules concerning the contestation of legal parentage<sup>6</sup>. It also poses delicate questions of civil law, such as the qualification of the surrogacy arrangement, in particular whether it should be considered a proper and enforceable agreement, even if it provides for commercial treatment of some delicate aspects of human life.

Applications about surrogacy reached the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (ECJ). In 2014, two judgments came down from Luxembourg,

- 
- 1 European Parliament, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI\\_ET%282013%29474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET%282013%29474403_EN.pdf). The data from Croatia are missing as this State joined the European Union on 1° July 2013.
  - 2 Opinion of Advocate General Wahl, delivered on 26 September 2013, ECJ, case 363/12, Z. [2014], ECLI:EU:C:2014:159.
  - 3 The European Parliament (EP) suggests to use the word “intended parents” instead of “commissioning parent” because the term “commissioning” implies a commercial connotation which does not always characterizes surrogacy (see, EP, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member State”, cit., p. 12). However, due to the fact that the remunerated surrogacy appears to be the vast majority of the cases, in the present paper it will be preferred the term “commissioning”, even if also “intended” will be used.
  - 4 See EP, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, cit., p. 12 and Opinion of Advocate General Wahl, cit., par. 31.
  - 5 See Glossary, Annex A of Preliminary Document No. 3B of April 2014 on “The desirability and feasibility of further work on the parentage / surrogacy project”: [www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b_en.pdf).
  - 6 See Permanent Bureau of HCCH, *Study of legal parentage and the issue arising from international surrogacy arrangements*, March 2014, cit.

both rendered by the Great Chamber on 18 March, C.D.<sup>7</sup> and Z.<sup>8</sup>. The cases involved applicants, intended mothers, who had claimed for paid surrogacy leave to be granted by their employers and the questions raised by the national judges concerned the interpretation and validity of Directive 92/85 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding<sup>9</sup>, Directive 2006/54 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation<sup>10</sup>, and Directive 2000/78, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation<sup>11</sup>, in order to establish if the existing legal framework currently recognizes such a right for the commissioning mothers.

A few months later, three judgements and a decision on surrogacy were delivered by the Strasbourg's court: *Mennesson v. France*<sup>12</sup>, *Labasse v. France*<sup>13</sup>, *Paradiso and Campanelli v. Italy*<sup>14</sup> and *D. v. Belgium*<sup>15</sup>. Recently, on 21 July 2016, the ECtHR delivered another judgement in the joint cases *Foulon v. France and Bouvet v. France* while a similar case, *Laborie and Others v. France*<sup>16</sup>, is still pending. Moreover, the *Paradiso and Campanelli* case has been referred to the Grand Chamber, as the five-judge panel accepted the Italian Government's request on 1<sup>o</sup> June 2015<sup>17</sup>. Therefore, further evolutions in the Strasbourg case law may be expected.

It is to be underlined that both the European courts never ruled on the compatibility of surrogacy with, respectively, the European Convention of Human Rights (ECHR)<sup>18</sup> and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)<sup>19</sup>. While this circumstance is easily explained considering the scope of their jurisdiction, limited by the requests of the parties and by the arguments submitted, it is anyway evident that such a question is crucial in the dealing of such a delicate issue and that an answer by the European Courts would have a great impact on all the Member States' legal order.

The present paper does not cover private international law issues, which have already been investigated by the best scholars, even if, in the lack of a clear and consistent legal framework, the debate is

7 ECJ, case C-167/12, C.D., ECLI:EU:C:2014:169.

8 ECJ, case C-363/12, Z., ECLI:EU:C:2014:159.

9 Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), OJ L 348, 28 November 1992, p. 1.

10 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, OJ L 204, 26 July 2006, p. 23.

11 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2 December 2000, p. 16.

12 ECtHR, *Mennesson v. France*, 26 June 2014.

13 ECtHR, *Labasse v. France*, 26 June 2014. For a commentary see C. Achmad, *Children's Rights to the Fore in the European Court of Human Rights' First International Commercial Surrogacy Judgements*, in *EHRLR*, 2014, p. 638; P. Beaumont, K. Trimmings, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, available at <http://conflictoflaws.net/2015/beamont-and-trimmings-on-human-rights-and-cross-border-surrogacy/>; G. Puppink, C. De la Hougue, *ECHR: Towards the liberalization of surrogacy*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2014, p. 78; T. Trincherà, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, available at : <http://www.penalecontemporaneo.it>.

14 ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, 27 January 2015. For a commentary see M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015, p. 243; A. Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, available at <http://www.sidiblog.org>; P. Beaumont, K. Trimmings, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, cit.

15 ECtHR, *D. e a. v. Belgium*, 8 July 2014.

16 Application no. 44024/13.

17 The hearing has been held on 9<sup>th</sup> December 2015. The webcast of the hearing is available on the site of the ECtHR at: [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2535812\\_09122015&language=lang](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2535812_09122015&language=lang).

18 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, known as the European Convention on Human Rights, was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force in 1953.

19 The EU Charter of fundamental rights, in OJ C 364, 18 December 2000, p. 1 ss. On 12 December 2007, the EU Charter was proclaimed again by the presidents of the EU Commission, the EP and the Council at Strasbourg and adapted for the signature of the Lisbon Treaty. The new text has been published in OJ C 303, 14 December 2007, p. 1.

still open<sup>20</sup>. Instead, it focuses, at first, on the different approaches developed by the European Courts in their case law and on the debate in the Parliament Assembly of the Council of Europe and in the European Parliament. It then questions about the compatibility of such practice with the European catalogues of fundamental rights and on the difficult balance of the different rights and interests at stake.

## 2. The European Court of Human Rights approach

The first time that the question of surrogacy was brought to Strasbourg was in 1991, but there the question was limited to certain aspects, and the decision was rendered by the Human Rights Commission<sup>21</sup>. The case was started by one of the founders of “Les Cigogne”, an association of women willing to act as surrogate mothers. The association’s enrollment in the Strasbourg’s *Tribunal d’instance* registry of associations was rejected on the basis of Art. 353-1 of the French Criminal Code, which criminalized the instigation of the abandonment of minors. The Human Rights Commission then evaluated if the refusal could be considered a limitation of the freedom of association protected by ECHR Art. 11. In its decision, the Commission stated that, even if such a limitation was deemed to interfere with the exercise of that freedom, it was justified according to art. 11, par. 2, of the ECHR as necessary in a democratic society due to the wide margin of appreciation of the State.

In the 2014 and 2015 case law, instead, the Strasbourg Court offered the first interpretation of ECHR Art. 8<sup>22</sup> in surrogacy cases, drawing some guidelines which may help national judges (and even legislators), even if they present the limits of the search for a compromise between the clashing rights and interests involved, as we will see below.

In all the three judgments rendered between 2014 and 2015 by the Strasbourg Court, parents’ expectations and rights seem to have been partially recognized and partially frustrated, as described in the following.

The *Menneson* and *Labassee* cases deal with France’s refusal to grant legal recognition to parent-child relationships lawfully established in the United States, as a result of commercial surrogacy agreements. The applications were lodged with the ECtHR claiming violations of their rights to respect of family and private life under ECHR Art. 8. The Strasbourg Court did not formally join the two cases, but

20 See on this topic: R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss; M. Meilhac-Perri, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France*, in *Yearbook of Private International Law*, 2015, p. 275; K. Rokas, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations*, p. 289, *ibidem*; M. Wells-Greco e H. Dawson, *Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights*, *ibidem*, p. 315; M. Di Stefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS*, 2015, p. 160; D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Journal du droit international*, 2015, p. 429; I. Pretelli, *Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 559; G. Vallar, T. Trincherà, *La surrogazione di maternità all'estero: trascrizione dell'atto di nascita e profili di responsabilità penale* in C. Casonato, A. Schuster (edited by), *Rights On The Move - Rainbow Families in Europe. Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014*, Università degli studi di Trento, 2014, p. 241, available at <http://eprints.biblio.unitn.it>; S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interessi del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81; P. Beaumont, K. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Portland, 2013; K. Boele-Woelki, *(Cross-Border) surrogate motherhood: we need to take action now!*, in *The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans Van Loon*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2013, pp. 47-58; C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589- 604.

21 HR Commission, dec. 5 June 1991, *Lavisse v. France*, in *Décision et Rapports*, 70, p. 218.

22 Art. 8 ECHR: «Right to respect for private and family life . 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others». For a commentary see C. Pitea and L. Tomasi, *Art. 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 297.

it developed the same legal reasoning and decided them simultaneously, as the facts are very similar<sup>23</sup>. Both couples then took the case to the Strasbourg Court, acting also in the name of their children,

In the same period, it was also lodged the application by Mrs. Paradiso and Mr. Campanelli, a married couple that entered into a commercial surrogacy agreement with a clinic in Moscow. On 27 February 2011, the appointed surrogate mother (who received a compensation of € 50,000.00) gave birth in Russia to a child with no genetic links with the commissioning parents. Russian authorities issued a birth certificate that indicated Mrs. Paradiso and Mr. Campanelli as parents of the child, without mentioning the surrogacy. Like in the *Mennesson* and *Labassee* cases, the couple then had troubles in the recognition in Italy of such birth certificate. In addition to that, they finally suffered the removal of the child, who was given at first to a children's home and then to a foster family<sup>24</sup>. On 3 April 2013, the Court of Appeal of Campobasso, which had gained jurisdiction of the case in the interim, decided that the Russian birth certificate was false and could not be registered in Italy, because of the lack of a genetic link between the parents and the child. In the meantime, the minors' court declared that the intended parents could not adopt the child since they were neither parents nor relatives of the child. Mrs. Paradiso and Mr. Campanelli then lodged an application before the Strasbourg Court, complaining that the Italian authorities had violated their right to respect for private and family life under ECHR Art. 8 and their right to a fair trial under ECHR Art. 6, also in coordination with ECHR Art. 14, by the refusal to recognize the legal parent-child relationship established through the Russian birth documents and the removal of the child through an unfair procedure. The Court then dismissed the complaint regarding the refusal by Italian authorities to register the child's birth certificate on admissibility grounds, because the applicants had not exhausted available domestic remedies since they had not appealed to the Italian Corte di Cassazione, and examined the application only in the light of ECHR Art. 8, for the prong concerning family life. The parents also acted on behalf of the child, but the Court rejected this part of the application, because they did not have standing to represent the minor's interests in the context of judicial proceeding, for the lack of biological or adoptive ties to the child.<sup>25</sup>

First of all, it has to be highlighted that, in all the three judgments (*Mennesson*, *Labassee* and *Paradiso and Campanelli*), before deciding on the merits, the Court clarified, in its ruling on admissibility, that in such cases ECHR Art. 8, which presupposes the existence of a family, was applicable. The Court, in fact, relying on its previous case law<sup>26</sup>, recognized the existence of «*liens familiaux de facto*» because the commissioning parents had taken care of the children since their birth and they lived together as a commonly understood family. It is worthwhile to underline that in *Paradiso and Campanelli* the Court recognized that this familiar link had been established even if parent and child lived together for only

23 In 2000, the *Mennessons*, a French married couple, went to California to obtain two daughters through a commercial surrogacy arrangement. In 2001 the *Labassees*, another married couple, obtained a daughter in Minnesota in the same way. In both cases, the children were conceived using the intended fathers' sperm and an anonymous donor's eggs. In both the American States, the authorities had issued birth certificates stating that the newborns were the children of the *Mennesson* and *Labassee* couples. However, French authorities refused to enter the birth certificates in the national register. The couples therefore appealed against the refusals and the case was decided in the final instance by the French Court of Cassation, which deemed that such entries in the register were contrary to the principle of inalienability of civil status, one of the fundamental principles of French law, and that granting recognition to such birth certificates would give effect to surrogacy agreements that were null and void under the national Civil Code, on the basis of public order.

24 Specifically, Mrs. Paradiso, who had gone to Russia to take the child, obtained from the Italian Consulate the necessary travel documents and went back to Italy on 30 April 2011, where she requested the transcription of the Russian birth certificate in the Italian registry. The request was, however, rejected, on the grounds that the birth documents issued in Russia contained false information, since they did not disclose that the child was born through surrogacy. Mrs. Paradiso and Mr. Campanelli were then charged with misrepresentation of civil status and of having violated adoption legislation because they were not authorized by the Italian authorities to adopt such a young child: in fact, in 2006 they had been deemed suitable for adopting older children, not newborns. A DNA test then revealed that Mr. Campanelli was not the genetic father of the child, as he had previously reported. The child was consequently removed from the commissioning parents, because there was no genetic link with them, and they had acted contrary to the law. He was then given up for adoption, because his biological parents were unknown, and his surrogate mother had expressly renounced to her link to the baby. He was at first placed in a children's home and then, two years later, on 26 January 2013, entrusted to foster parents, without recognition of a formal identity. He received a new identity only in 2013, upon the request of his guardian.

25 See ECtHR, *Paradiso and Campanelli*, cit., par. 50.

26 ECtHR, *X, Y, Z v. United Kingdom*, 22 April 1997 and *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, 28 June 2007. In the *Paradiso and Campanelli* case, was also crucial the consideration of the judgement *Moretti and Benedetti v. Italy*, 27 April 2010.

few months (six months in Italy, since the third month of life of the child, and some weeks in Russia)<sup>27</sup>. Therefore, ECHR Art. 8, as far as the «family life» prong was concerned, was deemed safely applicable<sup>28</sup>.

In *Mennesson, Labassee* and *Paradiso and Campanelli*, the Court then moved forward to consider whether the prong of ECHR Art. 8 concerning «private life» could also be applicable. In the opinion of the Court, this latter is relevant for certain aspects of identity, not only in a physical sense, but also in a social one, among which must be included the legal parent-child relationship, and thus ECHR Art. 8 was deemed applicable also with regard to the private life prong<sup>29</sup>. In particular, in the *Paradiso and Campanelli* case, the Court, «as a subsidiary consideration», observed that in the context of the proceedings brought to obtain recognition of the parent-child relationship, the second applicant underwent a DNA test, so that, concerning Mr. Campanelli, also the private life prong was applicable, because «there seems, furthermore, to be no reason of principle why the notion of “private life” should be taken to exclude the determination of a legal biological relationship between a child born out of wedlock and his natural father»<sup>30</sup>.

Focusing on *Mennesson* and *Labassee*, it is be underlined at first that the Court determined (as the French Government admitted also) that the refusal to grant legal recognition in France of the parent-child relationships lawfully established abroad was an interference in the applicants' family and private life, under ECHR Art. 8<sup>31</sup>. The question was then to examine whether such interference could be deemed justified under Art. 8, paragraph 2 of the ECHR as (i) being «in accordance with the law», (ii) pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and (iii) being «necessary in a democratic society» in order to achieve the aim (or aims) concerned. In both cases, the Court recognized that such interference was established by the law<sup>32</sup>. Concerning point (ii), the Court refused to accept that «prevention of crimes» was the aim of the interference, because the applicants had acted in US territory, where surrogacy was legal, and, therefore, their acts did not constitute punishable offences in France. However, the Court recognized that French authorities had acted in order to deter their nationals from having recourse to methods of assisted reproduction outside the national territory that are prohibited in France, with the aim to protect children and surrogate mothers. Therefore, the Court recognized that the French Government had acted according to legitimate aims listed in the second paragraph of ECHR Art. 8: the «protection of health» and «the protection of the rights and freedoms of others»<sup>33</sup>. Concerning point (iii), the Court determined that the State had acted within its margin of appreciation, due to the fact that there was no consensus among the Council of Europe States on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children conceived abroad, because such issues raise sensitive ethical questions<sup>34</sup>. Therefore, in a passage that may appear quite unclear, the Court stated, on the one hand, that, «States must in principle be afforded a wide margin of appreciation, regarding the decision not only whether or not to authorize this method of assisted reproduction but also whether or not to recognize a legal parent-child relationship between children legally conceived as the result of a surrogacy arrangement abroad and the intended parents»<sup>35</sup>. On the other hand, however, the Court underlined that regard should also be had for the fact that an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned so that the State's margin of appreciation needs to be reduced<sup>36</sup>. The Court went on to declare that it falls to the Court to examine carefully whether the national authorities have struck a fair balance

27 ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, par. 68-69.

28 ECtHR, *Labassee v. France*, par. 37 and *Mennesson v. France*, par. 45. The same conclusion was reached by the Court in ECtHR, *D. v. Belgium*, cit., par. 50.

29 ECtHR, *Labassee v. France*, par. 38 and *Mennesson v. France*, par. 46.

30 See ECtHR, *Paradiso and Campanelli*, cit., par. 70.

31 ECtHR, *Labassee v. France*, par. 50 and *Mennesson v. France*, par. 48.

32 While in the *Labassee* case the applicants did not contest this point, in the *Mennesson* one they alleged that there was an insufficient legal basis for the interference in question: the Court, however, underlined that, even if no provision of domestic law explicitly prohibited recognition of a legal parent-child relationship between the intended parents and the children, Articles 16-7 and 16-9 of the French Civil Code expressly stated that surrogacy arrangements were null and void on the grounds of public policy.

33 ECtHR, *Labassee v. France*, cit., par. 54 and *Mennesson v. France*, cit., par. 62.

34 ECtHR, *Labassee v. France*, cit., par. 57-58 and *Mennesson v. France*, cit., par. 78-79.

35 ECtHR, *Labassee v. France*, cit., par. 58 and *Mennesson v. France*, cit., par. 79.

36 ECtHR, *Labassee v. France*, cit., par. 59 and *Mennesson v. France*, cit., par. 80.

between the competing interests of the State and the rights of the individuals directly involved, within the limits of the State's margin of appreciation. In tackling this task, the Court has to have regard for the essential principle according to which, whenever the situation of a child is at issue, the best interests of that child are paramount<sup>37</sup>. The Court then determined that the approach of the French authorities revealed «an objection on grounds of international public policy, which is specific to private international law» but declared that it was not its duty to assess this position, focusing on the question of whether domestic courts took into account the applicants' interest in fully enjoying their rights to respect for their private and family life acting in the paramount best interests of the child.

At this point, the Strasbourg Court's analysis distinguished the position of the parents from that of the child.

Concerning the intended parents, the Court concluded that French authorities had struck a fair balance between their interests and the State's: in fact, the Court noted that they were able to settle with the children in France, living their family life peacefully, without any serious practical obstacles. Therefore, the Court concluded that there was no violation of Art. 8 concerning the applicants' right to respect for their family life<sup>38</sup>. The reasoning about children's right to private life, instead, led to a different conclusion from the one reached concerning the commissioning parents. In fact, the Court stated that protection of private life implies «that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings, which includes the legal parent-child relationship [...]; an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned»<sup>39</sup>: therefore, the lack of recognition in France of the parent-child relationship created a situation of "legal uncertainty" that "undermines the children's identity within French society». The Court then underlined that the situation of legal uncertainty concerning the parent-child relationship of the children born from surrogacy particularly impacted the recognition of their nationality and inheritance rights, and then crucial aspects of their identity. Therefore, the Court concluded that, even if it is conceivable that the French Government may wish to deter its nationals from going abroad to take advantage of methods of assisted reproduction that are prohibited in its own territory, in the case of the children the State had failed to strike a fair balance within its margin of appreciation, because it disregarded the child's best interests, which should have guided any decision<sup>40</sup>.

This conclusion of the Court was emphasized by the fact that, in both cases, the French Government disregarded the biological link between the children and the father: as a consequence the Court held, unanimously, that the «State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation»<sup>41</sup> in assigning importance to the child's interests when weighing the competing interests at stake, and thus the children's right to respect for their private life had been infringed.

Turning to *Paradiso and Campanelli*, even if the Court rejected the complaint concerning the impossibility of having the particulars of the child's birth certificate entered in the civil status register, for the lack of exhaustion of domestic remedies<sup>42</sup>, it found that the national courts did not act unreasonably in applying the national law strictly to determine paternity and in ignoring the legal status established abroad<sup>43</sup>. Then it focused on the measures taken in respect of the child (the removal and the placement under guardianship), to examine if they were to be deemed proportionate and, therefore, if the child's interests were taken into account sufficiently by the Italian authorities. In fact, in the *Paradiso and Campanelli* case, even if the Court did not separate the position of the child from that of the parents (and

37 ECtHR, *Labassee v. France*, cit., par. 60 and *Mennesson v. France*, cit., par. 81.

38 It is to be cleared that the application of the *Mennessons* and *Labasees* was lodged also in the name of their children: as a consequence, also the application concerning the right of the children to the respect of their family life was implicitly dismissed.

39 ECtHR, *Mennesson v. France*, cit., par. 96 and *Labassee v. France*, cit., par. 75.

40 ECtHR, *Mennesson v. France*, cit., par. 99 and *Labassee v. France*, cit., par. 78.

41 ECtHR, *Mennesson v. France*, cit., par. 100 and *Labassee v. France*, cit., par. 79.

42 ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit., par. 62.

43 ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit., par. 77. The Permanent Bureau of HCCH regrets that, in this way, the ECtHR did not directly determine the issue if it is a violation of Art. 8 ECHR to deny the child's ability to have his/her legal parentage, established abroad, recognized or established with a non-genetically related intending parent. However, it underlines an important *obiter* comment of the Court, that stated that, in relation to the Italian authorities' approach to the child legal status, in applying national law strictly to determine legal parentage and ignoring the legal status created abroad, they had not, in the circumstances of the case, acted "unreasonably". See Permanent Bureau of HCCH, *The Parentage/Surrogacy project: an updating note*, cit.

rejected the application brought by the parents in the name of the child for lack of representation)<sup>44</sup>, the child's best interests principle played a fundamental role in assessing the violation of the parent's right to the respect of their family and private life.

The Court found that the removal of the child was an interference with the family and private life of the applicants, unnecessary in a democratic society, even if authorities had acted in accordance with law and with the legitimate aim of «preventing disorder». In the reasoning of the Court, in fact, the removal of the child from the intended parents was to be deemed an extreme measure, which could be justified only in the event of immediate danger to the child. In the end, the Court held that the Italian authorities had failed to strike the correct balance between the interests and rights involved, disregarding the child's best interests principle, and violating ECHR Art. 8<sup>45</sup>.

At first, the ECtHR considered that the fact that the child would have developed «closer emotional ties with his intended parents had he stayed with them for longer» was not sufficient to justify his removal<sup>46</sup>. The Court then criticized the approach of the Italian Courts, which had deemed the applicants unsuitable for adoption because they were suspected of having violated the law on adoption while the criminal proceeding was still pending. Moreover, the Court underlined a contradiction in the reasoning of Italian authorities because, while the applicants were judged able to adopt in 2006, during the trial they were deemed unable to take care of the child because they tried to breach the law on adoption, without a specific evaluation. Quite surprisingly, however, the Court seems to forget that in 2006 the Italian authority found the couple suitable for adoption but only for older children, in consideration of the applicant's age<sup>47</sup>.

The Court also underlined that the child, after removal, did not receive a new identity until April 2013 and stated that a child should not be disadvantaged because of the fact of being born from surrogacy and that this infringed Art. 7 of the UN CRC.

Therefore, the Court held that the Italian authorities had failed to strike the correct balance between the interests and rights involved, disregarding the child's best interest principle, and violating ECHR Art. 8.

Moreover, it is to be highlighted that the strict application of this principle led the Court to state that its judgement should not be understood as binding Italy to return the child to the applicants, considering that, in the meantime, the child had built a new familiar link with the family where he was placed since 2013.

Also in the subsequent *D. and others v. Belgium* decision<sup>48</sup>, the Court found that the State acted within its margin of appreciation, remembering that where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin has to be wider<sup>49</sup>. The Court found that the separation of the child from the applicants was an interference, but in accordance with the law, proportionate and necessary in a democratic society. Moreover, it underlined that Belgian authorities acted with the legitimate aim to prevent humans trafficking as well as to protect the rights of the surrogate mother and of the child<sup>50</sup>.

44 See ECtHR, *Paradiso and Campanelli*, cit., par. 50.

45 For further analysis on the legal reasoning of the ECtHR on this point see par. IV, A.

46 ECtHR, *Paradiso and Campanelli*, cit., par. 82.

47 ECtHR, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, cit., par. 12.

48 This decision comes from the application of a Belgian married couple who had a baby, A., through traditional surrogacy in Ukraine, born on 26 February 2013. The Belgian consular authorities refused to grant them the necessary travel document to leave Ukraine, because the baby birth's certificate did not mention surrogacy and the parents were not able to present the necessary documents to confirm their relationship with the child. The applicants appealed against such refusal but on 25 April 2013 but they were obliged to return to Belgium without the child, because of the expiry of their residence permit in Ukraine. On 31 July 2013 the Brussels Court of Appeal, in second instance, upheld the applicants' appeal, considering that they had sufficiently established that the D. was A.'s biological father and that the public-order concerns previously expressed had been lifted. The Court then ordered the Belgian State to issue the father with an appropriate document bearing A.'s name, in order to enable him to travel to Belgium, where they arrived on 6 August 2013. The applicants then took the matter to the ECtHR, relying on Art. 8 ECHR, claiming, inter alia, that their effective separation from the child on account of the Belgian authorities' refusal to issue a travel document had jeopardized the relationship between the baby and his parents.

49 ECtHR (dec.), *D. v. Belgium*, cit., par. 54.

50 ECtHR (dec.), *D. v. Belgium*, cit., par. 52.

Lastly, in the *Foulon and Bouvet v. France*, with facts very similar to *Mennesson and Labassee*, the ECtHR applied solution established in such case law, even if, in the meantime, the France case law has been changed to comply with the Strasbourg's previous case law<sup>51</sup>.

In light of the above, it seems that in the *Mennesson* and *Labassee* cases, the parents' rights and expectations were disregarded, while in the *Paradiso and Campanelli* case they were protected. In fact, in the former cases the Court found that the State had acted within its margin of appreciation, striking a fair balance, so that it did not violate the right to respect of the family life of the applicants under ECHR Art. 8 (as it concluded also in the *D. and others v. Belgium* decision), while in the latter that it had exceeded this limit, violating ECHR Art. 8. However, the application of the child's best interests principle in the following paragraphs lead to reverse the applicants' positions and provoked the reversing of the positions: while, in the end, the parents of the *Mennesson* and *Labassee* cases were satisfied through the application of this principle, even if their personal application was dismissed, the *Paradiso and Campanelli* parents, whose right to family life was deemed violated by the Court's judgement, ultimately lost the child<sup>52</sup>. In the *D. and others v. Belgium* decision, instead, the Court, even if it did not rely expressly on the child's best interests, recognized that the interference of the State, who refused to issue a travel document for the commissioning parents, was enacted in compliance with the aim to protect the child.

While there was not a judgement on the compatibility of surrogacy with the ECHR – not even an *obiter dictum* – it appears clearly the effort of the ECtHR in finding a balance between the different rights at issue which inevitably resulted in controversial solutions.

### 3. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe debate

While the ECtHR did not rule on the compatibility of surrogacy with the ECHR, as this was not the question submitted by the applicants, the debate on this question is currently ongoing within the PACE.

It is to be remembered that the issue was already discussed within the Council of Europe in 1989, when the Committee of Experts of the Council of Europe on Progress in the Biomedical Sciences published the document *Rapport sur la procréation artificielle humaine*<sup>53</sup>. The Principle 15 of the document clearly affirmed the need to prohibit such a practice, leaving open the possibility for an exception concerning altruistic surrogacy, but only in exceptional circumstances, prohibiting any payment to the surrogate mother and stating the need to let the latter decide to keep the baby after the birth.

Recently, on September 21<sup>st</sup> 2016, the Committee on Social Affairs of the PACE adopted a draft recommendation to the Committee of Ministers, based on a report prepared by Petra de Sutter<sup>54</sup>. A previous version of this report was discussed and rejected before, as the Committee was divided on the possibility to prohibit every forms of surrogacy or limit the restrictions to the profit surrogacy. In the report finally approved by the Committee on Social Affairs, it was at first stated that member States should prohibit all forms of for profit surrogacy in the best interest of the child. In fact, the report illustrated the situation of the surrogate mothers and the children born from surrogacy, pointing out «the inherent risks of: reducing children to commodities to be bought and sold, and putting them at risk of abandonment or abuse; exploiting surrogate mothers, who cannot give their consent “freely, unconditionally,

51 As reported by the ECtHR in the document “Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples”, 8 January 2016: “A revision of the Court of Cassation's jurisprudence came about as a result of two judgments issued on 26 June 2014 – *Mennesson v. France* (Application No. 65192/11) and *Labassee v. France* (Application No. 65941/11), in which the Strasbourg Court decided that the French authorities' refusal to grant legal recognition to parent-child relationships that had been legally established in the United States between children born as a result of surrogacy treatment and the intended parents who had the treatment had amounted to a violation of the children's right to respect for their private life (Article 8 of the Convention). By way of delivering two precedent cases on 3 July 2015, the Court of Cassation's Plenary Assembly established that a refusal to transcribe a foreign birth certificate of a child born abroad to a French national on the sole ground that this birth was the result of surrogacy can no longer be justified by the mere existence of a surrogacy agreement containing the names of the actual biological parents. (See Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, P+B+R+I, n° 14-21.323 and Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, P+B+R+I, n° 15-50.002) », <http://website-pace.net/documents/19838/419003/AS-JUR-INF-2016-04-EN.pdf/12d802b0-5f09-463f-8145-b084a095e895>.

52 The *Paradiso and Campanelli* parents also obtained a quite low sum for damages: € 20,000.00 plus € 10,000.00 for costs and expenses.

53 See Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, *Rapport sur la procréation artificielle humaine*, 1989, cit., section 15. On this point see also G. Puppinkc, C. DE LA Hougue, *ECHR: Towards the liberalization of surrogacy*, cit.

54 See : <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6316&lang=2>.

and with full understanding of what is involved". This concern is the most obvious when the surrogate mothers are not native English speakers and/or illiterate, but even the pure fact that a "life-changing" amount of money changes hands can put into question the validity of the consent given<sup>55</sup>.

At the same time, the report did not express a clear position on altruistic surrogacy, even if the personal opinion of Mrs. De Sutter was expressed in the introduction of the Explanatory Memorandum, according to which it should not be prohibited, but it should be tightly regulated and be legally available only to resident nationals of the jurisdiction in question<sup>56</sup>.

With the aim to protect the children born through surrogacy, the draft proposal then recommended the Committee of Ministers to «1.1 consider the desirability and feasibility of drawing up European guidelines to safeguard children's rights in relation to surrogacy arrangements; 1.2 collaborate with the Hague Conference on Private International Law (HCCH) on private international law issues surrounding the status of children, including problems arising in relation to legal parentage resulting from international surrogacy agreements, with a view to ensuring that the views of the Council of Europe (including those of the Parliamentary Assembly and the European Court of Human Rights) are heard and taken into account in any multilateral instrument that may result from the work of the HCCH ».

On October 11<sup>th</sup>, 2016, the PACE rejected such draft recommendation, by 83 votes against, 77 in favour and 7 abstentions<sup>57</sup>. The narrow difference in the vote shows the difficulty in reaching the consensus on this topic, especially on the question about the possibility to leave room for the altruistic surrogacy, while prohibiting every form of commercial one. Therefore, the debate appears to be longer and a clear statement from the ECtHR on the issue of compatibility may help in finding a common position.

#### 4. The European Court of Justice approach

Also the ECJ did not say anything on the compatibility of the practice of surrogacy with human rights, in particular with the CFR, even if it is understandable due to the scope of the competence of the Luxembourg's judge in the context of the preliminary ruling: it is to be remembered, in fact, that the requests of the national judges were only about the interpretation and the validity of Directive 92/85, 2006/54 and (in *Z.* case) 2000/78.

Curiously, also the Luxembourg Court issued twin judgments on the same day, the *C.D.* and the *Z.* case<sup>58</sup>. For the ECJ, this was the first time that the question of surrogacy, either domestic or cross border, came up, even if the Court had decided on IVF in the past and drew some principles from that case law<sup>59</sup>. The Luxembourg Court's twin judgements, concerning, respectively, a domestic and a cross border surrogacy, deal mainly with the question of whether a commissioning mother has the right to paid maternity leave under the current EU legal framework provided, in particular under Directives 92/85, 2006/54, and 2000/78. The Court applied the same legal reasoning in both cases, while the General Advocates' opinions (Kokott and Wahl) are diametrically opposed.

In the *C.D.* case, the English judge, by the first and second question, asked if Directive 92/85 should be interpreted as giving the right to paid maternity leave to a commissioning mother, particularly if she is breastfeeding<sup>60</sup>.

55 See *Children's rights related to surrogacy*, De Sutter Report, Doc. 14140, 23 September 2016, Explanatory memorandum, point 14.

56 Ibidem, point 6.

57 See: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=6355&lang=2&cat=8>.

58 See notes 10 and 11.

59 ECJ, case C-506/06, *Mayr*, ECLI:EU:C:2008:119.

60 The judgment originated from the referral of the UK Employment Tribunal of Newcastle upon Tyne in the trial involving Mrs. C.D., a commissioning mother who had a baby through a surrogacy arrangement in UK, and her employer, the National Health Service. In spring 2011, Mrs. C.D. asked her employer for paid leave to take care of the child, who would be born in August, first on the basis of the employer's policy on adoption and then invoking her right to maternity. In both cases, the request was rejected because she did not fulfill the conditions required, such as the deposit of an adoption certificate or a medical certificate assessing the pregnancy. She then took the matter to the Employment Tribunal of Newcastle upon Tyne. In the meantime, on 29 June 2011, the National Health Service decided, discretionally and without changing its policy on the issue, to grant her a paid leave on the basis of the employer's policy on adoption. On 26 August 2011, the child born to the surrogate mother and Mrs. C.D. started breastfeeding him from his first hour after birth. Then, Mrs.

The ECJ, choosing not to follow the opinion of General Advocate Kokott (as better explained in the following) recalled the rationale of Directive 92/85, which is «to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or who are breastfeeding»<sup>61</sup>. Then, it underlined that the workers covered by the directive are in an especially vulnerable situation which makes it necessary for the right to maternity leave to be granted to them, but which, particularly during that leave, cannot be compared to that of a man or a woman on sick leave. In fact, the maternity leave granted by Art. 8 of the Directive is aimed at protecting the biological condition of a woman during and after pregnancy and «the special relationship between a woman and her child over the period which follows pregnancy and childbirth, by preventing that relationship from being disturbed by the multiple burdens which would result from the simultaneous pursuit of employment»<sup>62</sup>.

Subsequently, relying on a literal interpretation of the directive, the Court observed that maternity leave, even if it may be intended, *inter alia*, to protect the child-mother relationship (which could be in the child's best interests, but the Court doesn't mention this principle), in Directive 92/85 only concerns the period after «pregnancy and childbirth»<sup>63</sup>. This is consistent with ECJ case law on IVF treatment, which recognized the right to protection from dismissal for women that start such treatment only if a pregnancy has started<sup>64</sup>.

Therefore, the protection granted by Directive 92/85 presupposes that a worker entitled to such leave has been pregnant and has given birth to a child<sup>65</sup>.

Applying such considerations to the case, the Court underlined that Mrs. D. had never been pregnant: therefore, Directive 92/85 was not applicable to a commissioning mother, even if she is breastfeeding. Consequently, the Directive does not oblige States to recognize paid maternity leave for a commissioning mother, even if they remain free to establish rules more favorable to commissioning mothers<sup>66</sup>.

By the third and fourth questions, the judge asked if the refusal to grant paid leave to a commissioning mother constitutes discrimination on the basis of sex, in contrast with Directive 2006/54. Also in this case, the Court determined that there was not any direct discrimination because a commissioning mother is treated in the same way as a commissioning father<sup>67</sup>. Similarly, the Court determined that there was no indirect discrimination, because the refusal of paid leave was not deemed to be less favorable for women compared to men<sup>68</sup>.

At the end, the Court also excluded allegations of less favorable treatment due to pregnancy, as the applicant had never been pregnant.

Consequently, the Court declined to judge on the last two questions, concerning the status of the commissioning mother and the direct effects of Directives 92/85 and 2006/54.

It is interesting to note that Court could have rejected the referral on the grounds that the Court's reply would not be useful for the national judge, given that, as reported by the judgment, paid leave was ultimately obtained by the applicant<sup>69</sup>. However, the Court did not even mention the question of admissibility, and the General Advocate stated that it is up to the referring court to determine, pursuant to its national law, whether or not there continues to be an interest in bringing an action in the main proceedings<sup>70</sup>. It is possible, then, to infer that the Court was willing to decide on this delicate topic, which, in

---

C.D. and her companion were declared to be the parents of the child by a parental order. In order to decide the case, the Employment Tribunal of Newcastle upon Tyne referred to the Court of Justice raising several questions.

61 ECJ, *C.D.*, cit., point 29.

62 ECJ, *C.D.*, cit., point 34.

63 ECJ, *C.D.*, cit., point 36.

64 Reference is made to the ECJ, *Mayr*, cit.

65 ECJ, *C.D.*, cit., point 37.

66 ECJ, *C.D.*, cit., point 40.

67 ECJ, *C.D.*, cit., point 47.

68 ECJ, *C.D.*, cit., point 49.

69 See Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:EN:PDF>, points 11 and 14 (consulted on 25 January 2016). See also ECJ, case C-379/98, *PreussenElektra*, ECR I-2099, par. 39; ECJ, case C-544/07, *Rüffler*, ECR I-3389, par. 37; ECJ, case C-314/08 *Filipiak*, ECR I-11049, par. 41; ECJ, case C-310/10, *Agafitei and Others*, ECR I-5989, par. 26; and ECJ, case C-416/10, *Križan and Others*, ECR, par. 54.

70 See Opinion, point 26.

fact was conferred upon the Grand Chamber, and which provoked the participation of the Irish, Greek, Spanish and Portuguese and (obviously) UK Governments and that of the European Commission.

As anticipated, General Advocate Kokott, relying on the child's best interests principle, reached a strongly different conclusion from the Court's.

The General Advocate, in fact, starting from the consideration that Directive 92/85 was written relying on a biological and monistic concept of motherhood, moved to analyze whether it could be extended to commissioning mothers, reasoning on the broader logic and purpose of the directive. First, she argued that a breastfeeding commissioning mother is in the same situation as a breastfeeding biological mother, so that it falls in the scope of the Directive<sup>71</sup>. Going further, she developed the idea that maternity leave should also be considered protective of the special mother-child relationship, and not only of the female worker, according to Art. 24, par. 2, which inscribes the child's best interests, and 7, concerning the right to respect for private and family life,<sup>72</sup> of the CFR<sup>73</sup>. Therefore, the aim to protect this special relationship (according to the child's best interests principle) should lead to the interpretation of the directive as applying to commissioning mothers, even if they are not breastfeeding. It is interesting to note that, to draw her conclusion, Kokott relied on the same rights and principles applied by the Strasbourg Court, even if the *Mennesson* and *Labassee* cases had not been issued yet.

Kokott then questioned whether the protection of surrogacy could be granted only when it is legal in the Member State concerned, evoking the problematic issue of cross border surrogacy and the different approach of EU Member States, which may be faced in future. However, she did not develop this point, as the case at issue was a domestic one<sup>74</sup>.

Kokott then maintained that the national legislation should have to rule on the division of maternity leave between a surrogate and a commissioning mother, given the fact that the directive did not provide any indication. She suggested that the minimum period of two weeks provided for by Art. 8 par. 2 of the Directive should have been granted to both mothers, and then the maternity leave should have to be shared between the women.

Concerning the question of discrimination on the basis of sex, the General Advocate found that there wasn't any direct or indirect discrimination, because the commissioning mother was not subject to a less favourable treatment compared to her male colleagues.

Finally, regarding the last request of the national judge, Kokott raised some doubts on the direct effects of Directive 92/85 because of its wording, which prevented deduction of the precise content of the right and the division thereof between the surrogate and the intended mother. However, she concluded that Directive 92/85 may have direct effects only in cases of precise determination of the period of maternity leave<sup>75</sup>.

In the "twin" judgment, *Z.*, the Court used the same approach and legal reasoning developed in *C.D.*, this time sharing the Opinion of General Advocate Wahl.

Mrs. *Z.*, resident in Ireland with her husband, was affected by a rare condition: although she had healthy ovaries and was fertile, she had no uterus and could not support a pregnancy. In 2010 she went to California to obtain, through a surrogacy arrangement, a child who was genetically linked to her and her husband. Due to the fact that in Ireland surrogacy is completely unregulated, she asked for paid leave on the grounds of the Law on adoption<sup>76</sup>. Her employer, a public school, rejected the request as she did not fill the conditions required, so she took the case to Irish Equality Tribunal, claiming discrimination on the basis of sex. She also alleged that she was discriminated against on the basis of her disability. The Irish Tribunal then raised several questions before the ECJ.

The Irish Tribunal asked the ECJ if, under the interpretations of Art. 3 of the TEU, which states the EU aims, Art. 8, concerning the elimination of inequalities and the promotion of equality between men and women, Art. 157 of the TFEU, related to the principle of equal pay for male and female workers, Art. 21, 23, 33, 34 of the CFR, concerning, respectively, non-discrimination, equality between women and men, family and professional life, social and security assistance, and Directive 2006/54, Mrs. *Z.* had been discriminated against on the basis of sex and, in case of a negative reply to that question, if

71 It has to be remembered that Mrs D. breastfed the child, for a procedure of breastfeeding induction.

72 Art. 7 of the Charter: « Respect for private and family life. Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications». According to art. 52, par. 3, of the Charter (and the relevant explanations) this right has the same meaning and scope of art. 8 ECHR.

73 See Opinion, point 45.

74 *Ibidem*, points 64 -66.

75 *Ibidem*, point 77.

76 Adoptive Leave Act, 1995.

Directive 2006/54 was in contrast with the above-mentioned norms of primary EU Law. Thirdly, the judge asked the ECJ if the denial of paid leave would have to be considered discrimination on the basis of disability according to Directive 2000/78, in the light of TFEU Art. 10<sup>77</sup> and Art. 21, 26<sup>78</sup> and 34 of the Charter. He also questioned whether, in case of a negative reply to the first question, Directive 2000/78 was in contrast with primary law and with the UN Convention on Disability<sup>79</sup>.

The Court shared the thesis of General Advocate Wahl and denied that Mrs. Z. was discriminated against, either directly or indirectly, on the basis of sex, because a male commissioning parent would have been treated equally to a female one<sup>80</sup>. Relying on the twin judgment issued on the same day (C.D.), the Court also underlined that the applicant could not have been discriminated because of pregnancy, as she had never been pregnant<sup>81</sup>. The Court refused then to adjudicate on the validity of Directive 2006/54, as the case at issue fell outside its scope.

Concerning the question of disability, the ECJ started from the consideration that the notion of «disability» is not defined in Directive 2000/78<sup>82</sup>: European Union, however, has to comply with the UN Convention on Disability, to which it had adhered, according to TFEU Art. 216, so that Directive 2000/78 must be interpreted in light of that Convention<sup>83</sup>. According to the Court's previous case law, disability «must be understood as referring not only to the impossibility of exercising a professional activity, but also to a hindrance to the exercise of such an activity. Any other interpretation would be incompatible with the objective of that directive, which aims in particular to enable a person with a disability to have access to or participate in employment»<sup>84</sup>. Again sharing the opinion of General Advocate Wahl, the Court stated that Mrs. Z.'s condition did not constitute a hindrance to her ability to exercise professional activity or accede to employment, and could not be considered a «handicap» under Directive 2000/78. Therefore, the Court also refused to analyze the validity of the Directive, as it was irrelevant for the resolution of the case.

The Court then analyzed whether Directive 2000/78 was in contrast with the UN Convention, which provides for the Party States to adopt all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in that Convention. As stated in its previous case law<sup>85</sup>, European Union law may be reviewed in the light of international agreements to which it has adhered only if the provisions of the treaty that are relied on for the purpose of examining the validity of the act of European Union law appear, as regards their content, to be unconditional and sufficiently precise. The Court, as also expressed by General Advocate Wahl, stressed that the UN Convention does not meet the conditions set by EU case law for the review of Directive validity, because the provisions are programmatic<sup>86</sup>. Therefore, it concluded that the validity of that directive cannot be assessed in light of the UN Convention, but that the directive must, as far as possible, be interpreted in a manner consistent with that instrument.

In the end, in the view of the Luxembourg Court, commissioning parents may not derive fundamental rights from the existent legal framework, neither primary nor secondary European Law, or a right to a paid leave.

It is to be underlined that, in both the twin judgments of the ECJ, the best interests of the child was not even mentioned and did not play any role, even if it was maintained that maternity leave was required by EU law in order to protect the child-mother relationship. The Court simply relied on a literal interpretation of the EU instruments invoked by the applicant, including a consideration of their ratio-

77 Art. 10 TFEU: «In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation».

78 Art. 26 of the Charter: «Integration of persons with disabilities. The Union recognizes and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community».

79 The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which was approved on behalf of the European Community by Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009 (OJ 2010 L 23, p. 35).

80 ECJ, Z., cit., points 52- 55.

81 ECJ, Z., cit., point 58.

82 ECJ, Z., cit., point 70.

83 ECJ, Z., cit., point 75.

84 ECJ, Z., cit., point 77.

85 ECJ, case 181/73, *Haegemann*, ECR 449; ECJ, case C-265/03, *Simutenkov*, ECR I-2596; ECJ, case C-344/04, *IATA*, ECR I-403.

86 ECJ, Z., cit., point 88.

nale, which was rooted in a society where the only conception of motherhood was the biological one, and concluded that there was no legal basis for maternity leave.

The Court then showed a great self-restraint and avoided giving direction to the Member States, leaving the national legislature free to outlaw surrogacy and rule on the question of the maternity leave<sup>87</sup>. This conclusion is to be appreciated, considering that the solution offered by the General Advocate Kokott were not completely satisfactory, despite her commendable effort to rely on the child's best interests principle. In fact, as already stressed, if the ECJ had derived a right to a paid maternity leave from the Pregnant Workers Directive, as suggested by Kokott, this would have resulted in a sort of discrimination for commissioning fathers, especially in cases of same sex couples<sup>88</sup>, even if it is arguable that such a problem could later be solved in subsequent case law and at a national level.

## 5. The European Parliament debate

While the ECJ did not express any position on surrogacy, the European Parliament has recently strongly criticized this practice. In fact, in its Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter, it stated that «[ the EP] Condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments»<sup>89</sup>.

It is to be underlined that the European Parliament only mentioned the gestational surrogacy, leaving aside any consideration about the traditional surrogacy, which may have more difficult implications for surrogate mother, as their genetic material is involved. In addition to that, the EP did not say anything about the distinction among for profit and altruistic surrogacy, even if it may imply that both the forms are condemned.

Recently, on 15 April 2016, a motion for a European Parliament resolution on surrogacy as a risk to women's and children's rights was presented by a EU deputy to call on the Commission «to lay down legal protection at Union level for the children of surrogate mothers, whether already born or yet to be born» and «to ascertain that the rules governing surrogacy in Member States which allow this practice are compatible with EU legislation on the protection of children's and women's rights»<sup>90</sup>. This proposal is remarkable as it calls for an intervention by the European Commission in assessing the compatibility of the practice of surrogacy within Member States with the EU catalogue of fundamental rights. It is to be remembered then, that the EU Commission has clearly stated that it is her duty to assure the enforcement of the EU Charter of Fundamental Rights, also through the infringement procedure according to art. 258 TFEU<sup>91</sup>. At the same time, in a context as various as it is the one of the European Union, where Member States show great difference in dealing with surrogacy, it would be more advisable that a definitive statement about the compatibility of surrogacy with the EU human rights came from the ECJ, and that the intervention of the EU Commission would be enacted only to assure the enforcement of the CFR as interpreted by the ECJ.

In the meantime, it would be worthwhile that the EP clarify its position, issuing an ad hoc resolution about surrogacy and fundamental rights.

87 It has been frequently pointed out how the EU institutions are more cautious in intervening in family matters than in any other field of private law. See M. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, p. 78. See also A. Mattei, M. Tomasi, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, pp. 1409-1417.

88 See M. Finck, B. Kas, *Surrogacy leave as a matter of EU law: CD and Z*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 281.

89 See European Parliament resolution of 17 December 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter (2015/2229(INI)), point 115.

90 See <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B8-2016-0694&language=EN>.

91 See the interventions of the European Commission in the case of Hungary reported in 2012 Report on the application of EU Charter of fundamental Rights, p. 15 ss., available at [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/charter\\_report\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/charter_report_2012_en.pdf), and the subsequent ECJ judgements, case C- 288/12, *Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2014:237 and C- 286/12, *Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687.

## 6. The compatibility of surrogacy with the European Convention on Human Rights and with the EU Charter of fundamental Rights and the difficult balance of the different rights and interests at stake.

As it appears from the above reported case law, surrogacy involves several rights that may be opposite and even clashing: the rights of children born from surrogacy, the rights of surrogate mothers, the rights of children waiting for adoption, and the rights of intended parents<sup>92</sup>.

Among the rights of surrogate mothers, there are *in primis* the rights to health and to life, as these women need to be protected from unhealthy and dangerous treatments that could cause serious illness or even death, as the Permanent Bureau of the HCCH has reported<sup>93</sup>. In gestational surrogacy, it is necessary also to protect donors from dangerous treatment in the extraction of ova, which may provoke infertility, diseases and, in some cases, death<sup>94</sup>.

Concerning children born from surrogacy, several rights may be jeopardized: the right to their identity<sup>95</sup>, the right not to suffer adverse discrimination on the basis of birth parental status<sup>96</sup>, the right to have their interests regarded as a primary consideration in all actions concerning them<sup>97</sup>, the right to trace their genetic and birth origins<sup>98</sup>, the right to grow up in a family and to receive care<sup>99</sup>, and the right to be protected from abandonment<sup>100</sup>. The children also have to be protected from illegal trafficking and bad treatment: while adoption procedures allow authorities to exercise a serious degree of control concerning the suitability of adoptive parents, surrogacy procedures do not provide for any control on parental suitability to care for children<sup>101</sup>.

Although the argument is sometimes made that there is a right to become a parent<sup>102</sup>, there is currently no international treaty or convention establishing a human “right to a child”<sup>103</sup>. This is the case notwithstanding an increasing trend toward recognizing reproductive rights with the aim to assist cou-

92 On the discourse about human rights involved in surrogacy matters see: ECLJ report, *Surrogate motherhood: a violation of human rights*, 26 April 2012, available at <http://www.eclj.org>; Permanent Bureau of HCCH, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, March 2012, p. 26. Among scholars, see B. Stark, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 18, No. 2, 2012, p. 1; L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 2015, p. 7.

93 See Permanent Bureau of HCCH, *The parentage/Surrogacy project: an updating note*, cit., Annex II, par. 4.

94 The documentary *Eggsploitation*, produced by The Center for Bioethics and Culture (California), spotlights the booming business of human eggs told through the tragic and revealing stories of women who became involved <http://www.eggsploitation.com/index.htm>.

95 UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC), G.A. Res. 44/25, 61st plen. mtg., U.N. Doc. A/Res/44/25 (Nov. 20, 1980), entered into force Sept. 2, 1990, art. 8.

96 UNCRC, art. 2.

97 UNCRC, art. 3.

98 UNCRC, art. 7.

99 UNCRC, art. 7.

100 In Thailand and India several cases of child abandonment following surrogacy arrangements have been reported in 2014. In that cases, the commissioning parents refused to receive the children because they were born with the Down's Syndrome. See Permanent Bureau of HCCH, *The parentage/Surrogacy project: an updating note*, cit., Annex II, par. 1.

101 See Permanent Bureau of HCCH, march 2011, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements* available at <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf> (consulted on 25 January 2016), par. 31 – 32. The document also reports the case *Huddleston v. Infertility Clinic of America Inc.* (20 August 1997), Superior Court of Pennsylvania. A twenty-six year old male was able to enter into a surrogacy arrangement as a sole intending parent with a surrogate mother in Pennsylvania, through a fertility clinic. The surrogate mother, inseminated with the young man sperm, gave birth to a child who was handed into his care a day after birth. The child died six weeks later as a result of repeated physical abuse.

102 See, for example, A. Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i “pregiudizi” dei giudici nazionali*, cit.

103 It is also possible to argue if there may be a right to surrogacy. On this point see C. Straehle, *Is There a Right to Surrogacy?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2015, p. 1, where the author argues that, while it is not possible to conceive the right to surrogacy as a right to assisted procreation, because States can't legislate the disposal of individual bodies (as it remains for the surrogates to give their consent), it may be understood as a contractual right (and then, the surrogacy agreement may be enforceable).

ples and individuals to achieve their reproductive goals and fully exercise the right to have children by choice<sup>104</sup>. The current absence of any such human right must be considered when evaluating the rights of commissioning parents and balancing with the childrens' one.

In addition to the rights of individuals, there are also several State interests to be protected. First of all, States assert their freedom to rule on surrogacy: compelling States to accept the effects of cross-border commercial surrogacy arrangements, by requiring them to recognize the legal parent-child relationship established through surrogacy abroad, may instead result in nullifying the legislative power of the State. The freedom of the States to regulate surrogacy should be maintained, as long as it properly respects the human rights of the individuals involved, including on public policy grounds<sup>105</sup>. It should be born in mind that regulations on surrogacy can vary from criminal sanctions for deceitful intermediaries<sup>106</sup> to the sharing of the remunerated maternity leave between a surrogate mother and a commissioning one (in case of domestic surrogacy). Secondly, States have the duty to enforce their laws on adoption: an indiscriminate admission of surrogacy may lead people to consider adoption "an option of last resort or a second-best choice"<sup>107</sup>.

The analysis of the reported case law shows that before the ECJ there was no discourse about fundamental rights: there was no recognition about fundamental or social rights concerning the surrogate mothers and the commissioning ones and no consideration about the best interest of the child. As remembered before, this depends by the scope of the ECJ jurisdiction and by the arguments and requests made by the applicants. At the same times, it is important to argue about what would have the ECJ ruled if it would have called to rule on the compatibility of the practice of surrogacy with the EU Charter of fundamental rights.

Reading the text of the Charter, it is possible to argue that profit surrogacy is contrary to art. 3, Right to the integrity of the person, which states « the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain». As, according to the definition of the Permanent Bureau of the HCCH, for-profit surrogacy arrangements occur « where the intending parent(s) pay the surrogate financial remuneration which goes beyond her "reasonable expenses" »<sup>108</sup>, it is easy to conclude that such an arrangement is clearly prohibited by the EU CFR.

In addition to that, Art. 3 may be interpreted as also prohibiting the altruistic surrogacy. At first, it is to be noted that, as stated in the same Glossary of the HCCH, «it is often difficult to draw the line between what is an altruistic surrogacy arrangement and what is a for-profit arrangement. For example, if a surrogate is unemployed prior to conception but can claim "reasonable expenses", including loss of earnings, for the arrangement, is this arrangement still "altruistic"? ».<sup>109</sup> Secondly, it is to be remembered that Art. 3, par. 2, states that it has to be respected «the free and informed consent of the person concerned according to the procedures laid down by law». Therefore, it has to be verified if has been given a "free and informed consent" by the surrogate mother, which means that it has be actual and consequently, it has be expressed, or at least confirmed, after the birth of the baby, when the surrogate mother is fully aware of her act.

Therefore, as far as the free consent of the surrogate mother is not guaranteed or surrogacy end up in a commercial exploitation of the human body, the ECJ may be called to rule on this point. Such an intervention may be provoked both by the national judge and by the European Commission, also through the infringement procedure according to art. 258 TFEU as remembered before.

Also concerning the compatibility of surrogacy with ECHR, it has to be concluded that this practice is to be deemed as incompatible with such catalogue of fundamental rights.

104 See B. Stark, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, cit.

105 The notion of public policy is main controversial, but it is frequently invoked by the State to reject the recognition or enforcement of a foreign act or judgement which states the parentage between a child and his commissioning parents or the applicability of a foreign law which leads to the same result. See L. Fumagalli, *Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazioni e Studi*, 1985, p. 593.

106 The Permanent Bureau of the HCCH reported that there have been several denounces about unhelpful and unresponsive clinics, where surrogate mothers are not properly treated or "gamete mix-ups" occur: see *The parentage/Surrogacy project: an updating note*, cit., Annex II, par. 5.

107 See K. Boele- Woelki, (*Cross-Border*) *surrogate motherhood: we need to take action now!*, in The Permanent Bureau of the HCCH, *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans Van Loon*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2013, pp. 47-58, 48.

108 See *Glossary*, cit.

109 *Ibidem*.

As it appears from the reported case law, leaving aside the question on compatibility of surrogacy with the ECHR, the ECtHR applied art. 8 ECHR to protect the private life of children born from surrogacy. At the same time, it would be possible to consider applicable art. 8 ECHR also to claim for a positive action by the State to protect surrogate mothers' private life, in order to make the State prohibit the exploitation of the human body of women, for-profit and also altruistic surrogacy, as it exposes the women to serious risks for their health, both physical and mental<sup>110</sup>.

It could also be possible to imagine the applicability of art. 3 ECHR, the prohibition of torture and other forms of ill-treatment, in cases of bad treatment of the surrogate mothers, applying by analogy the case law of the ECtHR on protection of women by unhealthy treatments<sup>111</sup>.

Focusing on children, it is to be reminded that the child's best interests principle is recognized by several international and regional legal instruments<sup>112</sup>. First of all, it is enshrined in the UN CRC, at Art. 3, which states, at par. 1, that, «in 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»<sup>113</sup>. The concept of «all actions concerning children» implies that the best interests principle is applied not only where a decision directly affects a child, but also when he is indirectly affected, as in cases where a child's parent is at risk of being removed<sup>114</sup>. In its General comment n. 14, the UNCRC has pointed out that the best interests principle operates as both a substantive right and an interpretative device<sup>115</sup>.

Even if the best interests of the child's principle is not expressly used in the International Covenant on Civil and Political Rights, the Human Rights Committee has referred in two of its General Comments, to the «paramount interest of the children» in cases involving the dissolution of marriage<sup>116</sup>. It is also included in the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, at art. IV, which provides that «in all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be the primary consideration»<sup>117</sup>.

The UNCRC, ratified by all the Member States (but not by the EU itself), is also the source of Art. 24 of the CFR, as disclosed by the Explanations, which inscribes the child's best interests principle among the fundamental rights of the European Union<sup>118</sup>. While the EU institutions lack of direct competences over the general promotion of children's rights in the TFUE, several aspects of EU law significantly affect children, as in the asylum and immigration policy or in the context of cross border criminal law. Therefore, despite its intrinsic limits, due to the restricted field of application of the Charter according to art. 51, this provision may have a significant impact on the development and interpretation of a wide range of EU measures<sup>119</sup>. In fact, the ECJ's recent case law also shows increasing attention to this principle in the context of family matters<sup>120</sup>.

110 See, for analogy, *Tysic c. Polonia*, 20.03.2007.

111 See ECtHR, *R.R. c. Polonia* (n. 27617/04), 26.05.2011.

112 On the best interest of the child see, *inter alia*: M. J. Pobjoy, *The best interests of the child principle as an independent source of international protection*, in *ICLQ*, 2015, p. 327; C. Breen, *The Standard of the best interest of the child*, The Hague, London, New York 2002; P. Alston (ed.), *The best interests of the child*, New York, 1994.

113 As underlined by M. J. Pobjoy, *The best interests of the child principle as an independent source of international protection*, cit., even if the core provision is art. 3, «the 'best interests language' appears on several occasions in the CRC (Arts. 9, 18, 20, 21, 37, 40)».

114 *Ibidem*, p. 330.

115 UNCRC, General Comment n. 14 on the Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, par.1), 62<sup>nd</sup> sess., UN Doc CRC/C/GC/14 (2013).

116 See P. Alston, *The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights*, in Id., (ed.), *The best R. Larout, Article 24*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of fundamental rights*, Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 661 cit., p. 4.

117 *Ibidem*.

118 For a comment of article 24 of the Charter, see A. Gouttenoire, *Article II-84, Droits de l'enfant*, in L. Bourgoigne – Larsen, A. Levade, F. Picod (eds.), *Traité tablissant une constitution pour l'Europe, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005, p. 332.

119 R. Larout, *Article 24*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of fundamental rights*, Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 661, spec. p. 662.

120 ECJ, case C 498/14 PPU, *Bradbrooke*, ECLI:EU:C:2015:3, points 42 and 52; ECJ, case C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582, point 60.

In the context of ECHR, the best interests of the child has been inserted through the case law of the ECtHR in the interests that may justify a restriction to the family and private life of the individuals according to ECHR art. 8, despite the lack of any reference in this article, especially in cases concerning adoption, foster care and child abduction<sup>121</sup>. It is, then, expressly mentioned in Protocol 7, art. 5, in the context of the marriage relationship, as a reason to limit the principle of equality between spouses<sup>122</sup>.

As reported in the previous paragraphs, the ECtHR in its case law relied on the best interests of the child principle, while the ECJ did not even mention it, but leading to some controversial solutions. For the ECtHR, in consideration of the child's best interests principle, the notion of family life is to be understood very loosely: there is no need for a genetic link between parents and child, and the illegal origin of the parentage (which may result from conduct contrary to the public order) is irrelevant, with the consequent application of ECHR Art. 8 in such cases. Moreover, the best interests of the child is considered to be a principle capable of reducing the margin of appreciation of the State, even if this may lead to a controversial compromise solution, where the same conduct of the State may assume different connotations. As a consequence: (i) the State's margin of appreciation can vary on the same issue, even if there is huge lack of consensus among the European States and the topic involves delicate values, depending on whether children are involved or not and on whether the child's best interest is considered; (ii) the State conduct may be deemed not in violation of ECHR Art. 8 as far as parents are concerned, but, at the same time, to strongly jeopardize the private life of individuals under Art. 8 if children are involved.

Moreover, in assessing the child's best interests, it appears that the ECtHR did not consider certain elements, that may have been considered in the legal reasoning.

First of all, adults who turn to surrogacy are not subjected to any control concerning their suitability to take care of a child. The Permanent Bureau of HCCH reported that, in some cases, the commissioning father had been previously convicted for offences against children or that surrogacy lead to children's trafficking<sup>123</sup>. But the ECtHR gave a preference to the "de facto familiar link", without considering this aspect, even despite of the evaluation on adoption suitability of the intended parents<sup>124</sup>. Moreover, as highlighted by the joint partly dissenting opinion of judges Raimondi and Spano in *Paradiso and Campanelli*, the notion of "familiar life", in the absence of any genetic link between parents and child, where it has been established through an illegal act in contrast with the public order, is an over-extension, and results in also extending the scope of application of the ECHR. As already suggested by the first commentators<sup>125</sup>, the Court may (and should) take the chance to restrict this notion, as *Paradiso and Campanelli* was referred to the Grand Chamber: this would be in compliance with the principle of subsidiarity, which should rule the mechanism of the ECHR.

Secondly, in the case of surrogacy without any genetic link with the child, it should also be considered that the child will not be able to trace his genetic origins and birth, in contrast with the UN convention on the rights of the children. This aspect, too, was ignored by the Court.

Thirdly, a child born from surrogacy is always subject to transfer or removal, which may impact his or her growth and development: for example, in the *Paradiso and Campanelli* case, the child stayed three months in Russia with the surrogate mother and then was taken to Italy where he started living with the Italian couple. Scientific studies show that the first months after birth (and, it seems, also the months before the birth) are of paramount importance for a baby, and this should be investigated more to find out the best solution for the child.

121 See C. Pitea and L. Tomasi, *Art. 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario Breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, Padova, Cedam, p. 297, spec. p. 340. For the recent case law on the application of the best interests of the child principle in the context of foster care and adoption see, as example: ECtHR, 16 July 2015, *Nazarenko v. Russia*, par. 63; ECtHR, 25 January 2011, *Plaza v. Poland*, par. 71; ECtHR *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, cit.; ECtHR, *Sahin v. Germany* [GC], par. 66. This approach of the ECtHR has been criticized, because it failed to articulate a conception of "the best interests of the child", leaving signatory states a large margin of appreciation in identifying what is the best interest of the child. On this point see R. Larout, *Article 24*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, *The EU Charter of fundamental rights*, Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 661. Concerning the application of the child's best interests principle in case of abduction see P. R. Beaumont, *The art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, in G. Venturini, S. Bariatti (eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, Giuffrè, 2012, p. 75.

122 See A. Cozzi, *Art. 5, Prot. 7*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario Breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, Padova, Cedam, p. 905, spec. p. 907.

123 See Permanent Bureau of HCCH, "The parentage/Surrogacy project: an updating note", cit., Annex II, para. 1.

124 See *Paradiso and Campanelli*, para. 12 and 84.

125 P. Beaumont, K. Trimmings, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, cit., p. 9.

Lastly, approaching the child's best interests from a wider point of view, it has to be considered that a newborn from surrogacy is not the only child whose interests have to be protected. There are also the children waiting for adoption<sup>126</sup> and the young women who, in poor countries, act as surrogate mothers and die daily as a result of unhealthy treatment<sup>127</sup>. This means that the legitimate aims of the State in protecting the health, rights, and freedom of others and preventing crimes should not be ascribed to the ground of public policy, but should be considered a State's action directed to protect the best interests of the various children involved.

In the light of the above, it appears that the answer about the compatibility of surrogacy with the fundamental rights enshrined in the CFR and in the ECHR, should be negative. Unfortunately, this answer does not solve all the problems concerning the status of children born from surrogacy.

Several scholars argued that the issue of cross border surrogacy should be regulated at an international level, in order to protect the different rights and interests involved in a coordinated way and establish shared rules. In particular, it has been suggested that guidelines to rule on surrogacy should be sought in some international conventions, which already provide protection for several of the rights described in the previous paragraph, even if they do not include surrogacy<sup>128</sup>. These include the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights<sup>129</sup>; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women<sup>130</sup> and, of course, the UN CRC<sup>131</sup>.

Another suggested course of action is to draft an international convention drawing inspiration from the 1993 Hague Adoption Convention<sup>132</sup>, "which is also based on the principle of cooperation between the country of origin and the receiving country and on the need to regulate international adoptions to protect the people involved, especially the children"<sup>133</sup>.

In 2010 the Council on General Affairs and the Policy of the HCCH discussed the growing problems of international surrogacy arrangements and acknowledged the related complex issues of private international law and child protection. It then agreed that the Permanent Bureau should have kept under review such issues. The following year, the Permanent Bureau presented a document that summarized the main problems arising from surrogacy concerning private international law and child protection issues, arguing on the way that the HCCH may assist in this field. It then explained that, while a uniform set of rules concerning applicable law, jurisdiction and enforcement was in theory desirable, it should have to consider carefully the practical need of such rules and the prospects of achieving consensus on such a broad set of principles<sup>134</sup>.

In 2012, the Permanent Bureau of the HCCH drew a Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, which underlined that, in consideration of the transnational nature of the problems arising as a result of international surrogacy arrangements, "it is difficult, if not im-

126 The estimate number of abandoned children worldwide is increasing constantly <http://www.sos-usa.org/our-impact/childrens-statistics>.

127 See, among others, <http://www.reuters.com/article/2015/03/02/us-surrogate-mothers-india-idUSKBN0LY1J720150302>; <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impooverished-die>; <http://www.hindustantimes.com/india-news/outsourcing-motherhood-india-s-reproductive-dystopia/article1-1373360.aspx>; Centre for Child Rights, Still Out of Focus: Status of India's Children, 2008, p. 211 available at <http://www.haqrc.org/status-children>.

128 See B. Stark, *Transnational surrogacy and international human rights law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2012, p. 1.

129 G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316, at 49 (Jan. 3, 1976), available at <http://www1.umn.edu/humanrts/instr/b2esc.htm>.

130 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, G.A. Res 34/180, art. 1, U.N. GAOR, Supp. No. 46, U.N. Doc. A/34/46, at 193 (Sept. 3, 1981).

131 Convention on the Rights of the Child, G.A. Res. 44/25, 61st plen. mtg., U.N. Doc. A/Res/44/25 (Nov. 20, 1980) (entered into force Sept. 2, 1990).

132 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, 29 May 1993, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=69](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69).

133 P. Beaumont, K. Trimmings, *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, cit., p. 17.

134 Permanent Bureau of HCCH, *Private international law surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, March 2011, cit.

possible, to envisage how such difficulties can be fully resolved by individual State action”<sup>135</sup>. The Permanent Bureau then described two different approaches to the multilateral regulation: (i) an approach focused on a harmonization of private international law rules relating to the establishment and contestation of legal parentage, including provision on cooperation and (ii) another setting a framework for cooperation drawing inspiration by the 1993 Convention on adoption, instead of a traditional private international law approach, attempting to harmonize the rules regarding jurisdiction, recognition and applicable law. Subsequently, in 2014, the Permanent Bureau published an important study concerning issues arising from international surrogacy agreements, after a wide consultation process, which involved States, legal practitioners in this field, expert health professionals, surrogacy agencies<sup>136</sup>. This study served as a basis for a document on the desirability and feasibility of further work on the parentage, which maintained the need of a further international work on the issue of surrogacy, with the aim to ensure that children born from surrogacy have certain and secure legal status, recognized in all States involved with the family and beyond and that surrogacy is conducted in a manner which respects the human rights and welfare of all those involved with the arrangements<sup>137</sup>. The Permanent Bureau, in fact, recommended that it should have been formed an expert group, who, whilst having as primary goal further exploring the feasibility of binding multilateral options, should also have in mind the scope for various degrees of action by the HCCH. As far as the second aim is concerned, the Permanent Bureau recommended that the broader concerns which arise from surrogacy agreements should be considered only once discussions have progressed concerning the legal status questions<sup>138</sup>.

The HCCH Council on General Affairs and Policy decided in 2015 that an Experts’ Group should be convened to explore the feasibility of advancing work on private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements, which may lead to the chance to draw up a multilateral instrument to regulate surrogacy. The Council decided that the Experts’ Group should meet in early 2016 and report to the 2016 Council meeting, and that the Group should be geographically representative and be composed in consultation with Members<sup>139</sup>.

In the same year, the Permanent Bureau published an updating note, considering some key international and regional developments in 2014, which confirmed the need of the recommended future work<sup>140</sup>. Among these key events, it has been included the *Mennesson* and *Labasse* judgements of the Strasbourg court, so that it appeared clear the role that such case law may have in future work in drafting multilateral instruments, setting guidelines for balancing the fundamental rights involved and clarifying the standard to be maintained. Although the Permanent Bureau strongly underlined the importance of such judgements, it pointed out that they left several questions unanswered, in particular concerning the requirements of Article 8 ECHR as regards the legal parentage of children in cases with different key facts to *Mennesson/Labasse* (that is, when there is not a genetic link between parents and child) and what to do about the broader concerns which arise in the context of surrogacy<sup>141</sup>, for example whether providing any method for the establishment of legal parentage (in particular adoption) will satisfy Art. 8 ECHR. Again, such concern shows how the Strasbourg case law may impact on the future works of the HCCH helping in answering to difficult questions. Even if the ECJ has a different role and competence in the field of human rights<sup>142</sup>, also its case law may impact on future negotiations, as all Member States will be bound to its judgments.

The Permanent Bureau concluded that the current situation may be considered as highly unsatisfactory for families and States and it «highlights even more starkly the need for the international community to come together to consider whether a multilateral framework might be agreed upon which could create legal certainty for everyone in these cross-border situations and enable States to work

135 Permanent Bureau of HCCH, *A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, March 2012, available at <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>.

136 Permanent Bureau HCCH, *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, cit.

137 Permanent Bureau of HCCH, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/ Surrogacy Project*, cit.

138 *Ibidem*, point 71.

139 See note 2 and the Conclusions and Recommendations of the 2015 Council available at [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015concl\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf).

140 Permanent Bureau of HCCH, *The parentage/surrogacy project: an updating note*, cit. point 2, letter (iii).

141 Permanent Bureau of HCCH, *The parentage/surrogacy project: an updating note*, cit. points 7 - 8.

142 On the competence and role of the ECJ see, *ex multis*, A. Tizzano, *The role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights*, in A. Arnulf Antony (ed.), *Continuity and change in EU Law: essays in honour of Francis Jacob*, Oxford, 2008 p. 125.

together to uphold the human rights of all concerned. Only a holistic analysis by the global community can begin to determine whether international legislation can achieve these aims»<sup>143</sup>.

Recently, the Experts' Group published the document "Background notes for the meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project" and, by the report of February 2016, asked the Permanent Bureau for more time to reach a definitive conclusion on the feasibility of an international instrument on surrogacy, due to the complexity of the issue.

Indeed, the "desirability and feasibility" of an international instrument is highly controversial. While the need for legal certainty is undoubtedly clear and present, the drafting of such instrument may require several years of negotiations and it may be suffer hindrances for public order objections by States that do not accept surrogacy in their legal order. Moreover, the scope to attain at first the certainty concerning the status of children born from surrogacy, may leave behind the crucial questions of human rights which are instead present and urgent<sup>144</sup>.

The multilateral approach to the issue may instead find the way of an international cooperation, building progressively a set of principle which could serve as a point of reference, also with the indications coming from the international courts. For example, in 2010 the Consuls Generals of eight European States wrote a joint letter to several IVF clinics in India to request that they cease providing surrogacy options to their nationals unless the intended parents had consulted with their embassy first<sup>145</sup>: this episode shows the need for administrative and concrete international cooperation to deal with such a delicate issue.

In this context, the European courts, like the ECJ and the ECtHR, may help, at least at a regional level, to make some clear points on surrogacy. While it should be clearly stated against the compatibility of surrogacy, both for profit and altruistic, with the European catalogues of human rights, the European Courts may provide guidelines and indications, as, for example, what is to be considered as "best interests of the child" for children born from surrogacy and the right balance of the other rights and interests involved.

143 Permanent Bureau of HCCH, *The parentage/surrogacy project: an updating note*, cit., point 12.

144 Focus on human rights protection should be maintained also in the opinion of L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 2015, p. 7, spec. p. 28.

145 See Permanent Bureau of HCCH, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, cit. point 45. The European States involved were: Belgium, France, Germany, Spain, Italy, the Netherlands, Poland and the Czech Republic.

Ludovica Poli\*

## Il diritto a conoscere le proprie origini e le tecniche di fecondazione assistita: profili di diritto internazionale

### Sommario

1. Introduzione. - 2. Tecniche di fecondazione assistita e diritto a conoscere le proprie origini. - 3. Il diritto a conoscere le proprie origini negli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e gli interessi contrastanti. - 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: indicazioni per un corretto bilanciamento di interessi. - 5. I profili controversi delle possibili soluzioni normative: il contenuto dell'informazione e la possibilità di stabilire un contatto con il donatore e/o la madre surrogata - 6. Una lettura *double-face* del diritto: il desiderio dei donatori e delle madri surrogate di conoscere la propria progenie - 7. Conclusioni: un diritto davvero a vantaggio delle persone *donor-conceived*?

### Abstract

Il diritto a conoscere le proprie origini trova fondamento in diversi strumenti di tutela dei diritti dell'uomo. Esso implica l'obbligo di garantire l'accesso alle informazioni rilevanti, a carico degli stati che consentono tecniche di fecondazione artificiale comportanti la partecipazione di un terzo (o di terzi) al processo: la fecondazione eterologa, la donazione di embrioni e la maternità surrogata. Se la giurisprudenza della Corte europea offre alcuni spunti utili ad identificare i parametri per un corretto bilanciamento di interessi, rimangono tanti gli aspetti controversi delle possibili soluzioni normative, inclusa l'eventualità di riconoscere agli ascendenti genetici e alle madri surrogate il diritto di conoscere la propria progenie.

*The right to know one's own origins is founded on many human rights treaties provisions. It implies a duty to ensure access to relevant information upon the states allowing artificial insemination techniques that require the participation of a third party (or third parties) to the process: namely, heterologous fertilization, embryo donation and surrogacy. Although the European Court's case-law provides a guidance to balance different interests at stake, possible normative solutions still present many controversial issues, including the opportunity to recognize the donors' and surrogate mothers' right to know their offspring.*

### 1. Introduzione

L'interesse ad accertare e conoscere le proprie origini, che ha ormai assunto la dimensione di un vero e proprio diritto meritevole di tutela, ha inizialmente trovato definizione in materia di adozione. Più di recente, ci si è chiesti se tale interesse riguardi anche i nati attraverso tecniche di fecondazione artificiale che prevedano la partecipazione di terzi (donatori e/o madri surrogate), estranei alla coppia o al singolo che porti avanti un progetto genitoriale. Ciò anche alla luce delle similitudini che intercorrono tra l'ado-

\* Ricercatrice di Diritto Internazionale, Università di Torino.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

zione, da una parte, e le tecniche di fecondazione assistita, dall'altra. Si tratta di due pratiche che, pur con i dovuti distinguo<sup>1</sup>, in effetti condividono il risultato finale, ovvero la creazione di «*parent-child relations (...) which would otherwise not exist*»<sup>2</sup> e che hanno una rilevante dimensione sociale<sup>3</sup>.

Tecniche quali la fecondazione eterologa, la donazione di embrioni e la pratica della maternità surrogata impongono un'attenta riflessione sul diritto alle origini. Consentendo infatti la distinzione tra madre biologica e/o ascendenti genetici, da una parte, e genitori sociali e/o legali, dall'altra, tali pratiche rendono più complesso l'accertamento delle proprie origini, non solo dal punto di vista fattuale, ma anche da un punto di vista formale, per la compresenza di interessi contrastanti.

Il presente scritto si propone, dunque, di considerare la posizione dei nati da fecondazione assistita per appurare il fondamento del diritto a conoscere le proprie origini e valutare, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come tale diritto vada bilanciato con altre posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela.

## 2. Tecniche di fecondazione assistita e diritto a conoscere le proprie origini

La questione relativa al diritto a conoscere le proprie origini per i bambini nati attraverso procreazione assistita emerge, innanzitutto, con riferimento alla fecondazione eterologa e alla donazione di embrioni soprannumerari (abbandonati)<sup>4</sup>, embrioni cioè creati *in vitro* ma poi non impiantati in utero e destinati a rimanere crioconservati *sine die*. Nel primo caso metà del patrimonio genetico del nato proviene da un donatore (più comunemente un donatore maschile, ma in alcuni casi anche una donatrice di oociti). Nella seconda ipotesi (detta anche "adozione di embrioni" o "adozione per la nascita") l'embrione non condivide il patrimonio genetico della gestante, né del suo eventuale compagno.

Il diritto a conoscere le proprie origini, inoltre, acquisisce rilevanza anche nel caso di maternità surrogata<sup>5</sup>, pratica che consiste, com'è noto, nella gestazione portata avanti da una donna su richiesta di una coppia di aspiranti genitori (*intended parents*). In quest'ultimo caso, il bambino può essere geneticamente legato alla gestante (nel caso in cui la donna metta a disposizione i propri gameti per la fecondazione), ma più spesso l'ascendente genetico femminile è una terza donatrice. In casi più rari, l'oocita può provenire dalla stessa madre sociale, ovvero la donna che si prenderà cura del bambino.

E' chiaro che l'interesse a conoscere le proprie origini è, almeno in parte, diverso nelle varie ipotesi descritte. In particolare, nei casi in cui si pratica una fecondazione eterologa (dunque anche nelle ipo-

- 
- 1 La distinzione fondamentale attiene al fatto che attraverso l'adozione si persegue lo scopo di fornire una coppia di genitori ad un bambino che ne sia privo, mentre le tecniche di procreazione assistita aiutano coppie sterili o infertili a divenire genitori (K.W. Ruyter, *The Example of Adoption for Medically Assisted Conception*, in *Creating the Child. The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*, D. Evans (ed.), The Hague, Martinus Nijhoff, 1996, p. 180). Inoltre, nel caso di fecondazione artificiale, almeno uno dei due genitori sociali è (in genere) legato biologicamente e/o geneticamente al bambino, cosa che non accade nel caso dell'adozione. Più nel dettaglio, il fatto che nell'adozione un bambino esista già, comporta una serie di conseguenze anche pratiche, per esempio la sussistenza di documentazione di varia natura (come certificati di nascita e altri documenti). Sono pertanto più numerosi gli elementi 'to reveal, or keep secret': TM. Freeman, *The New Birth Right? Identity and the Child of the Reproduction Revolution*, in *The International Journal of Children's Rights*, 1996, p. 281.
  - 2 K.W. Ruyter, cit., p. 179.
  - 3 K.W. Ruyter, cit., p. 180; in particolare sarebbero molto simili le posizioni degli adottati e delle persone *donor-conceived*, cui andrebbe dunque garantito il diritto di cui si dice, mentre le differenze tra i genitori adottivi e biologici, da una parte, e i donatori di gameti e i genitori sociali, dall'altra, giustificherebbero talune differenze nella regolamentazione di tale diritto: E.S. Chestney, *The Right to Know One's Genetic Origin: Can, Should, or Must a State That Extends This Right to Adoptees Extend an Analogous Right to Children Conceived with Donor Gametes?*, in *Texas Law Review*, 2001, p. 367.
  - 4 In alcuni ordinamenti la procedura è consentita e praticata. In Italia, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha chiarito che 'è eticamente accettabile proporre [l'adozione per la nascita] per risolvere, almeno in parte, il problema bioetico degli embrioni residuali, cioè definitivamente privati di un progetto parentale; ed è conseguentemente altrettanto eticamente accettabile, e anzi doverosa, una ampia promozione dell'istituto (...) ed un sostegno alle coppie o alla donna che ne facciano richiesta': CNB, *Adozione per la nascita degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*, parere 18 novembre 2005, par. 7. Dello stesso parere risulta essere la Commissione di studio sugli embrioni crioconservati (relazione finale, 8 gennaio 2010, disponibile all'indirizzo: [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpag\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf)).
  - 5 Per qualche riflessione su tale pratica sia consentito rinviare a L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 7 ss..

tesi di maternità surrogata in cui si faccia utilizzo degli oociti di una donatrice) e, a maggior ragione, nel caso di donazione di embrioni, tale interesse coincide con il desiderio di accertare le proprie origini genetiche. In tutti i casi in cui la gestazione venga portata avanti da una donna diversa dalla madre sociale (che può, peraltro, essere del tutto assente, allorché gli *intended parents* siano due uomini) l'interesse a conoscere le proprie origini coprirà, in senso più ampio, tutte le rilevanti circostanze relative alla nascita<sup>6</sup>.

Data la diffusione delle pratiche menzionate, è facile ipotizzare che le persone interessate ad esercitare tale diritto siano in costante aumento. Secondo un'indagine condotta dall'*International Federation of Fertility Societies* nel 2013, sarebbero altresì in aumento gli ordinamenti in cui si abbandona la regola dell'anonimato dei donatori di gameti, a vantaggio di un sistema che offra maggiore trasparenza. In particolare, tra i sessanta paesi considerati, trentuno consentirebbero accesso ad informazioni non identificative del donatore - a richiesta dell'interessato - e, tra questi, quindici garantirebbero la comunicazione di dati identificativi, seguendo il modello inaugurato in Svezia sin dagli anni '80<sup>7</sup>. Lo stesso sistema si applica in Svizzera dal 2001, in Norvegia dal 2003, in Olanda e Regno Unito dal 2004 e in Finlandia dal 2006. Fuori dall'Europa, è possibile risalire all'identità del donatore in quattro stati australiani, in Nuova Zelanda, Uruguay e Argentina. In tutti questi ordinamenti, si noti, rimane netta la distinzione tra l'accertamento del legame genetico e il riconoscimento legale del rapporto di filiazione<sup>8</sup>.

A fronte di queste aperture, sussistono ancora tanti sistemi in cui l'anonimato è la regola, oppure la scelta del regime applicabile (anonimato o identificabilità) spetta al donatore ed alla coppia che ha accesso alle tecniche di fecondazione artificiale<sup>9</sup>: in questi sistemi (cosiddetti di *'double-track'*) la rintracciabilità delle proprie origini dipende, dunque, da una scelta operata da terzi.

In altri casi, ancora, la disciplina è incompleta, lacunosa o incerta.

In Italia, a seguito della sentenza n. 162 del 2014 con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, ha avuto inizio, pur con qualche incertezza, l'applicazione di tale tecnica presso centri specialistici. In assenza di una specifica regolamentazione in materia, tuttavia, nessuna garanzia sembra sussistere quanto alla predisposizione di meccanismi che assicurino ai nati l'accesso alle informazioni circa i donatori (di seme o oociti). Anzi, gli indirizzi operativi definiti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, con il fine di rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure eterologhe, confermano la scelta dell'anonimato<sup>10</sup>.

Peraltro, in dottrina sono state espresse opinioni diverse quanto alla possibilità di interpretare la sentenza n. 162 nel senso di prevedere il diritto a conoscere le proprie origini<sup>11</sup>. Alcune voci<sup>12</sup>, in particolare, hanno evidenziato i termini contraddittori usati dalla Corte Costituzionale, che, dopo aver fatto riferimento alla normativa sulla donazione di tessuti e cellule umani - da cui deriverebbero alcuni profili applicabili alla fecondazione eterologa, ed in particolare, per quanto ci interessa, l'anonimato del donatore<sup>13</sup> - richiama espressamente le modifiche intervenute in materia di adozione, quanto al 'diritto all'identità genetica'<sup>14</sup>.

6 Com'è stato ben evidenziato in dottrina, *'the right to know one's origins amounts to the right to know one's parentage, ie, one's biological family and ascendance, and one's conditions of birth. It protects each individual's interest to identify where she comes from'*: S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, p. 140.

7 *International Federation of Fertility Societies*, *Surveillance*, 2013, p. 77-79, disponibile all'indirizzo: [http://c.ymcdn.com/sites/www.iffs-reproduction.org/resource/resmgr/iffs\\_surveillance\\_09-19-13.pdf](http://c.ymcdn.com/sites/www.iffs-reproduction.org/resource/resmgr/iffs_surveillance_09-19-13.pdf).

8 E. Farnós Amorós, *Donor Anonymity, or the Right to Know One's Origins?*, in *Catalan Social Sciences Review*, 2015, p. 4

9 *Ibidem*.

10 *L'illegittimità costituzionale del divieto della 'fecondazione eterologa'. Analisi critica e materiali*, M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), Napoli, FrancoAngeli, 2014, p. 316 ss..

11 D. Rosani, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera* in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2016, pp. 224-227.

12 M. Casini, C. Casini, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *Biolaw Journal -Rivista di BioDiritto*, 2014, p. 142.

13 Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 2014, par. 12. Gli altri profili richiamati sono la gratuità e la volontarietà della donazione, le modalità del consenso, nonché le esigenze di tutela sotto il profilo sanitario.

14 La L. 184 del 1983 disponeva il segreto circa l'identità dei genitori biologici a 'garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva' (Corte Costituzionale, sentenza n. 162 /2014, par. 12.), prevedendo di conseguenza il divieto di accesso alle relative informazioni. Il quadro normativo è stato però in seguito modificato, dapprima, attraverso la L. 28 marzo 2001, n.149 che ha regolato l'accesso dell'adottato alle informazioni a determinate condizioni e poi, ancora, attraverso il d.lgs. 28

I numeri dei potenziali interessati e le incertezze o lacune normative ancora presenti in diversi ordinamenti suggeriscono dunque un'attenta analisi della questione che consideri, innanzitutto, il fondamento del diritto a conoscere le proprie origini.

### 3. Il diritto a conoscere le proprie origini negli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e gli interessi contrastanti

Pur non godendo di una formulazione chiara negli strumenti a salvaguardia dei diritti dell'uomo, il diritto a conoscere le proprie origini trova eco in diverse previsioni pattizie.

Primaria importanza riveste senza dubbio la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, con particolare riferimento alle previsioni di cui agli articoli 7, 8 e 13.

Il diritto di ricostruire le proprie origini può essere letto, innanzitutto, quale derivazione del diritto a conoscere i propri genitori<sup>15</sup>, che l'art. 7 della Convenzione di New York pone accanto al diritto ad essere registrati, ad avere un nome e ad acquisire una cittadinanza<sup>16</sup>. Se il diritto ad essere registrati subito dopo la nascita prelude all'effettivo godimento di altri diritti e benefici e mette il bambino nelle condizioni di poter risalire alle proprie origini in un momento successivo, il diritto al nome ed alla nazionalità appare essenziale per la definizione e la preservazione dell'identità del minore<sup>17</sup>.

In questo quadro deve dunque intendersi il riferimento al diritto a conoscere i propri genitori, che è certamente da interpretarsi in senso ampio, considerando, in particolare, che il termine 'genitori' include i 'genetic parents', i 'birth parents' (ovvero, 'the mother who gave birth and the father who claimed paternity through partnership with the mother at the time of birth'<sup>18</sup>), nonché coloro che si siano presi cura del bambino per lunghi periodi durante la sua infanzia.

Il Comitato per i diritti del fanciullo ha più volte segnalato la possibile contrarietà alla disposizione citata della prassi, diffusa in molti stati, di tenere segreta l'identità del donatore di seme<sup>19</sup>. Nel garantire il diritto a conoscere i propri genitori 'nella misura possibile'<sup>20</sup>, l'art. 7 impone dunque un onere a carico degli Stati chiamati a garantire l'accesso a tali informazioni, in termini che possono presumersi simili a quanto imposto dall'art. 30 della Convenzione dell'Aja in materia di adozione, secondo cui 'le autorità competenti di ciascuno Stato contraente conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia [e] assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l'assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato'.

Il diritto a conoscere le proprie origini, poi, è strettamente connesso con il diritto a salvaguardare la propria identità, che la Convenzione sui diritti del fanciullo garantisce all'art. 8. La previsione esige, al comma 1, che gli Stati parte si impegnino «a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria

---

dicembre 2013, n. 154 che ha disciplinato il diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato. Infine, attraverso l'intervento della stessa Corte Costituzionale è stata abolita l'irreversibilità del segreto circa l'identità della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, irreversibilità che la Consulta ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 Costituzione, invitando dunque il legislatore ad istituire meccanismi per verificare la perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale (sentenza 18 dicembre 2013, n. 278).

- 15 La previsione di tale diritto si deve alla proposta di un gruppo di paesi islamici (Algeria, Egitto, Giordania, Iraq, Kuwait, Libia, Marocco, Oman, Pakistan e Tunisia) secondo i quali esso avrebbe garantito 'the psychological stability of the child', contribuendo altresì a formarne la personalità: (UN Doc. E/CN.4/1989/48, par. 93 e 94).
- 16 Si tratta di posizioni giuridiche soggettive garantite anche da altri strumenti, in particolare, dall'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici.
- 17 S. Besson, cit. p. 141.
- 18 UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007 pp. 104-105.
- 19 Si vedano le osservazioni conclusive del Comitato per i diritti del fanciullo: CRC/C/15/Add.23 (Norvegia) del 25 aprile 1994, par. 10; CRC/C/15/Add.182 (Svizzera) del 13 giugno 2002, par. 28 e 29; CRC/C/15/Add.188 (Regno Unito) del 9 ottobre 2002, par. 31 e 32.
- 20 Tale inciso, inserito per conciliare le diverse prospettive emerse durante i negoziati, consentirebbe in particolare di limitare l'onere a carico dello stato allorché un genitore non sia identificabile per ragioni di fatto, oppure nel caso in cui la madre non possa o intenda rivelare il nome del padre o, ancora, allorché lo stato ritenga che sia più opportuno che il genitore rimanga non identificabile: R.J., Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths: A Comparative Law Study on Children's Right to Know Their Genetic Origins*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 51.

identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali». In dottrina è stato evidenziato che l'art. 8 rappresenta una disposizione molto innovativa: è, infatti, la prima norma internazionale ad avere esplicitamente tutelato i diritti d'identità e, soprattutto, a vantaggio dei bambini<sup>21</sup>. Ciononostante, la norma non solo non fornisce una definizione di identità, ma si limita ad elencare tre degli aspetti che tale concetto include (nome, nazionalità e relazioni familiari), ribadendo, in sostanza, quanto indicato all'articolo precedente. È chiaro, ad ogni modo, che non si tratta di un elenco esaustivo e che, pertanto, molti altri aspetti (quali la storia personale, la razza, la cultura, la religione, le abilità e le inclinazioni di una persona<sup>22</sup>) rientrano nella nozione di identità e, come tali, sono tutelati dalla previsione citata. L'identità, infatti, è un concetto molto ampio, che copre tutti quei profili che consentono a ciascuno di affermare la propria esistenza quale individuo nella società e di riconoscere la propria unicità. Il diritto garantito dall'art. 8 include, pertanto, il diritto di conoscere il proprio *'ancestral background'*<sup>23</sup>, ovvero le informazioni mediche e genetiche, le origini biologiche come pure le circostanze del proprio concepimento, il luogo e la data di nascita e ogni altro evento che possa essere rilevante per un individuo<sup>24</sup>. L'opportuna conoscenza delle proprie origini consente a ciascuno di sviluppare pienamente e compiutamente l'identità *'narrativa'*, ovvero *«the internalized and evolving story of the self that a person constructs to make sense and meaning out of his or her life»*<sup>25</sup>.

In questa direzione si pone anche l'*Implementation Handbook* della Convenzione sui diritti del fanciullo, sebbene a partire da una prospettiva incentrata sulla facilità con cui i bambini sono in grado di instaurare relazioni con altri adulti, allorché possano fare affidamento su un ambiente familiare solido<sup>26</sup>. Da tale consapevolezza l'*Handbook* muove per evidenziare come *«children's best interests and senses of identity may be sustained without having to deny them knowledge of their origins, for example after reception into state care, through "secret" adoptions or anonymous egg/sperm donations and so forth»*<sup>27</sup>.

Rilevante, infine, appare anche la disposizione dell'art. 13 della Convenzione citata, che, nel garantire la libertà di espressione dei minori, si riferisce alla libertà di ricercare e di ricevere qualunque tipo di informazione, inclusi - evidentemente - i dati dei propri ascendenti genetici e ad altre significative circostanze relative alla nascita<sup>28</sup>.

Il diritto a conoscere le proprie origini non spetta tuttavia solo ai bambini, ma a qualunque individuo si trovi nelle condizioni di desiderare tale accertamento. Anzi, a ben vedere, quello che è un diritto maturato sin dalla nascita, è più facilmente esercitato in età adulta o, quanto meno, una volta che si sia raggiunto un certo grado di maturità. Esistono, dunque, anche in altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali previsioni che possono essere intese nel senso di salvaguardare il diritto di cui si dice.

Il diritto a conoscere le proprie origini emerge innanzitutto con riferimento al rispetto della vita privata, garantito dall'art. 8 CEDU, dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, secondo la differente nomenclatura di *right to privacy*, da numerose altre disposizioni<sup>29</sup>. Tale diritto, stando all'interpretazione evolutiva offerta dalla Corte di Strasburgo, copre *'una molteplicità di manifestazioni della vita dell'individuo, intesa sia come espressione della personalità che come insieme di rapporti interper-*

21 La disposizione trae origine da una proposta argentina ed intendeva essere una risposta alla pratica delle sparizioni forzate ai danni di bambini tristemente diffusa nel paese negli anni '70 e '80: G.A. Stewart, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, in *Family Law Quarterly*, 1992, pp. 221 ss..

22 S. Besson, cit., pp. 143-144.

23 M. Freeman, A. Margaria, *Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, pp.159-160, con un richiamo a G.A. Stewart, cit..

24 *Ibidem*.

25 D.P. McAdams, *Narrative identity*, in S.J. Schwartz, K. Luyckx, V.L. Vignoles (Eds.), *Handbook of Identity Theory and Research*, New York, Springer, 2011, p. 99. L'Autore aggiunge: *'[t]he story is a selective reconstruction of the autobiographical past and a narrative anticipation of the imagined future that serves to explain, for the self and others, how the person came to be and where his or her life may be going'*, *ibidem*.

26 UNICEF, cit., p. 114: *'From the secure foundation of an established family environment, children can enjoy complex and subtle relationships with other adults and with a range of cultures, to a much larger degree than may be recognized'*.

27 *Ibidem*.

28 S. Allan, *Access to Information About Donors by Donor-Conceived Individuals: A Human Rights Analysis*, in *Journal of Law and Medicine*, 2013, p. 657.

29 Si vedano, in particolare, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 1948, art. 12 ed il Patto sui diritti civili e politici, 1966, art. 17.

sonali<sup>30</sup>. Senza dubbio l'accesso ad informazioni relative alle proprie origini influisce «sullo sviluppo armonioso della personalità»<sup>31</sup> di ciascun individuo e - come tale - è manifestazione del diritto alla vita privata.

Il diritto a conoscere le proprie origini può poi ricondursi anche alla protezione dei dati personali, che pure è coperta dall'art. 8 CEDU (ed è altresì specificata in altre disposizioni, come l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e che 'implica l'obbligo positivo di garantire all'interessato l'accesso ai propri dati detenuti da soggetti pubblici o privati'<sup>32</sup>.

E' da escludere, invece, la possibilità di collegare tale diritto all'ulteriore aspetto garantito dall'art. 8 CEDU, il diritto alla vita familiare. Nel caso *J.R.M. c. Paesi Bassi*, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che l'aver donato il seme non conferisce al donatore un diritto al rispetto della vita familiare con il bambino<sup>33</sup>. Vi è da chiedersi se la prospettiva possa essere diversa allorché in gioco vi sia l'interesse dell'individuo concepito tramite eterologa, anziché quello del donatore. Pare a chi scrive che l'importanza che i giudici di Strasburgo sono soliti attribuire, in materia, all'effettività dei legami personali, escluda in ogni caso la possibilità di ricondurre il diritto alle origini al rispetto della vita familiare.

Infine, significativo rilievo ha il diritto alla salute, che, com'è noto, conosce numerose formulazioni, sia in strumenti a portata universale<sup>34</sup>, sia in documenti regionali<sup>35</sup>. Tali enunciazioni attestano la natura della salute come 'concetto non statico, la cui definizione, sotto il profilo tecnico-giuridico, si presta a interpretazioni differenti'<sup>36</sup>. Il diritto alla salute copre senz'altro quello di accesso alle informazioni rilevanti (garantito esplicitamente dall'art. 10 della Convenzione di Oviedo<sup>37</sup>), inclusa l'anamnesi familiare, particolarmente importante nel caso di malattie ereditarie. E' evidente che le persone che nascono attraverso tecniche di fecondazione eterologa o donazione di embrioni e che non siano messe nelle condizioni di aver accesso a tale storia clinica possono essere esposte a maggiori rischi per la propria salute<sup>38</sup>.

Il diritto a conoscere le proprie origini può dunque essere ricondotto a diverse posizioni giuridiche soggettive tutelate da strumenti internazionali. Nessuno dei diritti cui si è fatto riferimento, tuttavia, è assoluto: si pone pertanto la necessità di trovare un bilanciamento con la garanzia di altri interessi (collettivi e individuali) rilevanti in ciascun caso di specie.

Particolare attenzione merita la posizione dei donatori e delle madri surrogate, il cui diritto all'anonimato potrebbe essere compromesso, in caso di *disclosure* a vantaggio di individui *donor-conceived*. Il diritto a rimanere anonimi è certamente da ricondursi non solo alla protezione dei dati personali, ma anche alla tutela della vita privata e familiare, in particolare allorché i donatori e le madri surrogate abbiano stabilito legami affettivi che intendano preservare da interferenze esterne. Sull'ampiezza di tale posizione giuridica soggettiva influiscono una serie di variabili (su cui si tornerà *infra*, par. 5): innanzitutto il contenuto dell'informazione relativa alle origini (ovvero se questa riguardi solo dati non identificativi o piuttosto consenta la puntale individuazione del donatore e/o della gestante surrogata), nonché la possibilità che queste informazioni siano fornite in assenza di previo consenso da parte del donatore e/o della gestante surrogata. E' poi opportuno evidenziare come la preservazione dell'anonimi-

30 C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da una madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)* (Commento a Corte europea dei diritti dell'Uomo, 26 giugno 2014, ric.65192/11), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 1135.

31 M. De Salvia, M. Remus, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti, procedura e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè 2016, p. 235.

32 L. Tomasi, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Padova, Cedam, 2012, p. 316.

33 Commissione europea dei diritti dell'Uomo, *J.R.M. c. Paesi Bassi*, 8 febbraio 1993, ricorso n. 16944/90.

34 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 1948, art. 25; Patto sui diritti economici, sociali e culturali, 1966, art. 12; Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, 1965, art. 5; Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, 1979, artt. 11 e 14; Convenzione sui diritti del fanciullo, 1989, art. 24.

35 Dichiarazione americana sui diritti dell'uomo, 1948, art. XI; Protocollo addizionale alla Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo relativo ai diritti economici, sociali e culturali, 1988, art. 10; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, 1981, art. 16; Carta sociale europea, 1996, art. 11.

36 P. Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011, p. 5.

37 Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, 1997.

38 S. Allan, cit., p. 664.

mato dei donatori e delle madri surrogate sia spesso un interesse condiviso anche dai genitori 'sociali', intenzionati a preservare l'equilibrio e la stabilità delle proprie relazioni con i figli<sup>39</sup>.

La complessità degli interessi in gioco è, dunque, di tutta evidenza ed impone un attento bilanciamento. A questo punto appare utile, per identificare alcune linee guida, considerare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

#### 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: indicazioni per un corretto bilanciamento di interessi

Sebbene la Corte europea non sia mai stata chiamata ad esprimersi specificatamente sulla questione oggetto di questo scritto, è possibile trarre qualche indicazione dall'analisi della giurisprudenza in materia di riconoscimento di paternità, da una parte, e di identificazione della madre biologica in caso di parto anonimo e segreto, dall'altra.

Un primo ordine di considerazioni riguarda la natura del diritto invocato dai ricorrenti e la tipologia dei doveri che gravano sullo Stato.

Come emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza di Strasburgo, coloro che cercano di ottenere dati relativi ai propri ascendenti genetici sono considerati portatori di un interesse essenziale (*vital interest*) a ricevere le informazioni atte a ricostruire un aspetto centrale della loro identità. La Corte ha considerato per la prima volta la definizione dei legami di parentela rilevante per lo sviluppo dell'identità individuale e, dunque, meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 8 CEDU, con la sentenza *Mikulić c. Croazia*, riguardante un caso di riconoscimento di paternità<sup>40</sup>. La Corte ha evidenziato che il rispetto della vita privata (concetto che include non solo l'integrità psicofisica, ma anche l'identità fisica e sociale) comprende il diritto di stabilire relazioni con altri<sup>41</sup> e che, proprio a tal fine, esso esige che ciascuno sia in grado di conoscere dettagli funzionali allo sviluppo della propria personalità<sup>42</sup>. Simili informazioni includono tutti gli elementi utili a scoprire «*the truth concerning important aspects (...), such as the identity of one's parents*»<sup>43</sup>.

Un secondo elemento che emerge dall'analisi è che, per la Corte europea, l'interesse a conoscere le proprie origini non solo non diminuisce con l'età, bensì tende a farsi più intenso.

Nonostante alcune incertezze sul punto nella giurisprudenza più risalente<sup>44</sup>, tale principio ha ricevuto una chiara formulazione nelle decisioni più recenti (sia in materia di riconoscimento di paternità<sup>45</sup>, che in materia di parto segreto<sup>46</sup>) e deve esser considerato adesso un punto fermo della giurisprudenza

39 C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 515; Id., *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2003, p. 152.

40 Corte europea dei diritti dell'Uomo, I sezione, *Mikulić c. Croazia*, 7 febbraio 2002, ricorso n. 53176/99, par. 64. La ricorrente, nata al di fuori del matrimonio, lamentava l'eccessiva durata del procedimento di accertamento della paternità, non solo sotto la prospettiva dell'art. 6 par. 1, ma anche con riferimento all'art. 8 CEDU, ritenendo in particolare che il prolungato stato di incertezza riguardo la sua identità personale avesse compromesso il diritto garantito da tale previsione. Secondo R.J. Blauwhoff (cit., p. 75) la decisione è altresì rilevante perché, per la prima volta, la Corte ha identificato «*more strict procedural and time-related safeguards, providing a check on a state's discretion in deciding on paternity proceedings*»

41 *Ibidem*, par. 53.

42 *Ibidem*, par. 54.

43 *Ibidem*, par. 64.

44 R.J., Blauwhoff, cit., p. 99, evidenzia come nel caso *Odièvre c. Francia* (Corte europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, 13 febbraio 2003, ricorso n. 42326/98) «*the applicant's adult age detracted from the force of her right to know, since it had to be seen on a "footing of equality" with countervailing interests*». In effetti la Corte ha sottolineato, al par. 44: «*the two private interests with which the Court is confronted in the present (...) do not concern an adult and a child, but two adults, each endowed with her own free will*». Con la decisione citata, la Corte ha confermato la compatibilità con la CEDU del sistema francese del parto anonimo (*accouchement sous X*) che prevede l'accesso ad informazioni non identificative relative alla madre naturale e la possibilità che un organo indipendente verifichi la rinuncia alla riservatezza da parte della stessa, su richiesta dell'interessato.

45 Corte europea dei diritti dell'Uomo, III sezione, *Jäggi c. Svizzera*, 13 luglio 2006, ricorso n. 58757/00, par. 40.

46 Corte europea dei diritti dell'Uomo, II sezione, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09, par. 56. Il caso concerneva l'impossibilità per una donna di ottenere informazioni relative alla madre naturale che l'aveva abbandonata alla nascita. La Corte ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo che l'ordinamento interno non bilanciava il diritto della

di Strasburgo. In particolare, la Corte considera rilevante che il ricorrente abbia manifestato un interesse genuino alla ricostruzione dei propri legami di parentela, tale da dimostrare una sofferenza mentale e psicologica anche in assenza di certificazione medica<sup>47</sup>.

In questa prospettiva è interessante notare come la Corte abbia esplicitamente inteso distinguere tra i casi in cui il ricorrente non abbia alcuna possibilità di ottenere le informazioni rilevanti e i casi in cui l'interessato conosca con certezza il proprio genitore biologico (o abbia fondati motivi per presumere chi questi sia) e, per motivi indipendenti dalla disciplina normativa interna, non dia avvio nei termini stabiliti ad alcun procedimento volto al riconoscimento.<sup>48</sup> In sostanza, per i giudici, l'accertamento non può essere procrastinato *sine die* ed è pertanto legittima la previsione di un limite temporale alla possibilità di avviare procedimenti per il riconoscimento di paternità. Tale termine sarebbe volto a tutelare «*the interests of presumed fathers from stale claims and prevent possible injustice if courts were required to make findings of fact that went back many years*»<sup>49</sup>. Per qualcuno la Corte avrebbe così identificato una sorta di 'procreational privacy', il che apparirebbe contraddittorio in una materia in cui si riconosce che l'interesse a ricostruire le proprie origini possa maturare con il tempo<sup>50</sup>.

E' evidente che l'applicazione di tale principio è strettamente connessa alle conseguenze legali del riconoscimento di paternità: non necessariamente, dunque, esso deve trovare applicazione nel caso di ricerca delle proprie origini da parte di una persona *donor-conceived* o nata attraverso gestazione surrogata. Tuttavia non è da sottovalutare l'attenzione che la Corte dimostra circa la genuinità dell'interesse dell'individuo a rintracciare le proprie origini. Se i giudici considerano, da una parte, che questo interesse possa crescere con il tempo (ed accompagnarsi ad un sempre maggiore senso di frustrazione e dolore), dall'altra sembrano anche suggerire che, per poter essere considerato come uno degli elementi utili a guidare il bilanciamento, il desiderio di ricostruire le circostanze della propria nascita debba trovare manifestazione in tentativi concreti.

Rispetto al diritto così identificato, la Corte è molto chiara nel riconoscere in capo allo Stato - in virtù dell'art. 8 CEDU - un obbligo di natura positiva, «*involv[ing] the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*»<sup>51</sup>, che si traduce nel dovere di agevolare nella ricerca le persone che intendano ottenere informazioni relative alle proprie origini. Nel determinare l'estensione degli obblighi positivi dello Stato in materia, la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento alle autorità statali, ma non rinuncia a verificare se esse abbiano operato un corretto bilanciamento tra l'interesse generale e quello dei ricorrenti.

La Corte dimostra di essere molto attenta alla considerazione di tutte le posizioni rilevanti per il caso di specie. Nel caso *Jäggi c. Svizzera*, per esempio, essa - chiamata ad esprimersi in merito al rifiuto opposto dalle autorità allo svolgimento del test del DNA sulle spoglie del presunto padre del ricorrente - ha debitamente preso in considerazione i diritti di terzi al rispetto dell'invulnerabilità del corpo del defunto, il diritto al rispetto per i morti e la necessità di preservare la certezza giuridica<sup>52</sup>. Nel caso *Odièvre*

ricorrente con il diritto della madre a mantenere l'anonimato, non consentendo, in particolare, l'accesso a dati non identificativi, né un meccanismo atto a verificare il perdurare del desiderio di riservatezza da parte della genitrice. Com'è noto, in materia è poi intervenuta la nostra Corte Costituzionale con la sentenza 278 del 2013, già richiamata *supra*, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui non prevede (attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza) la possibilità per il giudice di interpellare - su richiesta del figlio - la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione. La Consulta, in particolare, ha inteso distinguere tra genitorialità giuridica e genitorialità naturale e ha concluso che 'una rinuncia irreversibile alla genitorialità giuridica non può ragionevolmente implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla genitorialità naturale: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost.', par. 5.

47 *Jäggi c. Svizzera*, cit., par. 40; *Godelli c. Italia*, cit., par. 56.

48 Corte europea dei diritti dell'Uomo, I sezione, *Phinikaridou c. Cipro*, 20 dicembre 2007, ricorso n. 23890/02, par. 63.

49 *Ibidem*, par. 51.

50 R.J., Blauwhoff, cit., p. 112. L'Autore ritiene che la Corte abbia assunto una posizione troppo restrittiva nell'ammettere un'indagine su 'the legal nature of the applicant's motives in seeking the information', anche perché sarebbe spesso 'impracticable for courts to determine whether the motives of the applicant relate primarily to the establishment of legal parentage and the consequences thereof, such as inheritance, or bearing an ideological dimension': *ibidem*, p. 111.

51 *Mikulić c. Croazia*, cit., par. 57; *Odièvre c. Francia*, cit., par. 40; *Godelli c. Italia*, cit., par. 47.

52 Quanto al primo aspetto, la Corte si è limitata a constatare che i famigliari superstiti del defunto non avevano mosso alcuna obiezione al prelievo del materiale biologico sulla base di convinzioni religiose o filosofiche. Quanto alla necessità del garantire il rispetto per i defunti, la Corte ne ha sottolineato la natura temporanea, evidenziando come il corpo sarebbe comunque dovuto essere esumato e spostato una volta che fosse cessato il *lease* della tomba. Infine, la Corte ha escluso che la necessità di

c. Francia sul parto anonimo, i giudici hanno considerato invece gli interessi della madre naturale (che aveva potuto esercitare il proprio diritto alla salute, partorendo in condizioni sanitarie appropriate pur non intendendo riconoscere il bambino, proprio grazie all'anonimato); la posizione di altre persone (ed in particolare di altri componenti sia della famiglia naturale, che di quella adottiva)<sup>53</sup>, ma soprattutto la delicata condizione del bambino. La Corte ha infatti ritenuto che il parto segreto sia un istituto volto a tutelare anche quest'ultimo da misure quali l'aborto illegale, l'abbandono al di fuori delle procedure previste e persino l'infanticidio<sup>54</sup>.

Inoltre, in linea con una giurisprudenza consolidata, la Corte conferma di considerare il '*best interest of the child*' come principio guida per decisioni che riguardino direttamente un minore. La dottrina, com'è noto, identifica tale principio quale «controlimita dell'ordine pubblico», un elemento cioè che accentua la discrezionalità del giudice, chiamato a bilanciare esigenze di coerenza interna dell'ordinamento e tutela della posizione del minore<sup>55</sup>. Il principio ha trovato applicazione anche in materia di maternità surrogata: nelle sentenze relative ai casi *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*, in particolare, i giudici di Strasburgo, insistendo sull'importanza del legame genetico sussistente tra i figli e il padre, hanno ritenuto che il rifiuto da parte delle autorità francesi di trascrivere gli atti di nascita fosse contrario al superiore interesse dei minori coinvolti, in quanto impediva il riconoscimento giuridico di una realtà biologica<sup>56</sup>.

E' poi interessante sul punto notare come, nella giurisprudenza più recente sul riconoscimento di paternità, il principio citato spinga la Corte ad identificare non solo un diritto, ma quasi un 'dovere' di conoscere le proprie origini. Si tratta, in particolare, del caso *Mandet c. Francia*, in cui le autorità nazionali avevano affermato il diritto del presunto padre biologico al riconoscimento di paternità, precisando che ciò fosse nel migliore interesse del minore, nonostante quest'ultimo (che aveva un diverso padre legale) avesse chiesto ai giudici di non modificare i propri legami famigliari<sup>57</sup>. Il minore, insieme alla madre ed al padre legale, lamentava a Strasburgo una violazione dell'art. 8 CEDU, ma la Corte confermava l'impostazione adottata dalle autorità nazionali, ritenendo che queste non avessero fatto prevalere gli interessi del padre biologico su quelli del minore, ma li avessero invece correttamente considerati coincidenti<sup>58</sup>.

In conclusione, l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo suggerisce che la Corte, nel bilanciare il diritto a conoscere le proprie origini con altri interessi collettivi e/o individuali, possa, pur partendo dal riconoscimento di un margine di apprezzamento teoricamente ampio, operare un attento scrutinio dell'interferenza nella vita di un individuo *donor-conceived* o nato da *surrogacy*, rappresentata da un sistema che non consenta di risalire alle proprie origini. In effetti la Corte ha più volte evidenziato come «*lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte*<sup>59</sup>. E ciò, non solo nel caso in cui l'interessato sia un minore (ipotesi che vedrebbe operare il principio del *best interest of the child*»), ma anche allorché il ricorrente sia un adulto. In questo caso, però, è probabile che la Corte valuti attentamente se - e fino a che punto - il ricorrente abbia nel tempo manifestato il desiderio di ricostruire le circostanze della propria nascita, attivandosi con solerzia ed insistenza presso le autorità nazionali. Non può escludersi, tuttavia, che il continuo progresso della ricerca genetica, e le possibilità di prevenzione e cura che ad esse sono connesse, possa gradualmente temperare questa posizione e spingere la Corte nella direzione di un ampio riconoscimento del diritto di cui si dice.

---

preservare la certezza giuridica fosse una ragione sufficiente a privare il ricorrente del suo diritto di ricostruire le proprie origini. *Jäggi c. Svizzera*, cit., par. 41 e 43.

53 *Odièvre c. Francia*, cit., par. 44.

54 *Ibidem*, par. 45.

55 F. Mosconi, C. Campiglio, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, Utet, 2005, p. 358.

56 Corte europea dei diritti dell'Uomo, V sezione, *Mennesson c. Francia*, 26 luglio 2014, ricorso n. 65192/11, par. 100; *Labassee c. Francia*, 26 luglio 2014, ricorso n. 65941/11, par. 79.

57 Corte europea dei diritti dell'Uomo, V sezione, *Mandet c. Francia*, 14 gennaio 2016, ricorso n. 30955/12.

58 *Ibidem*, par. 57.

59 Corte europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, *SH e altri c. Austria*, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/00, par. 94.

## 5. I profili controversi delle possibili soluzioni normative: il contenuto dell'informazione e la possibilità di stabilire un contatto con il donatore e/o la madre surrogata

Appurato che il diritto a ricostruire le proprie origini genetiche e/o le condizioni della propria nascita trova un fondamento in strumenti a tutela di diritti umani fondamentali, occorre ora riflettere sulle possibili soluzioni normative che ne garantiscano a livello interno il godimento. Le disposizioni internazionali che tutelano il diritto a conoscere le proprie origini devono intendersi imporre alle autorità nazionali, da una parte, l'obbligo di registrare i dati del donatore o della donatrice e/o della madre surrogata e, dall'altra, di renderli accessibili all'interessato.

Non mancano tuttavia profili controversi.

Un primo ordine di problemi riguarda il contenuto dei dati da registrare e di quelli da mettere poi a disposizione dell'interessato. Per comprendere meglio la questione, occorre individuare nel dettaglio che cosa esattamente comporti il diritto a conoscere le proprie origini<sup>60</sup>. Tale posizione giuridica soggettiva sembra poter trovare applicazione con riferimento a tre diversi tipi di informazione.

Innanzitutto, il diritto a conoscere le proprie origini comporta quello ad essere informati circa le modalità del proprio concepimento, avvenuto attraverso il ricorso ad una delle tecniche menzionate. Questa informazione, a ben vedere, non solo è oggetto del diritto di cui si dice, ma rappresenta anche la condizione essenziale per un suo completo esercizio. In secondo luogo, risultano di centrale importanza le informazioni genetiche e l'anamnesi familiare del donatore, stante la rilevanza che tali dati hanno per la salute dell'interessato. Parimenti, anche se su un piano diverso, altri dati non-identificativi possono essere d'interesse per la persona *donor-conceived* o nata da gestazione surrogata, che desideri avere notizie del proprio ascendente genetico (o madre surrogata), utili a costruire la propria identità. Infine, vi è da chiedersi se il diritto a ricostruire le proprie origini possa annoverare anche il diritto a conoscere l'identità precisa del donatore (o dei donatori) e/o della madre surrogata.

Quanto al primo ordine di informazioni, è evidente che il dovere di mettere a conoscenza l'interessato delle circostanze della nascita non possa che essere ascritto alle competenze di chi fa ricorso alle tecniche di cui si è detto. A tal proposito, è facile immaginare che i figli di coppie *same-sex* possano con più immediatezza apprendere i dettagli del loro concepimento e, dunque, essere messi in grado di esercitare il diritto a conoscere le proprie origini.

Le informazioni *non-identifying*, poi, possono riguardare non solo l'ascendente genetico, ma anche la donna che abbia portato avanti la gestazione per altri, senza mettere a disposizione i propri gameti. Offre un argomento a sostegno di tale posizione il riconoscimento da parte della Corte europea di un diritto alla storia personale, che, come evidenziato in dottrina<sup>61</sup>, i giudici di Strasburgo sembrano attestare nel caso *Gaskin c. Regno Unito*<sup>62</sup>.

E' chiaro che il profilo più critico riguarda la possibilità di conoscere l'identità del donatore e/o della madre surrogata. Per orientarsi sul punto è possibile applicare i principi elaborati dalla Corte in materia di parto anonimo (come, in particolare, emergono dalle sentenze *Odièvre c. Francia* e *Godelli c. Italia*). Da tali principi si deduce che ogni sistema normativo dovrebbe prevedere un meccanismo atto a sondare la disponibilità del donatore a rilasciare dati identificativi e a verificare anche a distanza di tempo l'eventuale perdurare del desiderio di anonimato.

Pare a chi scrive che possa poi senza dubbio escludersi che il diritto a conoscere le proprie origini per le persone concepite attraverso eterologa o surrogazione di maternità includa, in ogni caso, il diritto di prendere contatto con i donatori e/o le madri surrogate e di stabilire con gli stessi una relazione. E' evidente che questo imporrebbe un onere ben più gravoso in capo ai donatori ed alle gestanti surrogate, comportando una significativa intromissione nel godimento del diritto alla vita privata e familiare. Inoltre, com'è stato correttamente sottolineato in dottrina, «*if the right to know one's parents' identity reflects the importance of one's biological ties besides social ones, requiring contact with them would rank the former over the latter*»<sup>63</sup>. Non osta a tale ricostruzione la lettera dell'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo che prevede il diritto di essere cresciuti dai propri genitori biologici. Infatti, la disposizione codifica semplicemente la presunzione che, in circostanze ordinarie, sia preferibile per ciascun individuo essere

60 Per una riflessione: J-M. Thévoz, *The rights of children to information following assisted conception*, in D. Evans, cit., p. 197.

61 R.J., Blauwhoff, cit., p. 98.

62 Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, ricorso n. 10454/83: il caso era relativo all'impossibilità per il ricorrente di ottenere informazioni relative alle famiglie a cui era stato affidato in giovanissima età.

63 S. Besson, cit., p. 146.

cresciuto dai propri genitori biologici, senza escludere la possibilità di soluzioni diverse, ove ciò risponda al superiore interesse dei minori<sup>64</sup>.

Nel considerare attraverso quali soluzioni normative possa essere garantito a livello interno il diritto di cui si dice, occorre anche valutare se sia possibile prevedere lo stesso non solo a vantaggio delle generazioni future, ma anche di chi sia venuto al mondo grazie ad un donatore e/o ad una madre surrogata, cui sia stato garantito l'anonimato. È chiaro, infatti, che un regime che preveda per le donazioni da effettuarsi *pro futuro* la divulgazione delle informazioni (anche eventualmente identificative) non sarebbe lesivo del diritto alla *privacy* del donatore e/o della madre surrogata, i quali a fronte di un simile scelta normativa potrebbero semplicemente decidere di non donare o prestare il proprio servizio.

La questione è molto diversa se si considera la possibilità di rilasciare informazioni *a posteriori*. In dottrina è stata ventilata la possibilità di instaurare un *contact veto system*, ovvero un meccanismo che consenta al donatore di impedire contatti indesiderati con il concepito (e proteggere dunque la sfera intima della sua vita privata), pur consentendo alle persone *donor-conceived* di ottenere le informazioni che cercano<sup>65</sup>.

Troverebbe dunque una conferma in questa proposta quanto si argomentava in precedenza, ovvero che deve considerarsi estranea al diritto a conoscere le proprie origini la possibilità di stabilire un contatto (e a maggior ragione, una relazione) con il donatore o la madre surrogata.

## 6. Una lettura *double-face* del diritto: il desiderio dei donatori e delle madri surrogate di conoscere la propria progenie

Un ultimo profilo interessante riguarda la possibilità che siano il donatore e/o la madre surrogata a voler conoscere il bambino alla cui venuta al mondo abbiano contribuito. La questione - che non può trovare completa trattazione in questo scritto - è molto complessa.

Sembra necessario intanto distinguere, anche con riferimento a tale ipotesi, tra il semplice interesse a conoscere (alcuni) dati riguardanti il bambino ed un eventuale diritto ad instaurare e mantenere un rapporto con lo stesso. Per la prima pretesa la garanzia sembra più agevole, stante la relativamente contenuta compressione del diritto alla vita privata e familiare degli altri soggetti coinvolti. Ben più complicata appare la seconda istanza, che esige un più delicato bilanciamento degli interessi in causa.

Meriterebbero una più dettagliata riflessione, poi, le differenze tra la donazione di gameti (e di embrioni) e la maternità surrogata<sup>66</sup>, anche alla luce della diversità tra le scelte normative in materia di filiazione operate comunemente negli ordinamenti che consentono queste pratiche.

Nei sistemi nazionali che permettono la fecondazione eterologa, alla nascita del bambino lo status parentale è automaticamente attribuito al coniuge della madre naturale (o al suo compagno o *same-sex partner*, ove le unioni di questo tipo siano regolate) e ciò esclude qualunque diritto o responsabilità in capo al donatore. Al contrario, nel caso della maternità surrogata, la donna che dà alla luce il bambino è in genere considerata madre legale e sono pochissimi gli ordinamenti che, regolando nel dettaglio la procedura e prevedendo una fase di autorizzazione a concludere il *surrogacy agreement*, permettono che gli *intended parents* siano automaticamente considerati quali genitori legali del minore, sin dal momento della sua nascita<sup>67</sup>.

64 Naturalmente, in tal caso, graverebbe sullo stato l'onere di provare che questa sia la soluzione migliore, *ibidem*, p. 146.

65 J. Tobin, *Donor Conceived Individuals and Access to Information About Their Genetic Origins: The Relevance and Role of Rights*, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 591, 2012, pp. 26-17, disponibile all'indirizzo: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2065033](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065033).

66 Uno dei casi più celebri è *In re baby M*, in cui per la prima volta un tribunale americano è stato chiamato a pronunciarsi sulla validità della maternità surrogata. I coniugi Stern avevano stipulato un accordo di maternità surrogata con Mary Beth Whitehead. Dopo la nascita, tuttavia, la donna rifiutava di cedere i suoi diritti genitoriali e i coniugi facevano istanza per essere riconosciuti come genitori legali del bambino. La *Supreme Court of New Jersey* stabiliva l'invalidità del contratto di maternità surrogata e riconosceva Mary Beth Whitehead come la madre legale del bambino, chiedendo alla *Family Court* di stabilire chi, tra la madre ed il padre, dovessero ottenere la custodia del piccolo. La *Family Court* affidava al padre la custodia, pur riconoscendo alla donna un diritto di visita.

67 Nella maggior parte dei casi i genitori committenti debbono fare richiesta per ottenere il trasferimento del vincolo genitoriale entro un certo termine: *Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja, A Preliminary Report on the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. n. 10, marzo 2012, par. 21-22, p. 14.

Limitando l'analisi al caso dell'eterologa, occorre segnalare come le disposizioni interne non distinguono, in genere<sup>68</sup>, tra donatori noti e sconosciuti, né considerino rilevanti le intenzioni delle parti. Vi è tuttavia un'interessante prassi giurisprudenziale nazionale relativa a casi in cui i donatori di sperma avevano concluso accordi volti a regolare la loro partecipazione nella vita del bambino con le donne o le coppie (per lo più di lesbiche) beneficiarie della donazione. Celebre, in particolare, il caso *P. v. K.*, deciso dalla *High Court* e dalla *Family Court* neozelandese, rispettivamente nel 2003 e nel 2004<sup>69</sup>. Il caso traeva origine dall'istanza presentata da un uomo che aveva donato i propri gameti ad una coppia di lesbiche, dopo aver concluso con le stesse un accordo scritto che gli garantiva un ruolo nella vita del bambino, inclusa la possibilità di vederlo non meno di quattordici giorni all'anno. Il rapporto tra l'uomo e la coppia si era deteriorato, tuttavia, dopo la nascita del bambino e il donatore aveva presentato istanza per il riconoscimento di paternità. L'*High Court* stabiliva che all'uomo, pur privo di paternità legale, dovesse essere riconosciuta la tutela del minore e il diritto di intrattenere una relazione con lo stesso. La *Family Court* attribuiva pertanto la tutela del piccolo a favore del donatore (ma anche della compagna della madre del bambino) e aumentava il tempo che i due avrebbe potuto trascorrere insieme. La decisione si fondava, da una parte, sull'esistenza dell'accordo concluso tra le parti prima del concepimento e, dall'altra, sulla convinzione che mantenere un rapporto con il padre genetico rispondesse al miglior interesse del bambino e fosse in linea con il diritto a conoscere i propri genitori garantito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>70</sup>.

Casi simili sono stati affrontati, anche in precedenza, dalle Corti australiane ed americane. In *Re Patrick* (i cui fatti erano sostanzialmente analoghi a quelli del caso neozelandese, ma ebbero un tragico epilogo)<sup>71</sup>, la *Family Court of Australia* ha consentito al donatore di frequentare il bambino, pur notando che per il diritto interno egli non potesse considerarsi 'genitore' ed auspicando una riforma legislativa volta a riconoscere i diritti di chi doni lo sperma desiderando un coinvolgimento nella vita della propria progenie<sup>72</sup>. Diverse decisioni di autorità giudiziarie statunitensi utilizzano una varietà di argomenti per consolidare conclusioni simili a quelle raggiunte nei casi di cui si è detto<sup>73</sup>.

Approccio molto diverso è stato tuttavia adottato dalla giurisprudenza di Strasburgo. La Commissione, come si è già ricordato, ha infatti chiarito nel caso *J.R.M. c. Paesi Bassi*, che l'aver donato il seme non conferisce al donatore un diritto al rispetto della vita familiare con il bambino, neppure nel caso in cui l'uomo abbia intrattenuto contatti regolari con il piccolo nei suoi primi mesi di vita. La Commissione pare aver dato particolarmente peso al fatto che il ricorrente non avesse mai contribuito - finanziariamente o in altro modo - ad allevare del bambino<sup>74</sup>. Per la Commissione, dunque, «*the applicant's contacts with the child, both in itself and together with his donorship, form an insufficient basis for the conclusion that as a result thereof such close personal tie has developed between them that their relationship falls within the scope of "family life" as referred to in Article 8*»<sup>75</sup>. Si tratta invero di un caso piuttosto risalente, che potrebbe essere suscettibile di un *revirement* giurisprudenziale. Non si può dunque escludere che, almeno nei casi in cui sia intercorso tra le parti un accordo precedente alla fecondazione sul ruolo del terzo (o dei terzi) nella vita del bambino, la Corte possa un giorno sostenere l'opportunità di soluzioni come quelle adottate dai giudici nelle decisioni citate, in cui, ferma restando l'impossibilità di riconoscere il donatore (o la madre surrogata) quale genitore legale, sia allo stesso/a garantita, almeno in parte, la genitorialità sociale.

68 Esiste, per la verità, qualche rara eccezione: in tre stati americani (New Hampshire, New Jersey e New Mexico) in presenza di determinate circostanze, è riconosciuta la paternità del donatore, previo consenso della madre.

69 New Zealand Law Commission, *New Issues in Legal Parenthood - Report n. 88*, aprile 2005, p. 58.

70 *Ibidem*, pp. 58-59.

71 J. McConvill, E. Mills, *Re Patrick and the Rights and Responsibilities of Sperm Donor Fathers in Australian Family Law*, in *QUT Law Review*, 2003, p. 1 ss..

72 New Zealand Law Commission, cit., p. 63-64.

73 *Ibidem*, p. 64: "in a Californian case, the court held that since the father had given his sperm directly to the appellant mother he remained a parent to the child, as the statute required that the sperm be given instead to a licensed physician for parental status to be excluded. The opposite solution resulted in another case. Courts have also resorted to constitutional arguments and the concept of estoppel in their efforts to resolve issues involving known donors. In the United States, courts considering parenting laws have also placed emphasis on the intention of the parties and their actions after birth".

74 *J.R.M. c. Paesi Bassi*, cit..

75 *Ibidem*.

## 7. Conclusioni: un diritto davvero a vantaggio delle persone *donor-conceived*?

Gli sviluppi in campo medico-scientifico non solo consentono di superare barriere che in passato erano insormontabili, ma guidano anche importanti cambiamenti nelle percezioni della società. In questo senso, se le tecniche di fecondazione assistita permettono ormai di realizzare il desiderio di genitorialità di coppie che non potrebbero diversamente avere una progenie, la relativa facilità con cui, attraverso il test del DNA, è possibile ricostruire la propria identità genetica, alimenta il desiderio di conoscere le proprie origini. Tale aspirazione trova peraltro fondamento in diversi strumenti di tutela dei diritti dell'uomo. Essa implica l'obbligo - a carico degli stati che consentono la fecondazione eterologa, la donazione di embrioni e la maternità surrogata - di garantire la trasparenza nel processo e l'accesso alle informazioni rilevanti, pur tenendo conto degli interessi di tutte le persone coinvolte.

E' chiaro, tuttavia, che la sussistenza del diritto di cui si dice non implica che conoscere le proprie origini (e, più in generale, le condizioni della propria venuta al mondo) sia davvero - e in ogni circostanza - un vantaggio per chi è cresciuto senza condividere, almeno parzialmente, il 'make-up' genetico dei propri genitori. Peraltro, come evidenziato da un Autore, «*the right to know - as a right involving 'free' moral choice - could also encompass a right not to know*»<sup>76</sup>. In materia, dunque, accanto ai problemi tecnici e giuridici cui si è fatto cenno, permangono domande a cui il diritto non può dare risposta e che impongono, piuttosto, scelte etiche e morali.

76 R.J., Blauwhoff, *Tracing Down the Historical Development of the Legal Concept of the Right to Know One's Origins. Has 'To Know or not to Know' Ever Been the Legal Question?*, in *Utrecht Law Review*, 2008, p. 102-103.

*Eva De Gotzen\**

## **Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: *grasp all, lose all?***

### **Summary**

1. Starting point – 2. Shortcomings of cross-border family relationships – 3. The Actions undertaken by the EU institutions – 4. Main issues affecting the use abroad of public documents: the administrative formalities, the burdensome procedures and the fragmented legal framework – 5. Possible solutions envisaged in the Green Paper: the abolition of administrative formalities – 6. Issues generally affecting the free circulation of civil status records and their effects: same person but different status – 7. Possible solutions envisaged in the Green Paper: I) Automatic recognition of foreign legal situations – 8. II) Recognition and the harmonisation of conflict-of-law rules. The role of Party Autonomy – 9. The cross-border continuity of a child's civil status: the Italian case-law and the ECtHR's rulings – 10. Results of consultations with the interested parties – 11. The Commission Proposal: grounds, objectives and main features of the EU action – 12. The new Regulation (EU) 2016/1191. Main aspects - 13. Public documents without borders: a dream come true?

### **Abstract**

Il presente contributo riguarda il recente regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, sin a partire dalla relativa Proposta del 2013 (COM(2013)228). Più precisamente, partendo da un esame dei problemi sottesi e le diverse soluzioni prospettate a riguardo nel Libro Verde (COM(2010)747), si analizzerà il processo legislativo e il suo esito al fine di verificare se il Regolamento soddisfi l'esigenza di facilitare l'uso transfrontaliero di documenti pubblici. In tale contesto, a titolo di esempio, si illustrerà l'interazione tra l'ordinamento italiano – i cui organi giurisdizionali hanno già affrontato diversi casi relativi al riconoscimento di vincoli di parentela creati all'estero – e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU onde verificare se e in quale misura la continuità e la piena portabilità transfrontaliera dello status del minore sia stata già in qualche modo garantita ben prima dell'introduzione del nuovo regolamento.

*This study will deal with the brand new Regulation (EU) 2016/1191 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012, starting from the related Proposal submitted in 2013 (COM(2013)228). More precisely, by focusing on the underlying issues and the various policy options envisaged in this respect by the related Green Paper (COM(2010)747), the legislative process and its outcome will be analysed in order to assess whether the Regulation satisfies the overall aim of facilitating the cross-border use of public records within the EU. In such a context, by way of example, the interplay between the Italian legal system - wherein national courts have already been confronted with several troublesome cases concerning the recognition of the legal effects flowing from a legal parenthood awarded abroad - and the ECtHR case-law on right to family life enshrined by Article 8 ECHR*

\* Dottore di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

*will be discussed in order to assess whether and to what extent the cross-border continuity and full portability of a child's civil status has been somehow already implemented before the adoption of the new Regulation.*

## 1. Starting point

Generally speaking, public documents - which concept includes civil status records – are documents authenticated by a public officer and made available for public reference and use. Any public document aims at establishing evidence of facts in civil matters which occurred in a Member State. However, what happens if public documents are to be used in a Member State different from the issuing one? An example may help to clarify the starting point.

A couple consisting of same-sex partners of different nationalities settle for professional reasons in Member State A. The same-sex couple was lawfully married in Member State B, where same-sex partners are able to enter into a marriage in accordance with the local law. After living together for several years, before moving to Member State A, the same sex couple adopted a child in Member State B. The same-sex partners have thus placed their names on the child's birth certificate, which was amended in Member State B in order to reflect the fact that the partners were the lawful parents of the child. Once settled abroad, in order to enrol the child in a school in Member State A, the same-sex parents are required to provide proof of the child's civil status awarded in Member State B. Not unexpectedly, benefiting from a social service abroad (here the receipt of education) implies an investigation into the child's legal parentage by the public body of the requested Member State. The parents are thus expected to submit the child's birth certificate, as issued in Member State B, to the competent authorities in Member State A to provide evidence of the parent-child relationship established under the rules laid down in Member State B. In this context, more than one issue may arise.

The first question however is, will the birth certificate, issued in Member State B, be simply accepted as the required evidence by Member State A's authorities, without being subject to any additional procedures?

In this respect, it must be pointed out that each Member State applies its own rules as regards entries in registers, the types of documents, certificates etc. whereas the related forms (signatures, seals and stamps) may be markedly different within the EU. Not unexpectedly, these discrepancies lead to differences in the recording of information across the EU's Member States. It can hence be difficult for the authorities in the Member State addressed to be sure that a certificate or other official document that is intended to be used outside the Member State of origin is not wholly or partially a forgery. As a result, a translation of the official document is often necessary as well as the production of an authenticated original version. Without these additional procedures a public document drawn up in one Member State will probably not be accepted as an equivalent in another. Consequentially, the content of the foreign public document may not reliably be used as the evidence it is intended to provide when produced abroad. Therefore, it goes without saying that the same-sex couple may have to undergo several additional administrative formalities, aimed at proving the authenticity of the public document from one Member State in every other Member State in which it is necessary to produce and use their child's birth certificate.

Further problems may well arise concerning the question of whether or not the status filiationis awarded in Member State B - and registered in a civil status record issued in that State – automatically exists in Member State A, regardless of which law was applied in order to create the legal situation evidenced in the public document in question.

In principle, it is reasonable to assume that the national authorities of the Member State of the child's birth have established the legal parenthood – i.e. the relationship binding the child to the non-biological parents – under their own law. In our example, the child may have two legal fathers and no legal mother under State's B national law. Not unexpectedly, this kind of familial relationship cannot take effect abroad unless it has first been certified as validly established by the relevant authority in the Member State addressed. Therefore, the same-sex couple is expected to seek some form of 'recognition', in the host State, of the legal situation recorded in the birth certificate in order to benefit from the legal consequences concerning the rights and welfare of the child. However, the family tie determined on the basis of Member State B's national law could be questioned by the Civil Registrars of Member State A on, for instance, public policy grounds. As a result, the foreign legal situation could be denied recognition in Member State A (this also because the evidence in the public document may not produce its intended legal effects abroad, as previously mentioned). Consistently, the hypothetical child may lose his stable family status and find himself with family status that fluctuates from one Member State to another because he is not identified in the same way within the EU. Equally, the same-sex couple may

face significant uncertainty regarding their parental rights as they try to demonstrate that they are actually the parents of a child to whom they are not biologically related.

In such a context, it is anything but clear whether the elements of the personal status of an individual established in a Member State could move freely within the EU.

## 2. Shortcomings of cross-border family relationships

Family law has undergone a profound change over the last decades, thus seeing the rise of new family relationships.

More precisely, modern society has seen a growth in the number of children who are born “out-of-wedlock” (whether to unmarried cohabiting parents or to single-parent families). Equally, surrogacy arrangements or other forms of reproductive technologies have caused particular parent-child relationships to arise that are difficult to fit into conventional legal categories. In addition, in some Member States alternatives to marriage (e.g., registered partnerships) have been introduced and have, in a few legal systems, been made available to same-sex partners along with marriages. Likewise, the options available for same-sex couples to become parents have increased (donor insemination, surrogacy, foster care, adoption). Therefore, nowadays there are more varied forms of legal parentage than ever before.

However, the EU Member States’ approach to this evolution in family patterns has varied greatly. As a matter of fact, family law (including civil status and marriage) currently mostly falls within the Member States’ competence, depending on each State’s cultural, political and social environment. Conversely, the EU has no immediately obvious competence to legislate in this field. Hence, since family law policies still differ significantly from one State to another, there is no consensus on how to handle this phenomenon and difficulties have arisen in relation to the cross-border continuity of family status<sup>1</sup>.

Even in the more ‘conventional’ forms of family situations, EU families are confronted with many obstacles when they seek to move and reside in another EU country. As a matter of fact, it may happen that proof of the family status cannot be easily furnished abroad by public documents while the status awarded (and recorded in the relevant document) in the Member State of origin could be denied any effect after the family has been relocated abroad due to the addressed Member State’s family law policy, with all the legal disadvantages (in terms of rights and/or obligations) flowing from the uncertainty surrounding the legal situation at stake.

More precisely, EU citizens face a series of difficulties in presenting the necessary public documents to the competent authorities of the host State. The main function of public documents - which cover all the official records drawn up by a State authority and have formal evidentiary value - is to provide evidence of certain legal facts which a public authority recorded therein<sup>2</sup>. On the one hand, the formal validity of a public document guarantees the *document’s authenticity*, i.e. the fact that it is authentic and it has been issued by the competent authority in the Member State of origin (also to be referred to as *instrumentum*). On the other hand, the material validity of a public document concerns the *content of the document*, i.e. the fact or legal situation recorded in it, which is presumed to be as it is described in the document (also to be referred to as *negotium*). Albeit these documents are presumed to be fully legally valid in their country of origin and are also presumed to be authentic without the need for additional proof, very often public documents to be used outside the Member State of origin are not equally authentic in another Member State and will be accepted by the authorities of the Member State addressed only if they comply with additional administrative formalities, to be completed in the drawing up Member State, aimed at ensuring their authenticity. These formalities - which concern, for instance, the authenticity of the public office holder’s signature and the legal capacity in which the person signing the document has acted, so as to prevent fraud - include legalisation, apostille<sup>3</sup>, certified copies and certified translation. All the identified formalities require several steps whose fulfilment involves loss of time and quite considerable costs. As if those were not enough, additional practical difficulties arise

1 Controversial institutions, such as same-sex marriage/partnership, surrogacy and adoption by homosexual couples, are currently subject to heated debates.

2 CJ, 17 June 1999, case C-260/97, *Unibank A/S v Flemming G. Christensen*, Reports, 1999, I-03715, paragraph 15. From an EU private international law perspective, see for instance Article 4, Regulation No 805/2004; Article 2(3) Regulation No 4/2009; Article 3(1) Regulation No 650/2012 and Article 2(c) Regulation No 1215/2012.

3 On these concepts see below, paragraph 4.

from the fragmented relevant legal framework, which leads to uncertainty in identifying the procedures to be followed in each Member State.

Further difficulties are encountered when a civil status<sup>4</sup> has to be recognized in a Member State different than the one of registration. In such circumstances, the national register of the Member State addressed will need to be amended. As previously mentioned, the change of the relevant register entry requires the submission of certain documents aimed at providing evidence of the legal situation to be registered. However, at this stage, the authenticity of the document itself is not the only hurdle to be overcome. When recording the main events governing people's status (birth, marriage, death), each State applies its own national law in order to establish the related legal consequences. But, in a cross-border scenario, a foreign legal situation does not usually benefit from the rules regarding the automatic recognition of judgments<sup>5</sup>. Therefore, before recognizing any cross-border legal effects of the situation concerned, the Civil Registrar of the host Member State is expected to determine the applicable law in the individual case in order to verify whether a foreign personal status has been validly awarded abroad. If the foreign status is not identified under the law applicable according to the conflict-of-law rules of the requested State, it could be expected to meet extra conditions, in addition to those conditions that a national status must meet, in order to be recognised in that State or, as an even worse scenario, the "unknown" legal situation could be denied any recognition by the Registrar, thus inconsistently producing absolutely no legal effects abroad. Clearly, the absence of EU rules, which adequately address the mutual recognition of official documents relating to personal status - or even the legal situation "as such" -, may give rise to "intra-EU conflict of family statuses"<sup>6</sup>, thus leading to legal uncertainty as well as indirect discrimination.

In light of the above, it is reasonable to assume that whilst the right to freedom of movement of EU citizens - as enshrined by Article 21 TFEU (former Article 18 TEC) - is firmly anchored in EU law, till recently there has been a gap between the existing legal rules and the factual scenario, due to the fact that family members could not easily sidestep doubts as to the person's identity, the authenticity of the documents submitted or the veracity of their content which arose in exercising such fundamental right.

### 3. The Actions undertaken by the EU institutions

Against this background, with a view of avoiding or reducing the harmful impact of the abovementioned situation, on 14 December 2010 the EU Commission published a Green Paper "*Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records*" (COM(2010)747).

By analysing the main problems affecting the mobility of EU citizens and businesses, the Green Paper, on the one hand, dealt with the free movement of public documents within the EU and the possible withdrawal of administrative formalities that help identifying these documents as being such; on the other hand, it focused on the cross-border legal consequences of civil status records and their automatic recognition.

The EU initiative was intended to launch a public consultation in order to gather guidelines and opinions from the players (legal practitioners, stakeholders and academics) as regards possible solutions related to the discussed burning issues. A wide response has taken place<sup>7</sup>.

At the end of this process, whilst there was basically a broad agreement on simplifying the use of public documents within the EU, several strong objections have arisen as regards the automatic recognition of the effects of the circumstances pertaining to a person's civil status (registered or not registered in a record), which did not seem feasible.

The EU Commission thus followed up the Green Paper and the responses to it by submitting a less-ambitious Proposal for a Regulation "*on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No*

4 The status of an individual - granted by a public authority provided that the requirements laid down by its own legal system are fulfilled by the applicant(s) - includes all judicial positions that an individual holds within a society. The substantive effects (rights and obligations) flowing from such situation are determined by the law applicable.

5 Except for Regulation No 2201/2013, which simplifies the procedure for updating the civil-status records (Article 21(2)).

6 G.P. Romano, *Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?*, available at <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

7 See the comments available at [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm).

1024/2012" (COM(2013)228)<sup>8</sup>. At this stage, due to the strong resistance against the mutual recognition of civil status effects, the EU Commission dropped this controversial matter from its proposal.

Consequentially, the recently adopted Regulation (EU) 2016/1191 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012<sup>9</sup>, is restricted to the first series of questions raised in the Green Paper.

By dealing with the main innovations, advantages and pitfalls of the Green Paper and, then, of the Proposal, this study (briefly) addresses the newly adopted Regulation (EU) 2016/1191, with a view of drawing the related conclusions concerning its impact on national legal systems.

#### 4. Main issues affecting the use abroad of public documents: the administrative formalities, the burdensome procedures and the fragmented legal framework

Generally speaking, in order to be used outside the issuing Member State, public documents need to be authenticated so as to avoid fraud. The traditional way to do this is by *legalisation or apostille*.

Legalisation consists of a chain of separate authentication procedures which each certify that a public act has been formed by an authority/agency/public corporation that is properly authorised for this purpose under the law of the Member State of origin in which the public document was originally drawn up. Under this procedure, a document is legalised by the competent authorities of the issuing State and, then, by the embassy or consulate of the State in which it will be used. As a result, a foreign public document is intended to have the same evidentiary value as a domestic one insofar as proof of its authenticity (*instrumentum*) is concerned.

This cumbersome and expensive procedure has been simplified (and largely if not wholly replaced) by, *inter alia*, the Hague Convention of 1961 *Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents* (hereinafter the "Apostille Convention")<sup>10</sup>. Under this Convention, public documents from contracting States shall be subject to a different procedure which is based on the mutual recognition of a standard certificate (called 'apostille') issued by a national authority designated by the contracting State from which the public document originates. The standard certificate guarantees the authenticity and authority of the official certifying the document or record issued in his State that is to be used in another. However, the Apostille Convention applies only to certain kinds of public documents (Article 1). Therefore, it may turn out to be incompatible with the need for a quick and easy movement of public documents – of any kind - throughout the EU.

Despite the efforts that have already been put into practice in order to abolish or simplify administrative formalities for the cross-border use of (certain) public documents, the related legal framework has been fragmented for years. As a matter of fact, the circulation of public documents was partly governed by national laws, that differ considerably from one another; partly by sector-based EU law, which addresses the matter in an inconsistent and fragmentary manner; partly by a number of international instruments, which have been ratified by a varied number of countries and whose approach to the mat-

8 See P. Callè, *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union (proposal for a regulation, COM(2013)228)*, p. 54 ss. and M.P. Clancy, *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU and beyond*, p. 67 ss., both available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL\\_STU\(2015\)510003\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). On the Green Paper see B. Nascimbene, *Libera circolazione degli atti pubblici. Norme in vigore e proposte della Commissione Europea*, *Int'LLis*, 2013, p. 48 ss.; C. Campiglio, F. Mosconi, *Osservazioni sul libro verde della Commissione Europea*, in *Iustitia*, 2011, p. 329-330.

9 Regulation (EU) 2016/1191 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012 in O.J.E.U., L 200 of 26.07.2016, p. 1.

10 Convention of 5 October 1961 abolishing the requirement of legalisation for documents by foreign authorities: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=41](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=41). All EU Member States participate in the Apostille Convention and several Third States are parties to it as well.

ter is diverging<sup>11</sup>. It goes without saying that all these systems, besides being rather unmanageable, are unsuitable when it comes to ensuring the free movement of documents across the EU.

By way of example, it cannot be overlooked that several EU Regulations on private international law matters already envisage uniform rules on the cross-border recognition and enforcement of public documents which explicitly exempt such documents - which are classed the same as court rulings - from the authentication requirements<sup>12</sup>. However, the scope of these rules is limited to the matters each Regulation deals with, i.e. only to public documents falling within their scope. Therefore, beyond certain given fields, there are no guarantees for the free movement of any document issued by a public authority within the EU.

The conclusion to be drawn is that the former regulatory framework is far from clear. As a matter of fact, it does not provide for satisfactory solutions for an easy acceptance of public documents within the EU. Therefore, such situation undermines the legal certainty needed in relation to cross-border relationships, thus being in contrast with the path that should be followed according to the ECJ case-law<sup>13</sup>.

## 5. Possible solutions envisaged in the Green Paper: the abolition of administrative formalities

Firstly, the Green Paper suggested abolishing the apostille and legalisation for all public documents, which would thus circulate within the EU in a less time-consuming and less expensive way. As a matter of fact, if matched with a closer cooperation between Member State's authorities, this solution would have enabled EU citizens to present abroad an official document drawn up in a Member State without having to take any additional steps, as though they were in the same Member State. Consistently, EU countries should have domestically reproduced, as far as possible, the evidentiary effects that a foreign public document has in the Member State of origin, thus assuring a speedy verification of legal facts occurred abroad.

Albeit the general principle of mutual trust engenders good reasons to streamline as much as possible administrative formalities, the Green Paper does not deal with issues surrounding the authenticity of public documents. In principle, if legalisation / apostille were abolished, they should be replaced with other measures, so as to maintain the necessary level of assurance as to the genuineness and provenance of the act in order to prevent potential fraud and abuse. In lacking this, it is doubtful whether the solution at hand could have succeeded in ensuring the legal certainty which is needed in this field.

Secondly, the Green Paper foresaw the introduction of standard forms containing the necessary information in all official languages, at least for the most common public documents, in order to cope with translation requests as well as to avoid related costs. More precisely, the introduction of a non-compulsory EU civil status certificate was aimed at complementing, but not replacing, national civil status documents. By using a single support, the civil status certificate's format should have been standardised as well as the information given through it, thus being easily readable by national authorities of the addressed Member State.

However, a single support can be used only in areas where there is common ground between the legal systems of all EU Member States. Therefore, since a low degree of homogeneity still exists, *a fortiori* in family law, adopting a civil status "passport" - which may contradict the national law - could have resulted in an infringement of the Member States' sovereignty.

11 *Ex multis*, see the EU Convention on the Abolition of Legalisation of documents in the Member States of the European Communities, signed in Brussels on 25 May 1987, besides several Conventions of the International Commission on Civil Status (ICCS).

12 Several EU PIL Regulations already dispense the relevant documents to be used abroad from legalizing or other acts equivalent to legalization, for instance: Article 57, Regulation No 44/2001, now Article 58, Regulation No 1215/2012; Article 46, Regulation No 2201/2003; Article 48, Regulation No 4/2009; Article 59-60, Regulation No 650/2012; Article 58, Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes (COM(2016)106) and Article 57, Lugano Convention of 30 October 2007.

13 Member States are expected to grant (only) a *presumption* of accuracy (limited to the documentary evidence) to certificates and analogous documents relating to personal status issued by the competent authorities of a Member State in case whereby a similar document of the addressed State would benefit from such a presumption, unless the accuracy of the document is seriously undermined by concrete evidence relating to the individual case (CJ, 2.12.1997, case C-336/94, *Dafeki v Landesversicherungsanstalt Württemberg*, Report, 1997, p. I-06761). On the limits for documents to be submitted abroad see CJ, 25.05.2000, case C-424/98, *Commission v Italy*, Report, 2000, p. 4001.

## 6. Issues generally affecting the free circulation of civil status records and their effects: same person but different status

Generally speaking, a civil status-related legal situation established in a Member State is not ruled on or settled in a judicial decision. Hence, as outlined in the general remarks above, the elements of personal status of an individual moving freely within the EU does not benefit from the general principles governing the internal market. Additionally, an EU uniform rule governing the mutual trust of the effects of a civil status record to be invoked abroad is still lacking. Therefore, in such a context, the first and foremost issue which arises is in which way a legal situation established in the Member State of origin may have full force and effect abroad<sup>14</sup>.

As it is well-known, a legal situation arises from a fact recorded in an act of public authorities as register entry. In principle, a status lawfully established under the law of a Member State should produce the same legal effects in another, so as to ensure the cross-border continuity of the legal situation concerned. However, in case a record is submitted with a view to the entry of a legal situation into a foreign Civil Register, the validity of the status awarded abroad could be questioned in the host Member State. In fact, since official document and register entries cannot be equated to court rulings, a check as to the applicable law to the cross-border situation could take place, based on the connecting factor set out in the relevant private international law rules, so as to ascertain whether the status has been lawfully acquired under the foreign law. This leads to an undesirable “review” of the status established abroad, which implies that a legal situation does not automatically produce abroad the civil effects connected with the foreign legal situation until the law which governs the effects of this situation is verified. However, if the relevant conflict-of-laws rules do not lead to the application of the law of the State of origin, it may happen that the applicable law does not provide for the legal arrangement set forth by the legal system under which the status has been established. Accordingly, a civil status situation created in one Member State may not predictably produce any effects at all abroad.

In such a context, the full portability throughout the EU of a personal status lawfully awarded in a Member State is severely undermined, thus giving rise to the so-called “limping situation” (i.e. one that is considered valid in one country but as non-existent in another), as illustrated in a few of the ECJ case-law, which describes the serious drawbacks that differences in the attribution of family names resulting from the “documents, attestations, certificates and diplomas” issued by a Member State can have for individuals “at administrative, professional and private levels” in their everyday lives<sup>15</sup>.

- 14 M. Lehmann, *Recognition as a substitute for conflict of laws?*, in S. Leible (ed.), *Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016, p. 11-43, also available as shorter version in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2016, vo 8, n. 2, p. 240 ss.; P. Lagarde, *The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission’s Proposal of 24 April 2013*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, p. 1-12; C. Kohler, *Towards the Recognition of Civil Status in the European Union*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, p. 13-30; P. Lagarde (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013; R. Baratta, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, Iprax, 2007, 6-11; H. Duintjer Tebbens, *Vers une “libre circulation” des actes authentiques dans l’Union Européenne. Reflexions à propos d’un arrêt du tribunal Supremo d’Espagne du 19 juin 2012*, in J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 316; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea*, Padova, Cedam, 2007.
- 15 ECJ, 2.10.2003, case C-148/02, *Garcia Avello v. Belgian State*, Report, 2003, p. I-11613; 14.10.2008, case C-353/06, *Grunkin and Paul*, Report, 2008, p. I-07639; 22.10.2010, case C-208/09, *Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien*, Report, 2010, p. I-13693; 12.05.2011, case C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilnius miesto savivaldybės administracija and Others*, Report 2011 I-03787. Troubles affecting EU citizens’ everyday life are described also in 30.03.1993, case C-168/91, *Konstantinidis v Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, Report, 1993, p. I-01191; 2.06.2016, case C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff v Standesamt der Stadt Karlsruhe and Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*. Lastly, see application *Mircea Florian Freitag*, case C-541/15, still pending. In these cases, the national authorities have refused to record in their own civil register the surname - registered in a civil status record (*Garcia Avello; Grunkin and Paul; Runevič Vardyn and Wardyn; Bogendorff von Wolffersdorff*; even *Konstantinidis*) or confirmed by a decision of the competent court (*Sayn-Wittgenstein*) - of the person each time concerned, as it had been awarded in the Member State of origin, since it amounted to a violation of the relevant national rules. The Court ruled that, although - as EU law stands at present - the rules governing the way in which a person’s surname and forename are entered on certificates of civil status are matters coming within the competence of the Member States, the addressed Member State is required, except for reasons of public policy, to accept the surname as determined (and formalised) in the State of origin and has a duty to give effect to the legal status awarded abroad regardless of the law applicable. As regards public policy as justification for a derogation from a fundamental freedom (Articles 20 TFUE and 21 TFUE), it must be interpreted strictly. Hence, it may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society (*Sayn-Wittgenstein*, paragraph 86). See Á. Aguado, *Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en*

## 7. Possible solutions envisaged in the Green Paper: I) Automatic recognition of foreign legal situations

The Green Paper suggested a duty to recognize *as such* legal situations established in a Member State, regardless of their formalization in a public document or register entry.

In principle, the automatic recognition of the consequences of a foreign legal situations would lead to an automatic acceptance - merely on the basis of mutual trust, without further review as to the substance and thus to the law applicable to the *negotium* - of the validity and the effects of a legal situation established abroad. As a result, a personal/family status validly created in a Member State would be binding EU-wide, irrespective of the harmonization of the existing substantive rules. Accordingly, the effects it produces in the country of origin should be in principle extended to other Member States, without being questioned. The recognizing Member State would be thus expected to grant the same status or a status as similar as possible to the one validly constituted in the State of origin, even though the law designated by its conflict-of-laws rules would lead to a denial of recognition. Overall, by preventing challenges arising from the conflict-of-law method, this approach would have enhanced the cross-border continuity of legal situations, thus providing the legal certainty which is needed against limping relationships.

Notwithstanding this, firstly, it cannot be overlooked that some legal situations arise from an objective fact, which is objectively certain and for which the statement is unlikely to be subject to legal assessment by the Member States (birth or death). Otherwise, other situations are linked to an assessment based on the applicable law (attribution of name; *status maritalis*; *status filiationis*; adoption, etc.). Not unexpectedly, only the recognition of "objective facts" established in a Member State would guarantee sufficient legal certainty of an individual situation, since these facts are "irrefutable" EU-wide. Therefore, unconditional recognition could in any case have been granted to a limited extent only<sup>16</sup>.

Secondly, a foreign status may need to be published in the relevant foreign civil registers to produce effects in the requested Member State (in all or some areas). However, in the event that this status is not considered equivalent or corresponding to a domestic one, it may happen that the civil register cannot be updated. Likewise, the effects of a status awarded abroad may amount to a breach of public policy of the requested Member State, thus also being denied recognition. Nonetheless, no remedies were foreseen by the Green Paper against these unavoidable situations.

Lastly, according to some scholars, automatic recognition should be based on an official "act", be it a judgment, a public document or an entry into a register. In lacking this "act", the conflict-of-laws method could not be fully put aside<sup>17</sup>.

---

la Unión Europea, available at <http://www.millenniumdipr.com/ba-48-reconocimiento-si-ma-non-troppo-el-orden-publico-como-limite-al-reconocimiento-de-titulos-nobiliarios-en-la-union-europea>; A. Dutta, W. Pintens, The mutual recognition of names in the European Union de lege ferenda, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, p. 559 ss.; K. Siehr, Right of Personality in European Private International Law: The Law of Personal Names, in B. Cortese (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, p. 251 ss.; European Parliament, *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*, 2012, available at <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 39 ss.; C. Honorati, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; G. Rossolillo, *Personal Identity at a Crossroad between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2009, p. 143 ss.; M. Lehmann, *What's in a Name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 135 ss. Similarly, ECtHR, *Henry Kismoun v France* (no 32265/10), where it has been held that the denied continuity of a personal name amounts to a violation of Article 8 ECHR (see A. Vettorel, *La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 341 ss.). More in general, as regards the cross-border continuity of personal status and its effects, see ECtHR, *Harroudj v France* (no 43631/09) and P. Kinsch, *Harroudj v. France: Indications from the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and Their Potentially Discriminatory Effect*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, p. 39ss.; I. Gallala-Arndt, *Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa – Besprechung der EGMR-Entscheidung Nr. 43631/09 vom 4.10.2012, Harroudj ./. Frankreich*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2015, p. 405 ss.

16 See Contribution from the Council of the Notariats of the European Union (CNUE) to the Green Paper: Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records (COM 2010[747] final), available at: [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/files/110510/organisations/cnue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/files/110510/organisations/cnue_en.pdf), p. 6.

17 M. Lehmann, *Recognition as a substitute for conflict of laws?*, cit., paragraph E.

In summary, it seemed to be premature to establish automatic recognition of civil status' effects as a principle<sup>18</sup>.

## 8. II) Recognition and the harmonisation of conflict-of-law rules. The role of Party Autonomy

A possible alternative was based on the harmonisation of conflict-of-law rules (at least in the relevant fields).

As previously outlined, whether or not a relationship can be recognized in the addressed Member State would actually depend on its choice-of-law rules. As a matter of fact, the assessment of the validity of a foreign legal situation (by and large certified by a civil status record) is in any case subject to the applicable law according to the conflict-of-laws rules of the host Member State. Therefore, by involving the adoption of a body of EU common rules, the harmonisation of the conflict-of-law rules related to sectors that could affect the personal status would provide, in a uniform way, the applicable law to the various matters underlying the event to be documented. Hence, the substantive law so-designated would no longer vary across the EU, regardless of the *lex libri*, while its private law effects (maintenance, marital property, succession, family name, etc.) would be foreseeable and known in advance, since the validity of a legal situation established abroad would no longer be questioned under the law of the recognising Member State. As a result, the so-called "civil status shopping" (for instance, in case of simulated marriages and/or partnerships) should have been avoided.

However, firstly, the attempt at determining one or more connecting factors is particularly difficult due to divergences in family matters among the EU Member States. Secondly, the public policy exception, which is expected to play a role in case whereby conflict-of-laws rules are involved, can at any rate undermine the hoped cross-border continuity of personal status. Therefore, given these strong objections, the harmonisation of conflict-of-law rules did not seem to be the key solution in this field.

Another way was the party autonomy.

If citizens were allowed to choose the law applicable to a civil status event, such choice should in principle lead to the application of the most closely connected law to the status, albeit subject to the public policy exception of each Member State. Likewise, substantial rights as well as obligations arising from the legal situation concerned could be foreseeable in advance.

However, as a general observation, by allowing citizens to simply choose the applicable law to life events without guidelines being established, this may lead to confusion and inconsistency of treatment among the Member States. Moreover, the absence of clear rules under which such a choice should be exercised implies that one party might be less protected. Furthermore, the principle of "freedom of choice" may lead to an unintended "civil status tourism", since the status would be determined by the parties themselves. Lastly, party autonomy could create a reverse discrimination (*discrimination à rebours*) if the rules were applicable only to cross-border situations, but not to purely national situations. Consequently, even this solution could have created more problems than it might solve.

## 9. The cross-border continuity of a child's civil status: the Italian case-law and the ECtHR's rulings

As previously mentioned, there is no full convergence of the relevant national rules and practice in family matters due to the different approaches followed by each Member State.

This is true mainly as regards cross-border parent-child legal relationship. Once the parenthood has been lawfully established (whether through birth, surrogacy, adoption, judicial establishment etc.) in a Member State, the legal status arising from this parent-child relationship is valid and binding within the territory of this State. However, it is doubtful whether the legal consequences flowing from such a legal parentage (in terms of child's identity and nationality; parental responsibility; maintenance; immigration status etc.) may take legal effect abroad. As a matter of fact, the Member States' position is different

18 M. Buschbaum, *La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? – Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1094-1100.

as regards the effects to be extended to a legal relationship set out in an official document. Therefore, it cannot be excluded that a child's legal parentage could be denied cross-border effects<sup>19</sup>.

As the rapidly burgeoning case-law shows, as far as the Italian legal system is concerned, the majority of issues particularly occur in relation to both cross-border surrogacy arrangements and adoption by a single person/same-sex couple. Although these institutions are currently prohibited under Italian law<sup>20</sup>, nonetheless in several cases Italian opposite/same-sex couples resorted to surrogate motherhood/adoption abroad. Therefore, they travel there to undergo such treatment in order to obtain the delivery of the baby or to adopt a baby, thus being automatically treated as the legal parents of any child concerned (regardless of the fact that the partners were the non-biological parents or there was no gestational mother). However, once the intending/adoptive parent(s) took the child to Italy and sought for the updating of the relevant civil status registry, the validity of the *status filiationis* awarded abroad has been questioned by the Italian Civil Registrars, since these kinships amounts to a violation of Italian public policy<sup>21</sup>.

As regards adoption<sup>22</sup>, at first the *Tribunale per i minorenni di Brescia*<sup>23</sup> refused to recognize an adoption order issued in the US in favour of a same-sex couple lawfully married in the US on grounds of public policy. Then, the second parent (stepchild) adoption by a "single" woman (unmarried under the Italian legal system but who had lawfully entered into a same-sex marriage abroad) was later pronounced under Articles 44(d) and 7, Italian law no 184/83 ("*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*") by the *Tribunale per i minorenni di Roma*<sup>24</sup> in light of the child's (born abroad through heterosexual artificial procreation) best interest, thus allowing the applicant to adopt the biological child of her partner ("*Adozione in casi particolari*"). Finally, albeit a foreign same-sex marriage is currently "*unsuitable to take effect under Italian law*"<sup>25</sup>, nonetheless a stepchild adoption order ("*Adozione legittimante*") validly conferred abroad in favour of a same-sex couple, lawfully married there, has been recently recognised by the Italian courts, since it is in principle and *a priori* equally good for a child to have two parents of the same sex or having two parents of different sex and the child's best interest must overcome any

- 
- 19 On these issues see HCCH, Report of the February 2016 meeting of the experts' group on parentage / surrogacy, available at <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs> and Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, available at <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>; S. Lilian Gössl, *Adaptation of Status Registration Rules in Cases of 'Limping' Status*, Iprax, 2015, p. 233 ss.; DG for Internal Policies - Policy Department. Citizens' rights and constitutional affairs, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, p. 200-351, available at <http://www.europarlamento.eu>; D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, in *Journal du droit international (Clunet)*, 2015, p. 429 ss.; E. Falletti, *LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationship: Cross Border Mobility of Rainbow Families in the European Union*, in *Family Court Review*, 2014, p. 28 ss.; M. M. Winkler, *Same-Sex Families Across Borders*, in Gallo, Paladini, Pustorino (eds.), *Same-sex couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, 2014, Berlin, Springer, p. 381 ss.; H. Fulchiron, *La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*, in *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, p. 563 ss.; HCCH, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, 2011, available at <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>; R. Baratta, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, t. 348, 2010, p. 256 ss.; P. Mengozzi, *Il diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno Stato non membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 69 ss.
- 20 See Article 1(20), Italian Law no 76/2016 on same-sex civil unions and de facto cohabitants, recently adopted, which does not allow for same-sex couple adoption while surrogacy is explicitly forbidden by Article 12(6), Italian law no 40/2004.
- 21 See Article 18, Italian Presidential Decree 3.11.2000, No 396 (Official Gazette of the Italian Republic No 303, 30.12.2000, *Supplemento Ordinario* n. 223).
- 22 C. Ragni, *Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane*, in *GenIUS*, 2015, p. 226 ss.; G. Rossolillo, *Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 245 ss. More in general, on the Italian legal system, see O. Lopes Pegna, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss.
- 23 *Tribunale per i minorenni di Brescia*, 26.09.2006, no 2.
- 24 *Tribunale per i minorenni di Roma*, 30.07.2014, no 299 available at <http://www.articolo29.it/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoption-merito/>. See also Court of Appeal of Rome, 23.12.2015, available at <http://www.articolo29.it/2015/ladozione-da-parte-della-comadre-e-nellinteresse-della-minore-conferma-anche-dai-giudici-dappello>; Court of Appeal of Turin, 27.05.2016, available at <http://www.articolo29.it/2016/dalla-corte-dappello-di-torino-nuova-conferma-alla-stepchild-adoption-per-le-famiglie-arcobaleno/> and C. Tuo, *The Italian regime of recognition of intercountry adoptions of children in light of the ECHR: what about singles?*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 357 ss.
- 25 Supreme Court, 15.03.2012, no 4184, *Famiglia e Diritto*, 2012; Supreme Court, 9.02.2015, no 2400, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015; Court of Appeal of Milan, 6.11.2015, no 2286, available at *Il familiarista*, [www.ilmfamiliarista.it](http://www.ilmfamiliarista.it) 2015. On this issue see also ECHR, *Chapin et Charpentier c. France* (no 40183/07); *Oliari and others v Italy* (no 18766/11 and 36030/11).

public policy exception<sup>26</sup>. These developments have been recently confirmed by the Supreme Court<sup>27</sup>, which *inter alia* strikes a forward-looking balance between the Italian law no 76/2016 and the child's best interest.

Similarly, according to the Strasbourg Court, a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the ECHR occurs in case of difference in treatment of same-sex unmarried couples in comparison with unmarried opposite-sex couples in cases whereby second-parent adoption is possible for unmarried different-sex couples only<sup>28</sup>. More in general, the failure by the addressed State to recognize the parental status of a child lawfully adopted abroad, even if on grounds of public policy, in light of the child's best interest may amount to a violation of the rights to family life of both the child and the parents<sup>29</sup>.

Otherwise, as the Italian law stands, the filiation established through surrogacy abroad should not be in principle recognized in Italy<sup>30</sup>. However, it came as a surprise that the Court of Appeal of Bari recognised under Article 64, Italian Law No 218/95 an English *parental order* of a child born abroad through surrogacy in light of the child's best interests, thus overcoming the public policy exception (Article 16, Italian Law No 218/95)<sup>31</sup>. Likewise, on the same grounds, the Tribunal of Naples<sup>32</sup> and the Court of Appeal of Turin<sup>33</sup> have registered apostilled foreign birth certificates of children born abroad through a commercial ISA and artificial insemination by donor/medically-assisted procreation in the context of a same sex couple in order to protect the *de facto* family-tie's stability. Against this flow, the Supreme Court denied recognition to a foreign surrogacy birth certificate again on the grounds of public policy<sup>34</sup>.

26 Court of Appeal of Milan, 16.10.2015, available at <http://www.articolo29.it/2015/la-corte-dappello-di-milano-dispone-la-trascrizione-di-una-adozione-piena-da-parte-della-mamma-sociale/>. See on this issue also Supreme Court, 11.01.2013, no 601, *Famiglia e Diritto*, 2013.

27 Supreme Court, 22.06.2016, no 12962 available at <http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/>.

28 ECtHR, *X. and Others v Austria* (no 19010/07). In the present case, the key complaint was that same-sex couples were differentiated from both unmarried and married opposite-sex couples. Previous cases concerned discrimination in adoption by single individuals (the Court itself requires that when the adoption is open to an unmarried person, it shall be available without discrimination based on sexual orientation - cases *Fretté v France*, no 36515/97 and *E.B. v France*, no 43546/02) and discrimination between opposite-sex married couples and same-sex couples concerning adoption (Article 12 ECHR does not impose an obligation on the Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. The Articles 8 and 14 ECHR combination cannot show otherwise. Therefore, the differential treatment of unmarried same-sex couples and opposite-sex married couples who wished to adopt does not amount to discrimination under the Convention (*Gas and Dubois v France*, no 25951/07). See E. Falletti, *Homosexual Single Individuals' Right to Adopt Before the European Court of Human Rights and in the French Legal Context*, in *Human Rights Brief*, 2011, p. 26 ss. More in general, see P. Kinsch, *L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in P. Lagarde, *La reconnaissance des situations*, cit., p. 43 ss.

29 ECtHR, *Wagner and J.M.W.L. v Luxembourg*, no 76240/01 (the Court considered that although single-parent adoption violates public policy in Luxembourg, it is in the best interest of the child for the family ties created by a judgment of full adoption delivered in Peru to be acknowledged); *Negreponitis-Giannisis v Greece*, no 56759/08 (the denied recognition by Greece of US adoption of the nephew by his uncle, who was a monk, on grounds of public policy, amounts to a violation of Article 8 take along with Article 14 ECHR), on which see C.Tuo, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 43 ss.; P. Franzina, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609 ss.

30 See S. Tonolo, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 ss.; M. Castellaneta, *Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di turismo procreativo*, in *Famiglia e minori*, 2005, p. 66 ss. On the relationship between the Italian law No 40/2004 and the ECHR see ECtHR, *Costa and Pavan v Italy* (no 54270/10) and Italian Constitutional Court, 10.06.2014, no 162.

31 Court of Appeal of Bari, 13.02.2009, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 699 ss. It must be pointed out that in this case the surrogacy agreement was entered into before the Italian law no 40/2004 has entered into force. See E. Bergamini, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 330-346; C. Campiglio, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss.; M. Castellaneta, *Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata*, in *Guida al diritto*, 2009, p. 50 ss. In addition see Tribunal of Forlì, 25.10.2011, *Diritto e famiglia*, 2013, p. 532 ss., concerning birth certificates related to child delivered in India by a surrogated mother.

32 Tribunal of Naples, 1.07.2011, in *Int'l Lis*, 2009, p. 20 ss. See C. Campiglio, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 481 ss.

33 Court of appeal of Torino, 29.10.2014, available at <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito>. See E. di Napoli, *La Corte d'appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *GenIUS*, 2015, p. 258 ss.

34 Supreme Court, 11.11.2014, 24001, *Foro italiano*, 2014 and M. Distefano, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionale/privatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS*, 2015, p. 160 ss.; Querci, *La maternità "per sostituzione"*

However, the matter has been recently approached in an innovative way, in order to guarantee in any case the full portability of same-sex parenthood in compliance with the ECtHR's case law<sup>35</sup>.

In this respect, on the basis of Article 8 ECHR and in light of the child's best interest, recent ECtHR's judgments held that Contracting States are expected to legally acknowledge "de facto family bonds" existing between the applicants and the child – encompassed as well in the notion of "family" within the meaning of Article 8<sup>36</sup> – that originated abroad even though surrogacy is domestically prohibited or not regulated<sup>37</sup>, considering that a contradiction between the legal and social reality may undermine the child's identity within the addressed State's society<sup>38</sup>. However, Contracting States may prevent children born abroad through surrogacy from entering their territory without the national authorities having a prior opportunity to conduct legal checks aimed at confirming the family relationship with the child<sup>39</sup>.

In light of the above, it seems fair to conclude that Member States are still allowed to deny transnational effects to certain kind of cross-border parent-child legal relationship established abroad on the grounds of public policy, albeit this should be balanced with the best interest of the child (as set out in Wagner case and in Italian rulings). However, preventing a child from joining his legal parents in the host Member State can constitute an obstacle to that person's fundamental right to move and reside freely within the EU. Likewise, it entails consequences which amount to a violation of human rights (right to family life) as repeatedly underscored by the ECtHR in a number of rulings on cross-border adoption and surrogacy<sup>40</sup>. Accordingly, cross-border parent-child relationship could be a good illustration of the (missed) impact that the new Regulation is (un)likely to have on the portability of personal status.

## 10. Results of consultations with the interested parties

The majority of the Member States and of the stakeholders welcomed the Commission's intention to abolish the administrative formalities relating to the verification of authenticity of public documents. Nonetheless, the need to introduce accompanying safeguards has been underlined, such as the possi-

*ne" fra diritto interno e carte internazionali, in Famiglia e Diritto, 2015, p. 1142 ss.; T. Trinchera, G. Vallar, La surrogazione di maternità all'estero tra riconoscimento dello status filiationis e profili di responsabilità penale, in C. Casonato, A. Schuster (eds.), Rights on the move: rainbow families in Europe: proceedings of the conference: Trento, 16-17 October 2014, 2014, p. 241 ss..*

35 Supreme Court, 30.09.2016 no 19599, available at <http://www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/>

36 ECtHR, *Pajić v Croatia* (no 68453/13); *Kroon and others v The Netherlands* (no 18535/91)

37 ECtHR, *H.S. and A. v Austria* (no. 57813/00), on the margin of appreciation of Contracting States in relation to surrogacy.

38 ECtHR, *Mennesson v France* (no 65942/11) and *Labassee v France* (no 65941/11). These cases addressed the French refusal to grant legal recognition in France to parent-child relationships that had been legally established in the United States between children born as a result of surrogacy treatment and the couples on whose request the treatment was performed. More recently, *Paradiso and Campanelli v Italy* (no 25358/12), concerns non-recognition of foreign birth certificates after surrogacy undergone in Russia by an Italian married couple. The child was removed from the intended parents on the grounds that he had no biological relationship with the applicants and that the applicants had been in an unlawful situation (they had circumvented the prohibition in Italy on using gestational surrogacy arrangements and the rules on international adoption). Although the complaint of alleged violation of Article 8, in that it was impossible to have the child's birth certificate registered in Italy, was dismissed, it has been stated that the removal of the child by the Italian authorities nonetheless constitutes an interference with the family life in breach of Article 8 ECHR. See P. Beaumont, K. Trimmings, Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?, Working Paper No. 2015/2, available at [http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_jurisprudence\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_in\\_the\\_area\\_of\\_cross-border\\_surrogacy.pdf](http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf), p. 9; A. Vettorel, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 523 ss.; M. M. Winkler, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015, p. 243 ss.; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss., spec. p. 204; O. Feraci, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.

39 ECtHR, *D. and Others v. Belgium* (no 29176/13), concerning the Belgian authorities' initial refusal to authorise the arrival on its national territory of a child, born in Ukraine from a surrogate pregnancy. It has been held that Belgium had lawfully acted and pursued a legitimate aim within its broad discretion as regards the exact status to be conferred.

40 H. Muir-Watt, *Fundamental rights and recognition in private international law*, available at <http://blogs.sciences-po.fr/pilagg/files/2013/02/HMW-Fundamental-rights-and-recognition-in-PIL.pdf>

bility to verify the authenticity of public documents through a strengthened EU-wide administrative cooperation, in order to ensure in any case legal certainty and to minimize fraud.

On the contrary, no endorsement at all has been achieved in relation to the envisaged mutual recognition of the cross-border effects of legal situations linked to civil status. As a matter of fact, each of the suggested routes had a few *strengths* but many *weaknesses*.

*First of all*, the same one size-fits-all approach is not suitable for all kinds of civil status. As a matter of fact, due to the considerable differences still existing in family law at the national level, if the automatic recognition was adopted, Member States might be forced to give full effect to a foreign legal situation even though this is neither identified nor existing under their own legal system. This would be true even in case whereby this situation contradicts the addressed Member State's substantive law and public policy principles, which would thus be put aside. Therefore, imposing the political or social choices of some Member States on all the others would have run contrary to the sovereignty of each Member State, which would thus have been gradually undermined.

*Secondly*, automatic recognition without safeguards may lend itself to abuse. As a matter of fact, EU citizens may be encouraged to move abroad in order to be awarded a legal situation that could not be obtained otherwise, thus circumventing the law applicable in the Member State of origin (the so-called "civil status tourism").

*Lastly*, the consultation document does not address the issue related to the potential overcoming of the mere evidentiary value of a civil status record. In principle, it must be kept in mind that civil status records only bring a (refutable) proof of the legal situation recorded therein (evidentiary value). In no case do they produce constitutive effects (as they are different from judgments). Hence, if recognition "as such" of foreign legal situation was adopted, by bounding the Member State addressed to the underlying legal assessment made by the public authority of the country of origin - which thus would no longer be challengeable in the recognising Member State -, foreign civil status records would be conferred abroad a far-reaching legal effect than in their country of origin. In other words, cross-border official documents would have wider effects than the related domestic ones<sup>41</sup>. It is thus clear that abandoning the recognition of the mere evidentiary value of a civil status record, in favour of the validity of the legal fact that is at the origin of the document itself, could have given rise to further unforeseeable problems.

Since the Green Paper failed to strike a fair balance between the cross-border validity of a legal situation established abroad and the necessary safeguard of the requested Member State's legal system, the aim of endorsing the blanket recognition of a civil status's effects has been given up.

## 11. The Commission Proposal: grounds, objectives and main features of the EU action

The Commission Proposal, based on Article 21(2) TFUE<sup>42</sup>, was a follow-up to the 2010 Green Paper.

It relates exclusively to the abolition of the authentication requirements for public documents, issued by Member States and having formal evidentiary value, which have to be submitted to the national authorities of another Member State in a cross-border scenario.

More precisely, the Proposal provided for a set of horizontal rules which exempt public documents falling under its scope - areas covered by these documents are expressly listed<sup>43</sup> - from the attainment of all administrative formalities related to their authentication (legalisation, apostille) in view of their "acceptance" in other Member States (Article 1), whereas other formalities (certified copies, certified translations) were simplified.

41 M. Lehmann, *Recognition as a substitute for conflict of laws?*, cit., paragraph A.5; M. Buschbaum, *La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil?* cit., paragraph II.E.

42 See Committee on Legal Affairs of the European Parliament, *Opinion on the legal basis of the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (COM(2013)0228 – C7-0111/2013 – 2013/0119(COD))*, available at [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COM-  
PARL+PE-576.707+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COM-<br/>PARL+PE-576.707+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN)

43 Civil-status records are not formally cited in the list of documents which fall under the proposed Regulation's scope. However, it is clear that the majority of them concern civil status. Documents drawn up by private persons and documents issued by authorities of Third States fall outside of the scope of the Proposal.

The term “acceptance” has been used for the first time in Regulation No. 650/2012 (Article 59). However, this term has not been clarified yet and uncertainty is left as regards its effects. Generally speaking, it refers solely to the instrument’s evidentiary value and its authenticity - which should be ensured in the requested Member State - regardless of its content. Under this approach, public documents retain the evidentiary effects attributed to them by their country of origin. Hence, it is reasonable to assume that this term does not deal with the extension of the effects of a fact or a legal situation set out in an official document, contrary to what the most commonly used term “recognition” implies<sup>44</sup>. As further proof of this, the issue of recognition of the content of public documents issued by Member States falls expressly outside the scope of the proposed instrument (Articles 2-3).

As a general principle, under the original Proposal public documents falling under its scope were exempted from all forms of legalisation or similar formalities (Article 4). Accordingly, authorities could not require parallel presentation of the original of a public document and its certified copy issued by the authorities of other Member States. Moreover, a non-certified copy could be accepted if the original document was presented together with such a copy as well as certified copies issued in other Member States. Likewise, non-certified translations of public documents issued by Member States could be accepted, unless there was a reasonable doubt about the correctness or quality of its translation (Articles 5-6).

In the event that the authority of the requested Member State had a reasonable doubt as to the document’s authenticity (insofar as the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted, or the identity of the seal or stamp are concerned) which could not be resolved otherwise, a request for information could be submitted to the relevant authorities of the issuing Member State by means of the administrative cooperation based on the Internal Market Information System (IMI) established by Regulation (EU) No. 1024/2012. The requested authorities were expected to reply to such requests within the shortest possible period of time (no longer than one month) (Articles 7-10) in order to provide safeguards against fraud.

The Proposal also introduced the abovementioned EU multilingual standard forms – to be filled in by the competent authority in the Member State of origin - for the most common public documents. These forms, which were expected to save costs and time for EU citizens and businesses and facilitate the verification of their authenticity so as to substantially reduce the cases of forgery, should have been an alternative to equivalent national public documents on a voluntary basis. In fact, standard forms were not mandatory so as not to prejudice the use of equivalent national certificates drawn up by authorities of the issuing Member State. However, once an individual or entity opted for using the EU standard form, national authorities were expected to issue this particular form under the same conditions (e.g. as regards the fees) as those for the national equivalent available in the issuing Member State. Similarly, the authorities of the receiving Member State were expected to accept that form and considered it as equally valid as its national equivalent without requiring additional formalities. The EU form should have had the same formal evidentiary value as the similar public document drawn up by the authorities of the issuing Member State as regards its authenticity and would have produced the same evidentiary effects in all Member States. Conversely, EU standard forms should not have produced legal effects as regards the recognition of their content in case of submission in a Member State other than the issuing Member State (Articles 11-15).

44 P. Lagarde, *The Movement of Civil-Status Records in Europe* cit., p. 4. See Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs of the European Parliament, *The evidentiary effects of authentic acts in the Member States of the European Union in the context of successions*, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL\\_STU%282016%29556935\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556935/IPOL_STU%282016%29556935_EN.pdf), p. 51; J. Fitchen, “Recognition”, *Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation*, *Jour. Priv. Int. law*, 2012, p. 323 ff.; D. Damascelli, *La “circulation” au sein de l’espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2013, pp. 425-432; M. Lehmann, *Recognition as a substitute for conflict of laws?*, cit., paragraph A.3; J. Kleinschmidt, *Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht (The European Certificate of Succession: An Optional Instrument as a Challenge for Private International Law)*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2013, p. 723 ss.; C. Nourissat, P. Callé, P. Pasqualis, P. Wautelet, *Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l’espace de liberté, de sécurité et de justice, Petites affiches*, 2012, p. 6 ss.; Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, *Regulation (EC) n. 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, 2012, p. 9, 19 ss., available at <http://www.europarl.europa.eu/studies>; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2010, 523 ss., 669 ss. The proposed Article 1 draws inspiration from - but does not mirror - the solutions envisaged by article 59, Regulation 650/2012.

In any case, the proposed Regulation should have not prejudiced the application of EU law which contains provisions in the same fields, but it should complement it (see, for instance, Article 52 of Regulation (EC) No. 2201/2003). Moreover, as between the Member States, the Proposal should have taken precedence over bilateral or multilateral conventions to which the Member States are parties and which concern matters covered by it (see, for instance, ICCS Convention or the 1961 Apostille Convention) (Articles 16 and 18; Recitals 19-20)<sup>45</sup>.

## 12. The new Regulation (EU) 2016/1191. Main aspects

Following the Commission's Proposal, a number of key developments have occurred during the negotiation at the Working Party level<sup>46</sup>.

An agreement has then been reached on a compromise package<sup>47</sup>, which constituted the final version of the new Regulation (in force as of 16 February 2019).

At the end of the legislative process, the former idea of "acceptance" and "recognition" has given way to that of the mere "presentation" abroad of public documents (Article 1(1); Recital 1). It is thus clear that the EU institutions preferred to avoid any misunderstanding as regards the aim of the new instrument.

The scope of Regulation (EU) 2016/1191, whose main purpose is purely to abolish legalisation and apostille for the public documents covered by it and their certified copies as well as to simplify additional cross-border formalities (Articles 1(1)(a)-(b) and 4-5; Recital 3, 6, 8), has been significantly narrowed to civil status matters only<sup>48</sup>, except for public documents issued for a person by the Member State of which that person is a national to attest that that person does not have a criminal record or for political purposes (Article 2(1)-(2)).

Moreover, the new Regulation neither harmonizes the substantive law of the Member States in the fields concerned nor provides for the mutual recognition of the content of a public document issued by the authorities of a Member State, in accordance with its national law (Article 2(4); Recital 18). Therefore, national private international law rules in this matter will still apply.

Furthermore, due to reservations that have been expressed on the establishment of EU multilingual standard forms in the area of civil status matters as autonomous public documents<sup>49</sup>, these forms simply have an harmonized common content without having any autonomous legal value, so as to be used as a pure translation aid attached to the corresponding national public documents (Articles 1(2) and 8; Recitals 22, 26 and 49).

Additionally, administrative cooperation between national authorities involved in the verification of doubtful documents is expressly improved, so as to ensure a more effective level of detection of fraud and forgery of public documents (Chapter IV).

Lastly, beside governing the relationship with current EU law (Article 17, Recital 44-45), the new EU instrument expressly provides that the application of relevant international agreements to which Member States are already parties should not be affected by it, albeit the latter should prevail over the provisions of the former in matters covered by the new Regulation in relations between contracting Member States (Article 19(1)-(2), Recital 46). In addition, by bearing in mind the implications that this Regulation should entail in the light of the ECJ Opinion 1/13<sup>50</sup>, the new instrument should not preclude the Member States from negotiating, concluding, acceding to, amending and applying international agreements and arrangements with third States with respect to legalisation or similar formality of public documents covered by this Regulation, nor from deciding on accessions by new Contracting Parties

45 The relationship between the new Regulation and others EU law instruments as well as between the new Regulation and international agreements in light of the ECJ Opinion 1/13 will not be addressed in this study.

46 EU Parliament's opinion at first reading, adopted on 4 April 2014 (doc. 5905/14 CODEC 237 JUSTCIV 18 PE 46)

47 Position of the Council at first reading adopted on 10 March 2016 (14956/2/2015 REV 2).

48 Orientation Guidelines endorsed by the Council in December 2014 (doc. 15843/2014).

49 See footnote no 48.

50 See P. Beaumont, *A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13*, in *Working Paper Series*, 2015, available at <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>; I. Govaere, "Setting the international scene": EU external competence and procedures post-Lisbon revisited in the light of ECJ Opinion 1/13, in *Common market law review*, 2015, p. 1277-1307.

to such agreements and arrangements (Article 19(4), Recital 48)<sup>51</sup>. The same should be true for international agreements, entered into or to be entered into by Member States, which fall outside the scope of the new Regulation (Recital 47).

### 13. Public documents without borders: a dream come true?

In an area of advanced social and economic integration, EU citizens should be able to fully benefit from the fundamental rights guaranteed by the EU Law. However, it cannot be overlooked that the EU still embraces a huge variety of legal systems. Therefore, administrative procedures as well as substantive law so vary amongst the Member States that they represent themselves a *de facto* barrier when entitlement to legal protection is sought by EU citizens after moving abroad.

Time thus calls for the abolishment of the obstacles that currently hamper the full enjoyment of the internal market freedoms.

The newly adopted Regulation (EU) 2016/1191 is more than welcomed. More precisely, it aims at (i) reducing practical difficulties in producing cross-border evidence of certain legal facts as well as cutting red tape, related costs and delays and (ii) simplifying the fragmented legal framework regulating to the cross-border use of certain public documents.

However, the following drawbacks should not be underestimated.

First of all, due to its limited scope (*ratione materiae* – personal status – and territorial – documents issued by authorities of Third States fall outside the EU initiative’s scope – Article 2(3)(a)) and as expressly foreseen (see Recitals 4-5), ultimately the Regulation simply adds another uniform regime (“*separate and autonomous*”) to the existing authentication (multilevel) system of foreign public documents, without replacing the latter. Hence, in spite of the goal that the EU institutions originally intended to achieve, the new instrument may not actually succeed in simplifying the current legal framework.

Secondly, the EU multilingual standard forms, aimed at standardizing the form and details on the document, should have had in principle the same formal evidentiary value as the Member State’s national documents. However, the new Regulation finally establishes standard forms with the sole purpose of facilitating the translation of the public documents to which they are attached. Hence, the practical added value of this mechanism still remains to be seen.

Thirdly, it is doubtful whether Regulation (EU) 2016/1191 could improve the cross-border portability of family status linked to civil status record (among which includes birth certificates). As already pointed out, the exercise of the freedom of movement and residence, which is enshrined by Article 21 TFEU, cannot be hindered by national measures. In the past, when this fundamental freedom was exercised, the elements of a personal status of the individual concerned have been negatively affected, since it happened that the rights deriving from any kind of familial relationship in one country were substantially different in another. Needless to say, this regrettable outcome has affected both adults (in terms of uncertainty as per identity, parental status and/or responsibility) and children born and/or raised within any kind of unions, who may be prevented from establishing a legal parentage to one or both of the parents in the host country, thus resulting in having different status in different Member States. However, as it is clear from the case-law of the Court of Justice and the Strasbourg Court, Member States are expected to give effect to civil status situations lawfully established in others (at least in light of the child’s best interest), regardless of the applicable law. But, on closer inspection, they are not forced to recognise these situations. In addition, the Regulation at hand is purely aimed at reducing additional cross-border formalities: it neither harmonises the substantive law / conflict-of-law rules of the Member States in the fields concerned nor requires a Member State to recognise the effects of a personal and/or familial status established under the law of another Member State. As a consequence, issues of portability of the elements of personal status across the EU still come into play and the so-called “limping relationships” are far from being settled.

The brief analysis given in this chapter allows for some conclusions to be articulated.

All in all, the new Regulation is to be regarded as constituting a considerable progress for the benefit of EU citizens. By speeding up verification procedures, so as to prevent attempted fraud from succeeding, the new instrument should facilitate the use of personal status documents across the EU, thus eliminating risks of discrimination within the Single Market.

However, by sidestepping the legal complexities and difficulties that inevitably arise as per the (denied) continuity of personal status within the EU, it cannot be overlooked that the EU initiative at

51 Compromise solution suggested by the Presidency in March 2015 (doc. 6812/2015 )

stake does not exhaustively address the mutated social needs. In fact, it is reasonable to assume that the on-going non-recognition of a civil status established abroad not only turns out to be an obstacle to the exercise of the EU fundamental freedoms, but it may equally amount to a an unjustified breach of Human Rights as protected under the ECHR.

Therefore, albeit the effort undertaken by the EU institutions is a desirable step in making people's mobility easier, there is still much work to be done. As a matter of fact, the automatic recognition of the cross-border portability of a personal status (of both adults and children) should be the next goal to be achieved by the EU institutions, so that the overall aim of making a real difference in people's lives could actually be successfully pursued.

---

## *Interventi*

Serena Baldin\*

## Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio non discriminatorio come caso di studio.

### Sommario

1. Genere, linguaggio e diritto – 2. Il costituzionalismo inclusivo – 3. Il principio di eguaglianza e il *gender mainstreaming* – 4. Il principio di eguaglianza nella prospettiva antisubordinazione – 5. Il dovere della pubblica amministrazione di utilizzare un linguaggio non discriminatorio – 6. Il genere nelle traduzioni giuridiche – 7. Annotazioni finali.

### Abstract

Il presente articolo affronta il tema del linguaggio non discriminatorio individuando nel principio di eguaglianza nella sua versione antisubordinazione la fonte che legittima le regole relative all'uso di un linguaggio non sessista. Dopo una premessa introduttiva volta a segnalare l'androcentrismo insito nelle espressioni lessicali, si sottolineano i caratteri del costituzionalismo occidentale, teso alla crescente estensione di garanzie alle donne (§ 2), e si illustrano i significati del principio di eguaglianza, con particolare riguardo al principio antisubordinazione (§§ 3 e 4). Indi, vengono indicate le azioni tese alla promozione di un utilizzo non discriminatorio del linguaggio nell'ambito della pubblica amministrazione (§ 5). Nel § 6, il contributo si sofferma sulle problematiche delle traduzioni giuridiche, evidenziando come trasposizioni imprecise possano stravolgere un impianto costituzionale *gender sensitive*, che assegna chiaro rilievo al genere femminile.

*This article focuses on the topic of non-discriminatory language. Its source of legitimacy is identified in the principle of equality, in its anti-subordination perspective. Section 1 underlines the linkages between linguistic and law and the widespread androcentrism in language, while section 2 is devoted to the main features of Western constitutionalism with regard to the extension of guarantees in favor of women. Sections 3 and 4 highlight the significance of the principle of equality, explaining the anti-subordination approach. Section 5 illustrates the actions aimed at promoting a non-discriminatory use of language in the field of public administration. Section 6 is devoted to the problems of legal translations, underlying how incorrect transpositions can overturn a gender sensitive constitutional configuration.*

### 1. Genere, linguaggio e diritto

I *gender studies* rappresentano da vari decenni un punto di riferimento per chi si occupa di elaborazioni concettuali, evoluzioni e nuove prospettive di indagine sui significati socio-culturali della sessualità e dell'identità di genere. Mentre nel sentire comune sesso e genere appaiono come termini sinonimici, in

\* Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Trieste.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

ambito accademico il genere designa il processo di costruzione sociale e culturale di quei comportamenti che tendono a definire le differenze fra donne e uomini al di là del dato biologico che demarca il sesso.

Gli archetipi che definiscono i rapporti interpersonali primari e le strutture profonde della nostra identità alimentano le questioni di genere: la società organizza e produce modelli di relazioni che vengono riprodotti attraverso meccanismi di controllo familiare e sociale, quali l'educazione, la religione, la cultura e, naturalmente, le espressioni lessicali<sup>1</sup>. Meccanismi di controllo che l'analisi di genere intende disvelare.

Sottolinea Barbara Pezzini che il genere è sia binario e relazionale per ciò che riguarda la dicotomia maschile/femminile, sia un codice che restituisce un rapporto gerarchico in quanto basato sull'elaborazione sociale delle differenze tra i sessi, differenze veicolanti subordinazione, discriminazione e stigmatizzazione. La costruzione del genere è un'opera socialmente determinata che investe anche la sfera del diritto. Questo, a sua volta, restituisce l'immagine del genere attraverso regole che contribuiscono a conformare l'identità così espressa<sup>2</sup>.

Il tema della presente indagine, ossia l'utilizzo di un linguaggio non discriminatorio, offre varie angolature di analisi, in virtù dei molteplici legami che la linguistica intreccia col diritto, identificabili in special modo nelle sfere della semantica giuridica, della filosofia del diritto, della logica deontica, della giuscomparazione. I rapporti fra queste due discipline si innervano anche nell'universo dei diritti, a partire dalle teorie che fondano il costituzionalismo contemporaneo e dalle concezioni dell'eguaglianza. In questa prospettiva, una considerazione preliminare poggia sul piano semantico, ispirata da un dialogo fra Alice e Humpty Dumpty che compare nel racconto di Lewis Carroll *Attraverso lo specchio*. In un passaggio caro a linguisti e giuristi, ad Alice, che rimprovera a Humpty Dumpty l'attribuzione di un significato arbitrario a una parola, questi replica che «essa significa esattamente quello che decido io ... né più né meno». E, di fronte alle proteste di Alice: «bisogna vedere se voi potete dare tanti significati diversi alle parole», Humpty Dumpty conclude: «bisogna vedere chi comanda... ecco tutto»<sup>3</sup>. In verità, di solito le parole non significano quello che ciascuno decide vogliono dire. Il loro contenuto è dato dall'uso che delle parole stesse si fa comunemente. Nella prospettiva di genere, studiare il linguaggio induce però a riflettere sull'ipotesi che Humpty Dumpty non abbia tutti i torti.

La produzione della conoscenza, veicolata in massima parte dal linguaggio, è profondamente politica. E anche il diritto è parte di quel tipo di conoscenza e dunque della struttura che garantisce il potere a certi gruppi dominanti. Le parole producono consenso e conformità. Allo stesso modo possono anche condurre a trasformazioni, essendo uno strumento di cambiamento del mondo. Come accade nell'ambito giuridico, e proprio grazie a un certo uso dei termini. La stessa parola "diritto" «si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa, sino a costituire uno strumento retorico di notevole efficacia. È molto più inquietante e persuasivo ... pretendere qualcosa come proprio diritto, che non farne l'oggetto di una invocazione o preghiera affidata alla buona volontà del destinatario»<sup>4</sup>.

Gli studi di genere smascherano l'androcentrismo insito nelle espressioni lessicali, dovuto al predominio del maschile che ha una doppia valenza. Marcata, ossia riferita solo agli uomini, e una non marcata, riferita a entrambi i sessi in quanto il maschile si considera neutro, sebbene nella lingua italiana il genere neutro non esista<sup>5</sup>. Diversamente, il femminile è sempre marcato. Questi casi palesano una dissimmetria grammaticale, visto che il linguaggio simbolizza al suo interno la differenza sessuale in forma già gerarchizzata e orientata<sup>6</sup>. L'uso del genere maschile al singolare, qualora incorpori il femminile, non è né neutro né inclusivo; declinato al plurale, il maschile può svolgere una funzione inclusiva del femminile, senza però divenire neutro. Non è neutro in quanto impiegare un termine al posto di un altro comporta una modifica nel pensiero e nell'atteggiamento di chi lo pronuncia e di chi lo ascolta<sup>7</sup>. E mediante la verbalizzazione di concetti si veicolano stereotipi di genere.

- 1 V. F. Fusco, *La lingua e il femminile nella lessicografia italiana. Tra stereotipi e (in)visibilità*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2012, p. 7 ss.; *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, S. Piccone Stella, C. Saraceno (a cura di), Bologna, il Mulino, 1996.
- 2 Cfr. B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, L. Morra, B. Pasa (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015, p. 202 ss.
- 3 L. Carroll, *Attraverso lo specchio*, Milano, Mondadori, 1978, p. 203.
- 4 Cfr. U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), Perugia, Centro Studi giuridici e politici, 1992, p. 39.
- 5 Si v. C. Bazzanella, *Genere e lingua*, voce in *Enciclopedia Treccani*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).
- 6 P. Violi, *L'infinito singolare. Considerazioni sulla differenza sessuale nel linguaggio*, Verona, Essedue, 1986, p. 40.
- 7 Così A. Sabatini, *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana*, in Id., *Il sessismo nella lingua italiana*, Roma, Ist. Pol. Zecca dello Stato, 1987, p. 97.

Gli stereotipi operano come strumenti di definizione dell'identità propria e altrui, servendosi della semplificazione, della riduzione o della negazione delle differenze per mantenere l'ordine simbolico e sociale prefissato. Volgendosi a un gruppo subordinato, gli stereotipi contribuiscono a perpetuare l'egemonia, agendo non con la forza bensì con la persuasione<sup>8</sup>. Nonostante l'ingresso delle donne nel mondo del lavoro e in professioni storicamente riservate agli uomini sia oramai un dato acquisito, il linguaggio continua a veicolare soprattutto il genere maschile: avvocata, notaia, chirurga, ministra, assessora, sindaca, ecc., sono termini ancora poco usati, anche dalle stesse professioniste o titolari dell'incarico.

La parola può trasformarsi in un'azione vera e propria, condizionando la realtà circostante<sup>9</sup>. Poiché il genere opera nel e sul linguaggio, è possibile resistere alle forme di subordinazione mediante atti di sovversione linguistica. Un esempio lontano nel tempo, e ancora attuale, è il documento steso dalla scrittrice Olympe de Gouges nel 1791: la *Declaration des droits de la femme et de la citoyenne*. Emblema delle richieste, sovente inascoltate, di adeguare la sostanza nonché lo stile redazionale dei testi normativi per includervi la componente femminile, palesemente omessa nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789<sup>10</sup>.

Il "potere di nominare" implica riconoscere. A livello giuridico, il riconoscimento di specifici gruppi ha tutta una serie di ricadute significative che si proiettano sui profili dell'inclusione sociale e del conferimento di diritti. I paragrafi che seguono intendono evidenziare sommariamente i caratteri del costituzionalismo occidentale teso alla crescente estensione di garanzie alle donne (§ 2) e a illustrare i principi costituzionali e le azioni su cui si basano le politiche di genere (§§ 3 e 4), nonché individuare le norme atte a promuovere nella sfera pubblica un utilizzo non discriminatorio del linguaggio (§ 5) e le problematiche insite nelle traduzioni giuridiche, segnalando come trasposizioni imprecise possano stravolgere un impianto costituzionale *gender sensitive*, che assegna chiaro rilievo al genere femminile (§ 6).

## 2. Il costituzionalismo inclusivo

L'esclusione sociale dei gruppi svantaggiati è sovente all'origine di richieste di riconoscimento giuridico, in quanto i pregiudizi e le discriminazioni subite ne rafforzano l'identità collettiva, sviluppando forme di solidarietà basate su aspetti ascrivibili.

Il mancato riconoscimento giuridico o il misconoscimento possono tradursi in forme di oppressione che imprigionano le persone in un modo di vivere falso e impoverito, producendo inferiorità e marginalità<sup>11</sup>. Iris Young sostiene che in società dove «alcuni gruppi sono privilegiati mentre altri sono oppressi, insistere che le persone come cittadini dovrebbero lasciar da parte le loro particolari caratteristiche ed esperienze per assumere un punto di vista generale serve solo a rafforzare quel privilegio; le prospettive e gli interessi dei gruppi privilegiati tenderanno a dominare questa sfera pubblica unificata, marginalizzando o riducendo al silenzio quelli di altri gruppi»<sup>12</sup>. Non esplicitare le differenze può dunque generare l'estromissione dai benefici derivanti da un diverso *status* giuridico attraverso un processo all'apparenza neutrale e di fatto discriminante, basato sull'idea di un soggetto universale e decontestualizzato che non esiste, le sue caratteristiche corrispondendo a quelle del gruppo dominante<sup>13</sup>.

I teorici della politica focalizzano il dibattito anche sul rapporto fra redistribuzione socio-economica e riconoscimento collettivo alla base delle lotte sociali. Si tratta di un rapporto che non è necessariamente antitetico, dato che spesso le due direttrici si intersecano, come accade nei riguardi delle donne e delle

8 P. Villano, *Pregiudizi e stereotipi*, Roma, Carocci, 2013, p. 9.

9 Cfr. A. Sabatini, *op. cit.*, p. 97.

10 V. A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 62 ss.

11 In argomento, v. C. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 9 ss.

12 I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 257.

13 Cfr. A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 5; W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 188; C. Taylor, *op. cit.*, p. 29 s.; C. Piciocchi, *La prescrittività culturale degli ordinamenti giuridici tra ordinamenti statali e Unione europea*, in *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, R. Toniatti, F. Palermo (a cura di), Trento, Università degli Studi di Trento, 2004, p. 216 ss.

minoranze etnico-razziali. Vale a dire che l'appartenenza al genere femminile<sup>14</sup> incide sulla condizione individuale sia all'interno delle relazioni socio-economiche che dell'opinione svalutativa del gruppo di appartenenza. Tali gruppi «subiscono tanto la maldistribuzione quanto il misconoscimento in una maniera in cui nessuna delle due forme di ingiustizia è una conseguenza indiretta dell'altra, ma in cui entrambe sono primarie e cooriginarie». Pertanto, la discriminazione può sradicarsi solo con politiche in grado di cambiare entrambi gli schemi di riferimento<sup>15</sup>.

Si parla di “norma maschile”, o di patriarcato o di sistema sesso-genere, per intendere che il diritto non è neutro, essendo inficiato dalla struttura di potere dominante che assegna un ruolo subordinato alle donne<sup>16</sup>. Storicamente, le costituzioni offrono svariati esempi di gruppi esclusi dallo Stato sin dal momento fondativo, e le donne condividono spesso le sorti delle minoranze etniche, per cui gli appelli all'eguaglianza possono risultare falsamente universali<sup>17</sup>. Il noto *incipit* del preambolo della costituzione statunitense risalente al 1787 – «*We the People*» – era all'epoca il riflesso di una sola classe (maschio, bianco, proprietario), con chiare implicazioni negative per i nativi americani, gli afrodiscendenti, nonché per la componente femminile nella sua interezza<sup>18</sup>. Per converso, il riconoscimento di gruppi storicamente emarginati e oppressi nel testo solenne equivale a renderli parte integrante della comunità politica. La loro menzione è inoltre un gesto emblematico per riparare alle ingiustizie subite e atto a rafforzare la loro inclusione mediante normative specificamente dedicate.

Il tenore assimilazionista di certe locuzioni normative, costruite a partire dall'uomo assunto come unico modello possibile e i suoi diritti come parametro di riferimento, può annidarsi anche nei testi più insospettati. Basta leggere l'art. 2 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1979, laddove si afferma che «Gli Stati membri ... si impegnano a ... c) Stabilire la protezione giuridica dei diritti della donna su una base d'uguaglianza rispetto a quelli dell'uomo». Ciò a dimostrare che l'universalismo del diritto si fonda in realtà su strutture giuridiche sessuate, che incorporano il paradigma implicito della regola sociale di subordinazione femminile<sup>19</sup>.

Con espresso riguardo all'estensione dei diritti politici alle donne, questi iniziano a fare capolino in alcuni ordinamenti europei dopo un lungo processo di riconoscimento di pretese giuridiche. Fino alla seconda metà dell'Ottocento e, in alcuni Stati, fino ai primi del Novecento, solo i cittadini maschi e benestanti avevano il diritto di eleggere i propri rappresentanti e di essere eletti in Parlamento. Il legame fra *status* economico e culturale ed esercizio dei diritti politici giustificava l'esclusione delle donne anche senza dover ricorrere all'argomento della loro presupposta inferiorità naturale<sup>20</sup>. Il nesso fra diritto e potere (maschile) avallava in tal modo il paradosso per cui le donne non potevano accedere ai diritti perché non avevano certe caratteristiche economico-culturali, e non le avevano a causa della loro esclusione sociale derivante dal dato biologico<sup>21</sup>.

In Italia, il suffragio universale venne imposto col decreto legislativo luogotenenziale n. 74 del 10 marzo 1946 disciplinante le norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente. Di quel consenso fecero parte ventun donne su un totale di 556 componenti. La costituzione vigente dal 1° gennaio 1948 segna un punto di rottura con il periodo statutario, nominando a chiare lettere le donne, ossia comprendendole nel patto originario da cui scaturisce il nuovo ordinamento. Si dà così forma giuridica a importanti trasformazioni, delineando un processo di emancipazione, inclusione e promozione sociale a partire dall'art. 3 cost. che statuisce il principio di eguaglianza e declina le discriminazioni vietate

14 Senza dimenticare che le donne sono spesso oggetto di doppia discriminazione, visto che il genere si combina con la razza o l'origine etnica, la religione, la disabilità, l'età.

15 Cfr. N. Fraser, *Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione*, in N. Fraser, A. Honneth, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, Roma, Meltemi, 2007, p. 20 ss., 30 ss.

16 M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in *Ragion Pratica*, 2, 2004, p. 364.

17 Si v. N. Garay Montañez, *Investigación y docencia en derecho constitucional: Apuntes y materiales para la comprensión de un constitucionalismo inclusivo*, in *Revista de Educación y Derecho*, 11, 2015, p. 10 ss.

18 D.R. Miller, *Recontextualizing 'equality' in the Constitution of the USA, or, a tale of the inadequacy of the grammar of equality: one constitutional instance*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, p. 9 ss.

19 V. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), vol. III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli, Jovene, 2009, p. 1148.

20 La legge elettorale amministrativa italiana del 17 marzo 1861 disponeva che non potevano essere «elettori ed eleggibili analfabeti, donne, interdetti, detenuti in espiatione di pena e falliti».

21 A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, cit., p. 86.

anche in ragione del sesso. Contrastando poi la subordinazione delle donne nella sfera privata, l'art. 29 cost. afferma l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi all'interno del matrimonio, e l'art. 30 cost. supera la concezione della patria potestà sancendo la responsabilità genitoriale. Il modello patriarcale, peraltro, riecheggia nel testo nella disciplina lavorativa. La rappresentazione sociale di uomini e donne resta vincolata al ruolo di capo-famiglia dei primi e a quello di madre delle seconde nella lettura degli artt. 36 e 37 cost.

Col nuovo secolo la promozione della partecipazione e della rappresentanza politica femminile conosce un ulteriore punto di svolta. Tre riforme costituzionali attribuiscono rispettivamente alle regioni a statuto speciale e alle province di Trento e di Bolzano il compito legislativo di «promuovere condizioni di parità di accesso alle consultazioni elettorali» (l. cost. n. 2 del 2001), in analogia esteso alle regioni a statuto ordinario (art. 117, c. 7, cost., come novellato dalla l. cost. n. 3 del 2001) e, a seguire, alla Repubblica viene assegnato il compito di promuovere «con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini», inserito nel Titolo V dedicato ai Rapporti politici, ex art. 51, c. 1. cost. (come integrato dalla l. cost. n. 1 del 2003).

La *ratio* sottesa è di dare copertura costituzionale a tutti i futuri disposti in materia elettorale per garantire l'eguaglianza dei punti di partenza nell'accesso alle cariche elettive<sup>22</sup>. Non misure rivolte a conseguire direttamente il risultato dell'ottenimento della carica (es. seggi riservati, quali azioni positive che attribuiscono vantaggi speciali e diversi a un gruppo target), bensì misure con funzione antidiscriminatoria, miranti a regolare in modo eguale la posizione di donne e uomini<sup>23</sup>. Ciò per contrastare un fenomeno evidente a chiunque: la modestissima presenza femminile nelle istituzioni politiche. Un dato riconducibile al problema della selezione delle candidature da parte dei partiti, che in molti casi diventa escludente per le donne non solo a priori, bensì anche a posteriori, visto che la loro permanenza in Parlamento risulta essere inferiore a quella dei colleghi uomini<sup>24</sup>.

L'eguaglianza rappresenta la chiave di lettura di queste scelte e conferisce legittimazione, come si spiegherà *infra*, agli atti che dispongono l'utilizzo di un linguaggio non discriminatorio nell'ambito della pubblica amministrazione mediante tecniche di *drafting* in grado di incidere al femminile sulla forma degli atti normativi.

### 3. Il principio di eguaglianza e il *gender mainstreaming*

Il principio di eguaglianza è «un complesso contenitore di istanze e di strumenti giuridici, tenuti insieme dal supremo valore della pari dignità sociale della persona»<sup>25</sup>. Esso sottende una pluralità di accezioni e di funzioni<sup>26</sup>, che può essere raffigurata con «una linea progressiva ... fatta di stadi e di significati differenti ma non slegati gli uni agli altri, né rappresentabili alla stregua di opposti che non possono mai congiungersi»<sup>27</sup>. In questa sede si abbozzerà solamente il noto binomio formale/sostanziale, per poi chiarire il significato del principio antisubordinazione.

Nella sua formulazione classica, l'eguaglianza davanti alla legge implica che situazioni simili debbano essere trattate in modo eguale e situazioni diverse in modo differente. Dal dogma aristotelico che

22 Ciò in quanto le previsioni già contenute in fonti di rango primario in tema di elezioni comunali, provinciali e politiche, erano state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con sent. n. 422 del 1995, in quanto la normativa aveva previsto uno schema preferenziale per le "quote rosa" sulla base della disposizione secondo cui «nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi», in contrasto col principio di eguaglianza formale (art. 3, c. 1, cost.) e il diritto di elettorato passivo (art. 51, c. 1, cost., vecchio testo). Cfr. L. Califano, *Azioni positive e rappresentanza politica dopo le riforme costituzionali*, in *Donne, politica e processi decisionali*, Id. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004, p. 47 ss.; P. Faraguna, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. quote rosa*, in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, F. Spitaleri (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p. 43 ss.

23 Cfr. T.E. Frosini, *La modifica dell'art. 51 Cost.: problemi e prospettive*, 2003, in *Rivista AIC*, <http://archivio.rivistaaic.it/dibattiti/attualita/frosini.html>.

24 M. Calloni, L. Cedroni, *Le donne nelle istituzioni rappresentative dell'Italia repubblicana: una ricognizione storica e critica*, 2011, p. 29, in [http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/18287calloni\\_cedroni\\_.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/18287calloni_cedroni_.pdf).

25 Cfr. A. D'Aloia, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana*, in *Donne, politica e processi decisionali*, L. Califano (a cura di), Torino, Giappichelli, 2004, p. 34.

26 Si rinvia a L. Gianformaggio, *L'eguaglianza e le norme*, in Id., *Eguaglianza, donne e diritto*, A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (a cura di), Bologna, il Mulino, 1997, p. 125 ss.

27 A. D'Aloia, *op. cit.*, p. 34.

soggiace a tale formulazione discende un giudizio di natura esclusivamente relazionale e comparativa, soddisfatto qualora due persone siano trattate egualmente bene o egualmente male. In caso contrario, e in assenza di ragionevoli giustificazioni, il trattamento si considera discriminatorio. Nelle carte costituzionali è d'uso elencare i fattori ascrittivi reputati particolarmente meritevoli di tutela, la società avvertendo come odiosi gli eventuali trattamenti di sfavore da essi derivanti. La menzione dei motivi di discriminazione c.d. sospetti (es. sesso, razza, lingua) ha l'effetto di porre un limite al legislatore, il quale non può adottare atti che ledano certe categorie di soggetti trattandole diversamente da altre a causa di un loro attributo. In ciò risiede il significato dell'eguaglianza formale e del suo corollario, il divieto di discriminare<sup>28</sup>.

Quanto alla discriminazione sulla base del sesso, in via prodromica va segnalato l'ossimoro che lega la nozione di genere, basata sul concetto di differenza, al valore dell'eguaglianza, che presuppone somiglianza<sup>29</sup>. A essere vietate non sono unicamente le discriminazioni dirette o palesi<sup>30</sup>. Il divieto si estende anche quelle indirette o dissimulate, agendo come uno strumento orientato alla giustizia sociale. La discriminazione indiretta sottende quell'ipotesi in cui la norma contestata, sebbene espressa in modo neutro e dunque rivolta ai destinatari nei medesimi termini senza distinzioni, finisce per avere un impatto disparato su un gruppo sociale debole<sup>31</sup>. Superando l'approccio individualistico insito nel concetto di discriminazione diretta, la fattispecie indiretta si basa su una comparazione fra gruppi assunta a fondamento per stabilire una condizione di disparità, e dove l'attenzione attribuita sul piano degli effetti all'impatto diseguale acquisisce una rilevanza primaria<sup>32</sup>. Nell'alveo europeo, la nozione venne esplicitamente definita negli anni Ottanta dalla Corte di giustizia di Lussemburgo con l'obiettivo di salvaguardare il personale lavorativo part-time, composto in prevalenza da donne<sup>33</sup>.

La regola generale di eguaglianza non si arresta alla sua declinazione in senso formale, contemplando un'ulteriore specificazione. L'eguaglianza sostanziale ambisce alla parità di fatto e non solo di diritto, aspirando a colmare le differenze dei punti di partenza fra soggetti che discendono dalla ricchezza, l'educazione, ecc. Sandra Fredman elenca quattro funzioni dell'eguaglianza sostanziale: interrompe la spirale dello svantaggio; promuove il rispetto dell'eguale dignità di tutti gli individui; accomoda le istanze identitarie, rimuovendo gli svantaggi nel rispetto delle differenze ascrittive; promuove la partecipazione alla vita pubblica a fini inclusivi<sup>34</sup>. Essa si configura quale strumento di riequilibrio delle contraddizioni sociali e presuppone un ruolo attivo del legislatore, avente il compito di sanare le situazioni generatrici di diseguaglianze attraverso «un processo di redistribuzione delle *chances* fra soggetti avvantaggiati e soggetti discriminati, ovvero un processo che riattribuisce in modo diseguale le opportunità di accedere a un determinato bene»<sup>35</sup>.

Si rinviene qui il fondamento della ragionevolezza dei trattamenti preferenziali volti a evitare o compensare svantaggi legati al fattore ascrittivo, che assumono il nome di azioni positive. Nella sua declinazione classica, il principio di eguaglianza formale non costituisce la base per attribuire un vantaggio ai soggetti deboli. Diversamente, l'*affirmative action policy*, introdotta negli anni Sessanta negli Stati Uniti per compensare la comunità afroamericana dei trattamenti degradanti subiti nel tempo, si

28 In prospettiva comparata, v. E. Palici di Suni, *Il principio di eguaglianza*, in *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, Id. (a cura di), II ed., Padova, Cedam, 2011, p. 279 ss.

29 Così M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 40.

30 Ai sensi dell'art. 2, c. 2, della direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002, la discriminazione diretta indica la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

31 Si v. D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, Cedam, 2008, p. 11 ss.

32 O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sovranazionale*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, C. Calvieri (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006, p. 453.

33 Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*. In seguito, la discriminazione indiretta venne disciplinata nella direttiva 97/80/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso. Sull'evoluzione del concetto di discriminazione nell'ambito europeo si rinvia a O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, Giuffrè, 2005.

34 Cfr. S. Fredman, *Discrimination Law*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 25 ss.

35 Così M. Barbera, *op. cit.*, p. 97.

propone di rendere effettiva l'eguaglianza di opportunità (o di mezzi) e quindi l'ordinamento fa leva sul tratto ascrivito per introdurre trattamenti di favore che discendono dal canone di parità sostanziale<sup>36</sup>.

A differenza di quanto si sosteneva tempo addietro, l'eguaglianza sostanziale non può più essere assicurata con la sola previsione di benefici economici a fini redistributivi. Le misure rivolte agli individui che fanno parte di gruppi svantaggiati vittime di oppressione non possono consistere soltanto nel pagamento di eventuali indennizzi o nel dichiarare illegittimi gli atti compiuti in loro pregiudizio. Nell'attuale contesto storico, la questione centrale verte sull'effettivo esercizio dei diritti<sup>37</sup>. Occorre mirare a un'opera di riqualificazione sociale da ottenersi, ad esempio, con l'introduzione di azioni positive nell'ambito educativo e in quello dell'aggiornamento professionale<sup>38</sup>. Il principio di eguaglianza sostanziale è strettamente legato ai diritti sociali, la cui garanzia permette di dare consistenza ai punti di partenza che si vogliono livellare sul piano lavorativo, abitativo, dell'istruzione, dell'assistenza socio-sanitaria. Solo affrancandosi dalla schiavitù del bisogno gli individui svantaggiati possono effettivamente godere delle libertà civili e politiche.

Il godimento effettivo dei diritti non si configura solo come un prodotto giuridico, bensì quale conseguenza di una serie di trasformazioni che rilevano sul piano sociale, economico, culturale. Per siffatto motivo, nei paesi aderenti all'Unione europea, la promozione delle pari opportunità fra donne e uomini era già un obiettivo primario negli anni Settanta, come si evince dalla normativa volta a garantire la parità sui posti di lavoro, e ora sancita all'art. 8 del Trattato sul funzionamento dell'UE.

La promozione delle pari opportunità è perseguita secondo i principi che reggono il c.d. *gender mainstreaming*. Alla lettera «stare nella corrente principale, scorrere al centro del flusso», il *mainstreaming* si diffonde dalla Conferenza mondiale sulle donne organizzata dall'ONU a Pechino nel 1995. Compiutamente, il termine indica «la promozione da parte dei governi e degli altri soggetti attivi di una politica attiva e visibile di *mainstreaming*, di una prospettiva di genere in tutte le politiche e i programmi per assicurare che, prima di prendere decisioni, sia effettuata un'analisi degli effetti che essi hanno sulle donne e gli uomini rispettivamente». In altri termini, le politiche per la parità di genere indicano un insieme di interventi pubblici messi in atto dallo Stato per contrastare o alterare condizioni che possono dare origine e alimentare una situazione di disegualianza fra donne e uomini, ovvero creare un divario nella partecipazione alla vita politica, sociale ed economica per ragioni legate al sesso<sup>39</sup>. Si tratta dunque di un ideale di integrazione orizzontale (o trasversale), in origine destinato ad atti di indirizzo politico e di programmazione dell'azione di governo<sup>40</sup>. Nato e sviluppatosi come direttiva politica, il concetto di *mainstreaming* è stato di recente codificato in atti di carattere normativo, a partire dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002.

#### 4. Il principio di eguaglianza nella prospettiva antisubordinazione

Attualmente, le costituzioni di ogni dove statuiscono il principio di eguaglianza e il divieto di discriminare. Oltre a ciò, l'evoluzione dei tempi registra una fase di ampio riconoscimento costituzionale delle categorie di soggetti deboli, che ora abbracciano, oltre alle donne e alle minoranze etniche, anche bam-

36 La previsione di quote o di punteggi per l'accesso a enti pubblici e privati è il modo attraverso cui gli ordinamenti introducono misure positive: le quote puntano a riservare posti alle categorie svantaggiate, mentre col sistema dei punteggi si accreditano punti più elevati ai soggetti deboli, senza compromettere il diritto di ogni candidato a concorrere per tutti i posti disponibili. Cfr. M. Ainis, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 586 s.

37 L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*. Spunti per una teoria della «debolezza», in *op. cit.*, C. Calvieri (a cura di), p. 55.

38 Cfr. A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 342 ss.; S. Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality*, in *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, Id. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 20 s. V. altresì A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, p. 114 s., *passim*.

39 Cfr. A. Donà, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, p. 6.

40 Alla base del *gender mainstreaming* vi sono tre principi. In primo luogo, il considerare gli individui in senso olistico nelle sfere lavorativa, familiare, sociale, politica, evitando gli stereotipi e le definizioni unidimensionali in base al genere (lavoratore, casalinga). Qui ricadono le misure che favoriscono la conciliazione fra lavoro e famiglia, come i congedi parentali, gli orari flessibili, i servizi di assistenza agli anziani e all'infanzia. Il secondo principio inerisce alla partecipazione democratica nella vita politica, da cui discendono le misure atte a rafforzare la presenza femminile. Il terzo principio si richiama alla giustizia e all'equità, ossia all'equa allocazione delle risorse fra donne e uomini. Si v. A. Donà, *op. cit.*, p. 64.

bini, adolescenti, anziani, disabili<sup>41</sup>. Tuttavia permane, nei riguardi della componente femminile, una diseguaglianza strutturale prodotto di relazioni sociali. Una condizione che l'eguaglianza intesa come principio antisubordinazione intende scardinare.

La subordinazione è diseguaglianza di potere, che si traduce in esclusione, svalutazione, mancanza di autonomia<sup>42</sup>. Funzionale a tale punto di vista è la precisazione di Owen Fiss, il quale distingue due diversi "paradigmi": antidiscriminazione e antisubordinazione. I movimenti femministi si focalizzano soprattutto su ciò che ruota attorno al concetto di gerarchia e che si esprime col termine *antisubordination principle* (o *group disadvantaging principle*). Esso venne dapprima proposto nell'ambito razziale, quale diversa lettura dell'*equal protection clause* contenuta nel XIV emendamento alla Costituzione statunitense, suggerendo di interpretare tale clausola non in senso procedurale bensì sostanziale, per sindacare anche la legittimità dei fini di un atto e per ricomprendere la prospettiva del gruppo e non solo del singolo individuo<sup>43</sup>.

Il paradigma antisubordinazione condanna quelle pratiche il cui effetto è di creare o perpetuare la posizione subalterna dei gruppi svantaggiati. Seguendo questo tracciato, la discriminazione è solo uno dei vari processi sociali responsabili di statuire un ordine gerarchico fra i sessi<sup>44</sup>. In altri termini, l'eguaglianza formulata in chiave antisubordinazione rappresenta il superamento proiettivo della dimensione antidiscriminatoria<sup>45</sup>. María Angeles Barrère Unzueta chiarisce bene la differenza con un esempio. Supponiamo che la percentuale di donne iscritte a giurisprudenza sia superiore agli uomini. Supponiamo inoltre che il corso post-laurea in "Avvocato di impresa" sia frequentato in pari numero da studenti e studentesse. Supponiamo infine che gli uomini siano assunti dalle imprese in misura maggiore rispetto alle donne. Il diritto antidiscriminatorio potrà incidere solo sul terzo momento della sequenza, le altre fasi non prefigurando alcun tipo di violazione del principio di eguaglianza<sup>46</sup>.

Secondo tale linea interpretativa, la discriminazione è un mero epifenomeno della subordinazione. In pratica, la dimensione antidiscriminatoria attiva un processo ascensionale di inclusione che riconosce al soggetto discriminato l'accesso a uno spazio prima precluso. Il principio antisubordinazione, che incorpora quello antidiscriminatorio, enfatizza invece l'esigenza di riconoscere le tematiche di genere come un assetto di potere. Esso protende al tema del dominio, ossia di chi abbia stabilito nel passato e di chi abbia nel presente il potere di stabilire i caratteri della norma – che tutela solo il potere di uno dei due sessi – e di come ciò avvenga<sup>47</sup>.

Il significato dell'eguaglianza come non subordinazione accentua la responsabilità istituzionale, che si estende dal legislatore alle corti e alle altre istituzioni politiche, per contrastare la diseguaglianza strutturale. Si mira in tal modo al rovesciamento e al superamento dell'assetto che produce l'esclusione, dando avvio a un processo circolare di ri-definizione di tutti i soggetti coinvolti e dello stesso spazio in cui agiscono e su cui insistono<sup>48</sup>.

La dimensione tacita del diritto, con le sue regole non verbalizzate eppure effettive, è un ambito da studiare con particolare attenzione al fine di superare gli assetti di potere consolidati, in quanto le norme implicite sono rispettate anche più di quelle espresse, essendo interiorizzate dai consociati<sup>49</sup>. Nell'applicare norme riguardanti il genere, la precomprensione dell'interprete riveste un ruolo essenziale, potendo influenzare in un senso o nell'altro il significato da dare a esse. La disparità di trattamento fra coniugi in merito alla punibilità del reato di adulterio avallata nei primi anni Sessanta dalla Corte co-

41 A titolo esemplificativo, si vedano le costituzioni di Ecuador (2008), Bolivia (2009), Kenya (2010).

42 Si v. M.A. Barrère Unzueta, *op. cit.*, p. 378.

43 O. Fiss, *Groups and Equal Protection Clause*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2, 1976, p. 107 ss. In argomento, v. altresì D. Strazzari, *op. cit.*, p. 123 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2009, p.73 ss.

44 Cfr. O. Fiss, *¿Qué es el feminismo?*, in *Doxa*, 14, 1993, p. 319 ss.

45 B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1141 ss.

46 M.A. Barrère Unzueta, *Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, in *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 9, 2003, p. 10 s.

47 Si v. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1151.

48 *Amplius*, B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1141 ss.; Id., *Costruzione del genere e costituzione*, in Id. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, vol. I, Studi, Bergamo, Sestante-Bergamo University Press, 2012, p. 16 ss. Cfr. altresì A. Lorenzetti, *Case law on the access and supply of goods and services. Equal is not enough: moving towards the formulation of an anti-subordination principle*, in J. Motmans et al. (eds.), *Equal is not enough: challenging differences and inequalities in contemporary societies*, Antwerpen, University of Antwerp-Hasselt University, 2001, p. 57 ss.

49 Si v. J. Long, *Diritto italiano della famiglia e impliciti "normativi"*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 149 s.

stituzionale italiana fa chiaramente emergere il pregiudizio di genere che plasma un modello familiare basato sull'autorità patriarcale<sup>50</sup>. Un modello ancora presente nella nostra legislazione, di cui è emblema la trasmissione ai figli del cognome paterno: soltanto dopo l'intervento della Corte europea per i diritti umani relativa all'impossibilità di registrare i figli legittimi con il cognome della madre (causa *Cusan e Fazzo c. Italia*, sentenza 7 gennaio 2014), è stato presentato un disegno di legge per ovviare a questa lacuna del codice civile che palesa una grave violazione dei diritti delle donne.

Strumenti per fare affiorare l'implicito, che esercita un controllo profondo sulla vita sociale, consentono pertanto una validazione logico-argomentativa delle regole tale da poter smascherare stereotipi e prospettive giuridiche discriminatorie<sup>51</sup>. Il mutamento paradigmatico, con la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati che esso richiede, è una sfida che obbliga a svelare il non detto nei testi normativi e a esplicitare argomenti e giustificazioni a sostegno di norme considerate alla stregua di assiomi. Solo così facendo è possibile intraprendere un percorso di demolizione giuridica del postulato, nelle cui fasi di passaggio sono possibili, se non addirittura inevitabili, le fratture tra formanti di diversa provenienza, quali emblemi del vecchio e del rinnovato ordine pre-stabilito.

La lettura del principio antisubordinazione, proposta altresì per garantire la tutela delle persone disabili<sup>52</sup>, potrebbe ulteriormente estendersi all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Già ora gli strumenti previsti per garantire il trattamento paritario uomo-donna si estendono a omosessuali e transessuali<sup>53</sup>, seguendo un'interpretazione adeguatrice del fattore sesso laddove l'orientamento sessuale non sia ancora esplicitamente contemplato fra i motivi di discriminazione sospetti. Tuttavia, la posizione di svantaggio e la stigmatizzazione di questi soggetti, in quanto lontani dal modello basato sul binomio maschile/femminile e sul dimorfismo sessuale, sono aggravate dalle normative eterodeterminate che incidono sensibilmente sull'autodeterminazione dei singoli, come nel caso del matrimonio<sup>54</sup>. Affrontare la tematica implica *in primis* riconoscere il paradigma eterosessuale egemone, che fa propria l'idea di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto. Un orizzonte di senso in molti ordinamenti reputato inamovibile e a cui il diritto si uniforma rafforzandolo mediante istituti e categorie giuridiche<sup>55</sup>.

Mettere in dubbio la "naturalità" del matrimonio come prerogativa di coppie eterosessuali significa ad esempio evidenziare la sua mera contingenza storica, al pari di quanto accaduto con il superamento del concetto di inferiorità naturale delle donne e della loro preclusione a certi lavori e all'ingresso nell'arena politica, nonché nei riguardi del divieto di matrimoni interrazziali disposto in vari Paesi<sup>56</sup>. Nella decisione *Obergefell v. Hodges* resa dalla Corte suprema americana nel 2015, in cui si afferma che le coppie dello stesso sesso hanno il diritto fondamentale di sposarsi negli stessi termini e alle stesse condizioni previste per le coppie etero, si rifiuta l'argomento storico atto ad avallare solo il matrimonio fra persone eterosessuali. In proposito, il collegio ricorda che se i diritti fossero definiti da coloro che li hanno esercitati nel passato, le prassi consolidate servirebbero a loro continua giustificazione, e i nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti negati in altre epoche<sup>57</sup>.

50 B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, cit., p. 224 s.

51 L. Morra, B. Pasa, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 9 s.

52 Sulla lettura del principio di eguaglianza in chiave antisubordinazione nell'ambito della disabilità, v. A. Lorenzetti, *Diseguaglianza e disabilità*, 2015, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/06/lorenzetti-disabilita%CC%80.pdf>.

53 Su cui v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, FrancoAngeli, 2013, p. 198.

54 In Italia, la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso è recentissima: legge 20 maggio 2016, n. 76, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". Sul postulato della diversità di sesso dei nubendi nella disciplina matrimoniale italiana quale "implicito" normativo, si rinvia J. Long, *op. cit.*, p. 153.

55 Sul paradigma eterosessuale del matrimonio e sulla funzione del diritto per operare un mutamento di tale paradigma, v. B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2012, p. 1 ss. V. altresì R. Bin *et al.* (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010.

56 Sostiene l'analogia tra matrimoni interrazziali e matrimoni tra persone dello stesso sesso nell'ottica del principio antisubordinazione A.M. Morrison, *Black v. Gay? Centering LGBT People of Color in Civil-Marriage Debates*, in K.N. Maillard, R.C. Villazor (eds.), *Loving v. Virginia in a post-racial world. Rethinking race, sex, and marriage*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 236 s.

57 V. *Opinion of the Court*, p.to III. La sentenza *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 è reperibile in <http://www.articolo29.it/diritto-comparatodecisioniorientamento-sessualematrimonio/> ed in [www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf).

La prospettiva antisubordinazione potrebbe fungere da grimaldello per combattere gli stereotipi e la segregazione delle persone LGBT e per alimentare un processo di ricodifica dei rapporti legati all'identità di genere. Varie strategie possono portare al sovvertimento degli assetti di potere consolidati, e fra esse si annoverano le azioni tese a costituire un nuovo immaginario fondato su valori alternativi e la rimozione delle regole che mascherano il dato reale, laddove esso sia appiattito su un paradigma che di fatto dicotomizza le esistenze negando l'eguaglianza sostanziale a chi non ricade nell'idealtipo. In definitiva, occorrono strategie e interventi che sottendano una visione dinamica della società, scevra da pregiudizi su ruoli tradizionali, gerarchie, caratteristiche di normalità *vs.* minorità.

## 5. Il dovere della pubblica amministrazione di utilizzare un linguaggio non discriminatorio

Come si è tentato di spiegare *supra*, le attuali concezioni dell'eguaglianza aspirano alla liberazione da forme di subalternità. In tale quadro, il linguaggio rappresenta uno degli ambiti da considerare nelle iniziative che perseguono l'effettiva equiparazione fra donne e uomini tramite lo sviluppo della cultura di genere.

Nella seconda metà del secolo scorso cominciano a fiorire negli Stati Uniti numerose prese di posizione ufficiali sui modi in cui il sessismo si manifesta nella lingua inglese<sup>58</sup>. Analoghe considerazioni verranno svolte con riguardo al francese, al tedesco e allo spagnolo. Il dibattito si estenderà in Italia appena negli anni Ottanta, con il volume di Alma Sabatini *Il sessismo nella lingua italiana*, voluto dalla Commissione Nazionale per la realizzazione della Parità tra uomo e donna<sup>59</sup>. Il tema investe anche le istituzioni internazionali. Nel 1987, l'UNESCO predispone la *Guide to Non-Sexist Language*, la cui seconda edizione, del 1999, si intitola *Guidelines on Gender Neutral Language*. Nel 1990, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa fornisce indicazioni sull'uso non discriminatorio del linguaggio nella Raccomandazione n. R (90)4, *On the Elimination of Sexism from Language*. Nel 2008, il Parlamento dell'Unione europea predispone una guida intitolata *La neutralità di genere nel linguaggio usato al Parlamento europeo*<sup>60</sup>. È interessante rilevare che in quest'ultimo documento si contempla indifferentemente l'uso, nelle ipotesi di sostantivi italiani terminanti in -e (riferibili senza distinzione a una donna o a un uomo), sia dell'articolo maschile che di quello femminile qualora ci si riferisca a una donna. Una possibilità di scelta criticata da chi si dedica allo studio della linguistica, a causa dello svilimento della prospettiva di genere<sup>61</sup>.

Le discussioni sul ruolo della lingua italiana come strumento per la realizzazione della parità fra uomo e donna sono state recepite dalla comunicazione specialistica giuridica. Le prime proposte per una stesura non discriminatoria dei testi amministrativi e normativi si ritrovano nel volume intitolato *Codice di Stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche* edito nel 1993. Nel capitolo 4, intitolato «Uso non sessista e non discriminatorio della lingua», si legge che «tutti gli atti scritti all'interno delle amministrazioni pubbliche dovranno essere concepiti in modo da evitare espressioni e usi della lingua che alludano a discriminazioni tra i sessi» e che «l'amministrazione pubblica, attraverso i suoi atti, appare come un mondo di uomini in cui è uomo non solo chi autorizza, certifica, giudica, ma lo è anche chi denuncia, possiede immobili, dichiara, ecc.».

Nel *Codice* si annovera inoltre una serie di raccomandazioni per promuovere l'uso di espressioni alternative, più egualitarie, che rispecchino tanto i cambiamenti già radicati nella realtà sociale quanto quelli a venire, che merita riportare in questa sede:

1) Nella stesura di atti chiusi, redatti per casi concreti di cui già si conoscono l'emittente e il destinatario, utilizzare sempre il genere grammaticale appropriato al sesso dei soggetti implicati nella comunicazione.

58 Si v. J.D. Fischer, *The Supreme Court and Gender-Neutral Language: Splitting la Difference*, in *Women's Rights Law Reporter*, 33, 2012, p. 218 ss.

59 Cfr. F. Fusco, *op. cit.*, p. 20 ss.

60 Reperibile in [http://ec.europa.eu/translation/italian/rei/drafting/documents/neutralita\\_genere\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/translation/italian/rei/drafting/documents/neutralita_genere_it.pdf).

61 F. Fusco, *op. cit.*, p. 24; S. Cavagnoli, *Linguaggio giuridico e lingua di genere: una simbiosi possibile*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2013, p. 155.

2) Nei documenti aperti e in tutti gli atti destinati ad essere completati in un secondo tempo rispetto alla loro redazione, lasciare sempre la possibilità di scegliere tra maschile e femminile, sia per l'emittente sia per il destinatario. Fare esplicito riferimento ai due sessi, nel caso di tratti di comunicazioni ai cittadini.

3) Quando ci si riferisce ad un incarico amministrativo, e questo è ricoperto da una donna, volgere al femminile ogni riferimento che la riguarda e utilizzare, se esiste, la forma femminile del nome dell'incarico ricoperto o della mansione svolta.

4) Limitare l'uso del genere maschile come genere non marcato agli atti che si riferiscono in forma astratta ad un determinato profilo professionale della pubblica amministrazione; usare sempre il genere appropriato nei casi concreti.

5) Quando ci si rivolge al pubblico, utilizzare il più possibile sostantivi non marcati in quanto al genere e nomi collettivi come, ad esempio, persona, collettività, personale funzionario, o sdoppiamenti come l'abbonato e l'abbonata, ecc.

6) Nei testi brevi, utilizzare le forme o/a, o-a, o(a) badando ad estendere l'opzione tra maschile e femminile anche a tutti gli elementi da concordare con il sostantivo.

7) Evitare sempre dissimmetrie linguistiche sul piano semantico, se segnalino atteggiamenti discriminatori tra sessi come, ad esempio, professione del padre/condizione della madre.

8) Nella formulazione di offerte di lavoro, così come nella formulazione di annunci relativi all'impiego o alla formazione professionale, evitare sempre di usare espressioni che possano far ritenere che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso sia uno dei requisiti richiesti.

9) Nelle offerte di lavoro, così come negli annunci relativi all'impiego e alla formazione professionale, usare sempre, per designare le funzioni, entrambi i generi grammaticali (es. funzionario/funzionaria, architetto/architetta). Se la funzione è definita da un sostantivo la cui forma rimane invariata al maschile e al femminile (es. responsabile, agente, analista) indicare sempre per gli elementi da concordare (aggettivi, participi, articoli, ecc.) l'opzione tra maschile e femminile utilizzando le forme o/a, o-a, o(a) e, per il plurale, i/e, i-e, i(e)<sup>62</sup>.

In breve, le strategie da seguire sono riconducibili alla femminilizzazione della lingua (*engendering* o *regendering*) e alla neutralizzazione del genere (*de-gendering*). Nel primo caso ricadono le ipotesi in cui si specifica il sesso di ognuno dei referenti (es. «la ministra Boschi e il ministro Gentiloni», e non «i ministri Boschi e Gentiloni»), nonché le ipotesi che adottano la tecnica dello *splitting* (o dello sdoppiamento), che consiste nella separazione dei destinatari, vuoi indicando per esteso «donne e uomini», «lavoratrici e lavoratori», ecc., vuoi utilizzando la forma concisa «il/la». Il *de-gendering* consiste invece nell'utilizzo di termini neutri rispetto al sesso (es. l'uso di «persona», «individuo», «soggetto» al posto di «uomo»; e, in inglese, «*chairperson*» in luogo di «*chairman*»; «*members of Congress*» e non «*Congressmen*»), oppure una riformulazione mediante l'uso di pronomi indefiniti come *chi/coloro*<sup>63</sup>.

Un ulteriore passo in avanti verso l'affermazione dell'identità di genere e della cultura delle pari opportunità si registra con l'adozione della Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 1997, «Azioni volte a promuovere l'attribuzione di poteri e responsabilità alle donne, a riconoscere e garantire libertà di scelte e qualità sociale a donne e uomini». Il preambolo richiama la dichiarazione e il programma di azione adottati dalla Conferenza di Pechino del 1995 e il programma d'azione a medio termine per la parità e le pari opportunità tra donne e uomini dell'Unione europea. Fra gli obiettivi indicati vi è quello di integrare il punto di vista della differenza di genere in tutte le politiche generali e di settore. E il linguaggio può considerarsi uno strumento di azione politica per la realizzazione della parità di fatto. Nello stesso anno esce il *Manuale di Stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche* curato da Alfredo Fioritto, ove si riprendono le indicazioni di Alma Sabatini<sup>64</sup>.

62 Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Funzione Pubblica, *Codice di Stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche. Proposta e materiali di studio*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1993, p. 49 s. In argomento, v. altresì C. Robustelli, *Linee guida per l'uso del genere nel linguaggio amministrativo*, 2012, reperibile in [http://www.provincia.fi.it/fileadmin/assets/PARI OPPORTUNITA\\_/Opuscolo\\_Linee\\_Guida\\_per\\_l\\_uso\\_del\\_genere\\_WEB.pdf](http://www.provincia.fi.it/fileadmin/assets/PARI OPPORTUNITA_/Opuscolo_Linee_Guida_per_l_uso_del_genere_WEB.pdf); Id., *Pari trattamento linguistico di uomo e donna, coerenza terminologica e linguaggio giuridico*, in *La buona scrittura delle leggi*, R. Zaccaria (a cura di), Camera dei Deputati, Roma, 2012, p. 181 ss.

63 F. Fusco, *op. cit.*, p. 25.

64 *Manuale di Stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche. Proposta e materiali di studio*, A. Fioritto (a cura di), Bologna, il Mulino, 1997.

Che la realizzazione di queste proposte sia ben lungi dal raggiungere il traguardo si ravvisa nel Codice delle pari opportunità del 2006<sup>65</sup>. Qui si menzionano solo «lavoratori e lavoratrici», dimenticando tutti gli altri sostantivi che rimangono esclusivamente declinati al maschile, fra i quali «il Ministro del lavoro» (che potrebbe essere sostituito con «il Ministero del lavoro», neutralizzando il genere) e «i datori di lavoro». Trattandosi di posizioni professionali apicali, forse la spiegazione di questa trascuratezza andrebbe ricercata negli stereotipi di genere.

Con l'adozione della direttiva del 23 maggio 2007, «Misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche», adottata dal Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione Luigi Nicolais e dalla Ministra per i diritti e le pari opportunità Barbara Pollastrini, l'utilizzo di un linguaggio non discriminatorio è assunto a preciso dovere della pubblica amministrazione. Alla lett. e) del punto 3 (Le azioni da seguire per attuare pari opportunità nelle amministrazioni pubbliche), titolo VI (Formazione e cultura organizzativa), si enuncia il dovere di «utilizzare in tutti i documenti di lavoro (relazioni, circolari, decreti, regolamenti, ecc.), un linguaggio non discriminatorio come, ad esempio, usare il più possibile sostantivi o nomi collettivi che includano persone dei due generi (es. persone anziché uomini, lavoratori e lavoratrici anziché lavoratori)»<sup>66</sup>.

Lo svuotamento delle normative previgenti nelle pratiche quotidiane ha imposto la stesura di questa direttiva<sup>67</sup>, che ha l'obiettivo di promuovere e diffondere la piena attuazione delle disposizioni di legge in tema di parità e pari opportunità e di sviluppare correlate culture organizzative. Quello della cultura di genere è un aspetto di particolare rilievo, già contemplato nel decr. legisl. n. 165 del 2001, ove si statuisce che le p.a. «curano la formazione e l'aggiornamento del personale ... al fine di contribuire allo sviluppo della cultura di genere della pubblica amministrazione»<sup>68</sup>. La direttiva è rivolta ai vertici delle amministrazioni e in particolare a chi ha la responsabilità del personale al fine di orientare le politiche di gestione delle risorse umane e l'organizzazione del lavoro secondo precise linee di azione. Queste si concretano in un cospicuo elenco di doveri, tra i quali è compreso l'uso di un linguaggio non discriminatorio. Per raggiungere gli obiettivi che l'atto si propone, gli enti destinatari sono chiamati ad attenersi alle linee di azione e a redigere annualmente una relazione di sintesi delle attività svolte nell'anno precedente.

Sebbene le amministrazioni siano tenute ad adottare tutte le iniziative necessarie all'attuazione della direttiva (ai sensi dell'art. 4), non sempre viene utilizzato un linguaggio sensibile al genere, come palesano circolari, moduli, delibere, ordinanze, ecc., che riportano soltanto la versione al maschile<sup>69</sup>. È qui opportuno interrogarsi sulle conseguenze del mancato rispetto della previsione. Sarebbe da escludere l'ipotesi che questa inosservanza possa implicare la responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del decr. legisl. 165/2001, salvo che non sia contestualizzata nell'ambito di altre gravi inadempienze. Peraltro, in dottrina si è segnalato che il Codice delle pari opportunità sancisce, all'art. 1, c. 4, che «L'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività». E il richiamo alla formulazione sottenderebbe le modalità di redazione degli atti, ove ricomprendere l'uso del linguaggio non discriminatorio. La regola sulla scrittura dei testi, essendo esplicitata in una fonte di rango primario, si impone nei riguardi delle fonti subordinate e quindi l'inosservanza del disposto contenuto nella direttiva potrebbe essere fatto valere in sede giurisdizionale<sup>70</sup>.

Spiace notare che gli organi costituzionali non seguano questa regola di *drafting*. Nonostante per essi non sia vincolante, si dovrebbe reputare cogente a un livello etico-morale. In altri Stati, la progressiva attenzione riservata al linguaggio non discriminatorio è chiaramente visibile nei testi costituzionali (v. *infra*, § 6). Al contrario, la legge di revisione costituzionale appena varata dall'organo legislativo, e di cui si attende l'esito referendario a ottobre, non contempla l'adeguamento linguistico. Il novellato art. 57 cost. sulla composizione del Senato perpetua la "norma maschile" e dunque la camera alta continua a essere formata, metaforicamente parlando (ma nemmeno tanto), solo da senatori e non anche da sena-

65 V. il Decreto Legislativo 11 aprile 2006, n. 198, "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246".

66 La direttiva è reperibile all'url [http://www.funzionepubblica.gov.it/media/277333/direttiva\\_pari\\_opportunita.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/media/277333/direttiva_pari_opportunita.pdf).

67 M. Piazza, *Conciliazione: necessità di un salto concettuale*, in *L'isola che non c'è. Pratiche di genere nella pubblica amministrazione tra carriere, conciliazione e nuove precarietà*, B. Poggio (a cura di), Levis, Edizioni 31, 2008, p. 41.

68 Art. 7, c. 4, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

69 Cfr. C. Robustelli, *Pari trattamento linguistico di uomo e donna*, cit., p. 189; B. Malaisi, *Il linguaggio di genere in ambito giuspubblicistico*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 9, 2011, p. 6.

70 V. B. Malaisi, *op. cit.*, p. 7 s.

trici. Merita evidenziare che proprio quest'organo, a seguito dell'emanazione della direttiva ministeriale del 2007, rimise al Governo il compito di introdurre negli atti e nei protocolli adottati nelle pubbliche amministrazioni una modifica degli usi linguistici tale da «rendere visibile la presenza di donne nelle istituzioni, riconoscendone la piena dignità di *status* ed evitando che il loro ruolo venga oscurato da un uso non consapevole della lingua»<sup>71</sup>. Il ragionamento riferito al Senato vale anche per la composizione della Camera dei deputati *ex art. 56 cost.*, e per il richiamo a «il Presidente della Repubblica» *ex art. 74 cost.* Esempi dove le tecniche di sdoppiamento e di neutralizzazione del genere ben avrebbero potuto applicarsi in sede di riforma senza minare la semplicità di lettura del testo, che semmai sarà complesso per altri motivi, non legati al linguaggio di genere.

## 6. Il genere nelle traduzioni giuridiche

Volgendo l'analisi all'ambito della comparazione giuridica, giova preliminarmente segnalare che la linguistica funge da corollario necessario per chi si interroga su ordinamenti e istituti diversi da quello di appartenenza. La conoscenza dell'idioma straniero è di basilare importanza per comprenderne il sostrato normativo: sia per avere accesso alle informazioni, sia per spiegare i condizionamenti lessicali che influiscono sul tessuto giuridico. Si pensi agli ostacoli che possono discendere dalla mancanza di corrispondenza concettuale, dalle differenze nei canoni interpretativi, dal diverso ruolo delle fonti del diritto<sup>72</sup>. L'accostamento alla linguistica concorre dunque a marcare un'importante linea di confine fra comparatisti pubblicisti e studiosi dei diritti interni. Una differenza che non è solo quantitativa, imputabile alla maggiore difficoltà nel servirsi dei materiali; essa è anche qualitativa, giacché presuppone la percezione delle diverse implicazioni che in ciascuna comunità rivestono i segni linguistici<sup>73</sup>.

Uno dei maggiori problemi della comparazione è la traduzione delle espressioni che esprimono i concetti giuridici<sup>74</sup>. Nel trasporre si corre il rischio o di essere infedeli alla cultura di provenienza del testo originario o di essere inintelligibili al pubblico a cui la versione tradotta è destinata<sup>75</sup>. Chi traduce elabora un metatesto. Il testo è una produzione linguistica fatta con l'intenzione e con l'effetto di comunicare; in esso si individuano un emittente da cui parte il messaggio e un destinatario per cui il messaggio è stato pensato<sup>76</sup>. Il metatesto è il testo secondario e derivativo; è il risultato di un intervento di mediazione e interpretazione da parte di chi traduce che si radica in una precisa cultura ed è pertanto legato a certe particolari condizioni storiche e sociali. Nella stesura del metatesto, le regole della cultura di arrivo condizionano l'uso di espressioni in voga e influenzano gli agenti coinvolti nel lavoro traduttivo, siano essi committenti, traduttori, revisori<sup>77</sup>.

Nell'esercizio di conversione di un testo giuridico si può scegliere fra la traduzione, la ricostruzione del pensiero dell'autore, la formulazione che appare oggettivamente corretta di un diritto redatto al di fuori dei propri confini linguistici. Tale attività si presenta quindi come molto complessa, incontrando ostacoli che non esistono in altri tipi di traduzioni. Essi sono riconducibili alla difficoltà di rendere in un'altra lingua o concetti giuridici che sono culturalmente vincolati oppure stili che riflettono una data mentalità giuridica, nonché all'individuazione dei valori impliciti all'interno di un gruppo sociale, che influenzano l'elaborazione delle nozioni giuridiche e il sistema normativo nella sua interezza<sup>78</sup>. Secondo Rodolfo Sacco, i giuscomparatisti hanno tre possibilità: rinunciare a tradurre; individuare le differenze fra il termine espresso nella lingua in cui si esprime il diritto studiato e il termine più vicino a esso nel-

71 XV Legislatura, Atto di Sindacato Ispettivo nr. 1-00107, reperibile in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tiPodoc=Sindisp&leg=15&id=268278>.

72 Cfr. D.J. Gerber, *Authority Heuristics: Language and Transystem Knowledge*, in *Ordinary Language and Legal Language*, B. Pozzo (a cura di), Milano, Giuffrè, 2005, p. 41 ss.

73 Così L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, BUP, 2014, p. 78.

74 Si v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, UTET, 1992, p. 27 ss.

75 Cfr. B. Pozzo, *Comparative Law and Language*, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, M. Bussani, U. Mattei (eds.), Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2012, p. 94.

76 L. Serianni, *Italiani scritti*, III ed., Bologna, il Mulino, 2012, p. 23.

77 E. Monti, *Ritradurre una Carta costituzionale: la Costituzione americana in diacronia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2011, p. 745.

78 Cfr. B. Pozzo, *op. cit.*, p. 95; M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, Esi, 2001, p. 12.

la lingua del ricercatore e, qualora tali differenze siano irrilevanti ai fini dell'indagine, procedere alla traduzione; creare *ex novo*, nella propria lingua, il neologismo per esprimere il significato di un termine straniero. In quest'ultimo caso, chi traduce esercita il potere di imporre alle parole un determinato significato<sup>79</sup>.

A tali osservazioni possiamo ora aggiungere l'aspetto derivante dai segni linguistici che rafforzano la "norma maschile", la quale dirige la società anche nell'opera di conversione.

Il linguaggio *gender sensitive* è una modalità per affermare la trasformazione culturale che in primo luogo investe le istituzioni e i documenti da esse prodotti. Un modo per manifestare la volontà di includere esplicitamente le donne nell'ordinamento è nominarle nel contratto sociale per eccellenza, la costituzione, come fatto in alcuni Stati adottando un linguaggio appropriato con finalità emancipatorie e inclusive. Esempi sono «*Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador*» nel preambolo e «*Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos*» nell'art. 6 della costituzione ecuadoriana del 2008. La traduzione offerta da *Constitute*, uno dei più noti siti web dove reperire i testi costituzionali in lingua inglese<sup>80</sup>, rispetta il genere femminile utilizzando queste formule: «*We women and men, the sovereign people of Ecuador*» e «*All female and male Ecuadorians are citizens*».

Similmente, all'art. 21 della costituzione boliviana del 2009 leggiamo: «*Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos*». In questa sede è degno di nota segnalare che la versione inglese riportata su *Constitute* tradisce il significato originale. «*Bolivians have the following rights*» non corrisponde al concetto in lingua castigliana, né è in grado di esprimere il portato semantico sotteso al disposto. L'enunciato, infatti, veicola una narrazione controegemonica, laddove il recente rinnovamento giuridico del paese si fonda su una chiara politica di desubalternizzazione, che riguarda tanto le donne quanto le componenti indigene. Un monito, a quanti si occupano di giuscomparazione, a non trascurare le sfumature del linguaggio.

Come segnala Lucio Pegoraro, la superficialità che connota alcuni inquadramenti dottrinali, i quali appiattiscono sugli stilemi occidentali le categorie di culture diverse, si riverbera pure a livello traduttivo, quale conseguenza della limitata attenzione per le culture aliene che rappresentano le matrici dei diversi linguaggi utilizzati, e di cui sono testimonianza molte versioni approssimative<sup>81</sup>. L'esempio citato denota una scarsa consapevolezza dell'importanza dell'attività interpretativa che presiede al processo di traduzione, il cui esito è un metatesto infedele sia alla "lettera" sia allo "spirito" dell'originale. Si può ipotizzare che la cultura linguistica inglese abbia agevolato questa infelice scelta traspositiva, a cui va assommata la mancanza di considerazione per il linguaggio di genere.

## 7. Annotazioni finali

Nel contesto contemporaneo il discorso universalista non può più considerarsi falso per la mancanza di estensione dei diritti alle donne, quanto meno negli ordinamenti occidentali. Esso tuttavia rimane falso per la costruzione di strutture sociali – e giuridiche: siano concetti, metodi o ragionamenti – che prendono come modello implicito gli uomini<sup>82</sup>. E la falsità può anche manifestarsi, come si è dimostrato, nelle traduzioni che veicolano la "norma maschile".

Lottare contro la disegualianza strutturale implica l'adozione di un ventaglio di strumenti, strategie e soluzioni normative finalizzate a sviluppare una cultura di genere che disinnesci stereotipi, atteggiamenti e scelte decisionali che alimentano la subalternità femminile. Il ruolo delle istituzioni è fondamentale, sia per individuare tali strumenti che per monitorare la loro attuazione e anche per dare il buon esempio. La funzione pedagogica degli organi costituzionali è, a modesto avviso di chi scrive, un elemento imprescindibile per operare una metamorfosi così profonda della società come quella che il principio di eguaglianza in chiave antisubordinazione imporrebbe.

La dottrina, a sua volta, è chiamata ad assolvere un compito importante in questa fase di trasformazione. Sotto il profilo del linguaggio, l'analisi linguistica è un esercizio connaturato alla scienza giuridica, quantunque vi sia chi reputi il linguaggio uno «strumento semplice e onesto, intorno a cui non c'è troppo da discutere, perché quanto alle sue finalità ed al suo impegno non possono nascere gravi

79 R. Sacco, *Lingua e diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, p. 125 s.

80 Si v. il sito *Constitute*, in <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>.

81 Così L. Pegoraro, *op. cit.*, p. 81 s.

82 M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo*, cit., p. 364.

dubbi». Con queste premesse, quasi mezzo secolo fa Uberto Scarpelli ammoniva la dottrina a rinnovarsi profondamente per un'aderenza maggiore al servizio politico e sociale che è chiamata a rendere, mediante una revisione dei metodi giuridici da farsi con i lumi della filosofia politica, una vasta conoscenza sociologica e un'acuta consapevolezza linguistica<sup>83</sup>. Ai tradizionali compiti che la scienza giuridica assolve nei riguardi del linguaggio del legislatore per trasformarlo in un discorso rigoroso, ossia di purificazione per renderlo più preciso, di completamento per rifinirlo meglio, e di ordinamento per ridurlo a sistema<sup>84</sup>, ora se ne aggiunge uno ulteriore: la correzione del linguaggio nell'ottica di genere. Un'attività che ha l'intento di promuovere un linguaggio più aderente alla realtà e non discriminatorio a partire dalle qualificazioni e dagli *status*, da enunciare in modo da fare emergere il soggetto-donna<sup>85</sup>.

La presenza dell'implicito nei testi normativi tocca poi le corde della metodologia allorquando si voglia stabilire il procedimento per fare affiorare il non detto. Generare enunciati espliciti può avere risultati ridondanti ma, al contempo, ha il notevole pregio di recuperare più informazioni sul mondo e di potenziare l'apprendimento. Nell'ambito giuridico, l'esplicitazione serve a fare capire cosa prescrive il testo o quali comportamenti contino come sua attuazione<sup>86</sup>. E se una «guida per l'interprete» si reputa necessaria per distinguere tra ciò che il testo effettivamente non dice e ciò che in esso è implicito, tale guida è ancora più urgente da definire qualora entrino in gioco le questioni di genere, «per non cadere nella tentazione di "mentire" inferendo significati che attingono al proprio vissuto personale, o alle proprie convinzioni ideologiche»<sup>87</sup>. Il processo di emersione dell'implicito nell'ordinamento domestico può allora essere agevolato dall'osservazione delle matrici e delle dinamiche culturali e giuridiche straniere, chiamando in causa l'analisi giuscomparata<sup>88</sup>.

Anche per queste vie è possibile contribuire alla diffusione di una cultura di genere e a contrastare le gerarchie e la subordinazione femminile, quale base per la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale.

83 U. Scarpelli, voce *Semantica giuridica*, in *Nov. Dig. Ital.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, p. 994.

84 N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, p. 306 s.

85 Sul punto v. O. Giolo, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 15/2, 2015, p. 73.

86 M. Sbisà, *Normatività e comunicazione*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 26.

87 B. Pasa, *Dal crittotipo all'implicito: diritto tacito, muto, vissuto?*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

88 Si v. F. Cassone, *Procreazione e norme. Quali implicature?*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 146.

Nausica Palazzo\*, Marta Tomasi\*\*

## I referendum in materia di diritti delle coppie omosessuali: minoranze e *vox populi*

### Sommario

1. Introduzione. – 2. I Paesi dell'Europa orientale: Croazia, Slovenia, Slovacchia. – 3. I Paesi dell'Europa occidentale: Irlanda e Svizzera. – 4. Il dialogo negli Stati Uniti fra attivismo giurisprudenziale, potere politico e sovranità popolare. – 5. La *Proposition 8* in California: sovranità popolare e revisione costituzionale. – 6. Spunti per una riflessione: diritto e diritti fra forza della mobilitazione e valore della composizione.

### Abstract

La presente analisi si propone di studiare alcune esperienze referendarie intervenute in materia di diritti delle coppie dello stesso sesso e, in particolare, relative all'accesso all'istituto matrimoniale. Il campo di indagine è limitato a due aree geografiche nelle quali i referendum sono stati, di recente, frequentemente impiegati: l'Europa (Croazia, Slovenia, Slovacchia, Irlanda, Svizzera nonché, brevemente, Liechtenstein) e gli Stati Uniti d'America. La disamina svolta circa le finalità dei referendum, le modalità di svolgimento, i dati relativi ai loro esiti e i limiti cui essi sono sottoposti, consentono una riflessione sulle problematiche e i rischi insiti nell'impiego di strumenti di democrazia diretta in ambiti di rilevanza dei diritti delle minoranze.

*This paper aims at analysing the referendum tool in the definition of same-sex couples' rights. The geographical scope of the research is limited to some European legal systems (Croatia, Slovenia, Slovakia, Ireland, Switzerland, with a brief mention to Liechtenstein) and to The United States of America. The analysis on the aims, the outcomes and limits of the referenda highlights some of the critical profiles of the so called direct democracy tools where minority rights are at stake.*

### 1. Introduzione

In tempi recenti si è assistito a un generale incremento nel ricorso al referendum in materia di diritti delle coppie dello stesso sesso. L'analisi proposta intende ricostruire le diverse tipologie di referendum intervenute in materia – sia per ampliare, sia per restringere la portata della tutela di tali coppie – e, nello specifico, in tema di accesso all'istituto matrimoniale. Il campo di indagine è stato ristretto a due aree geografiche: l'Europa e gli Stati Uniti d'America, dove il referendum ha incontrato un più frequente impiego nell'ultimo decennio. Per l'omogeneità degli ordinamenti *comparandi*, l'Europa è stata

\* Nausica Palazzo, dottoranda in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Università di Trento.

\*\* Marta Tomasi, assegnista di ricerca, European Centre for Law, Science and New Technologies, Università di Pavia. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

Pur nella piena condivisione delle riflessioni svolte in questo contributo, sono da attribuire a Nausica Palazzo i paragrafi 1, 2, 3 e a Marta Tomasi i paragrafi 4, 5, 6.

ulteriormente suddivisa in Europa orientale e occidentale, mentre la sezione dedicata agli Stati Uniti si compone di una parte generale e di un focus sullo Stato della California.

Pur in assenza di una terminologia universale in tema di referendum<sup>1</sup>, sia consentito qui riportare alcune classificazioni utili alla comprensione dello studio: i) referendum in senso stretto o iniziativa popolare, a seconda che il popolo voti un testo di cui non è autore (referendum) o sia esso stesso l'autore della proposta (iniziativa); ii) referendum costituzionale o legislativo, a seconda della fonte normativa su cui incide; iii) "decision-controlling" o "decision-promoting"<sup>2</sup>, a seconda che la consultazione miri a controllare o promuovere una decisione politica (nei casi di iniziativa popolare si tratta sempre di misure "decision-promoting"). Nel caso del referendum, conviene ulteriormente precisare chi ne sia il promotore, se un organo dello Stato (referendum a iniziativa istituzionale) o una frazione del corpo elettorale (referendum c.d. popolare).

Si anticipi sin da subito che l'analisi intende far emergere eventuali criticità connesse all'utilizzo di strumenti di democrazia diretta nella definizione dei diritti delle minoranze (nella specie, relative all'orientamento sessuale).

## 2. I Paesi dell'Europa orientale: Croazia, Slovenia, Slovacchia

La quasi totalità delle costituzioni di recente adozione dei Paesi ex-sovietici prevede strumenti di democrazia diretta<sup>3</sup>. I Paesi dell'Est si sono dimostrati un laboratorio straordinario per l'introduzione di tutele specifiche per le coppie dello stesso sesso, nella forma di unioni registrate o del matrimonio. Ciò potrebbe stupire, atteso che tali Stati hanno depenalizzato le *sodomy laws* solo in tempi recenti. Una più attenta lettura permette però di comprendere che si tratta di Stati relativamente "giovani" – emersi dalla dissoluzione dell'URSS – che, animati dal desiderio di accreditarsi agli occhi della comunità internazionale e, prima ancora, di quella interna, hanno nel tempo mostrato una notevole permeabilità alle istanze del Consiglio di Europa, anche al fine di completare il procedimento di adesione all'Unione europea. D'altro lato, tuttavia, tali Paesi mostrano un attaccamento tenace alla tradizione, di guisa che non sempre le riforme in tema di diritti civili sono accompagnate da un adeguato livello di consenso sociale<sup>4</sup>. Ed è proprio lo scontro tra l'inerzia generata dall'attaccamento alle tradizioni e la spinta al progresso civile richiesto dalle organizzazioni sovranazionali ad aver prodotto riforme tanto rivoluzionarie quanto precarie, rispetto alle quali il referendum si è spesso posto come un'azione di riduzione in pristino.

### 2.1. Croazia: "Sei favorevole all'introduzione di un emendamento costituzionale che sancisca che il matrimonio è l'unione tra un uomo e una donna?" (iniziativa popolare in materia costituzionale: approvata)

La Croazia è certamente teatro delle forze opposte di cui si diceva poc'anzi. Da una parte, il 90 per cento della popolazione si professa cristiano-cattolica. Dall'altra, il governo di coalizione a guida centro-sinistra sin dal suo insediamento ha mostrato grande attenzione verso i temi relativi alla protezione delle minoranze nazionali e al riconoscimento delle coppie dello stesso sesso. Nel 2013 è stata infatti avanzata la proposta di estendere le tutele discendenti dal matrimonio alle coppie omosessuali.

Con ordine: il testo originario della Costituzione del 1991 prevedeva che il referendum (costituzionale e legislativo) fosse attivabile su iniziativa del Parlamento o del Presidente della Repubblica. Nel 2000 il potere di iniziativa referendaria è stato esteso al popolo e positivizzato all'art. 86 Cost. (oggi art. 87), in base al quale il Parlamento è tenuto a indire un referendum costituzionale o legislativo ogniqualvolta ne faccia richiesta un decimo dell'elettorato. Nel 2010, inoltre, per assicurare l'esito positivo del

- 
- 1 M. Suksi, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff publishers, 1993, p.10.
  - 2 P.V. Uleri, *Institutions of Citizens' Political Participation in Italy: Crooked Forms, Hindered Institutionalization*, in *Citizens' Initiatives in Europe: Procedures and Consequences of Agenda-Setting by Citizens*, M. Setälä, T. Schiller (eds.), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.
  - 3 G. Brunner, *Direct vs. Representative Democracy*, in *Direct Democracy: The Eastern and Central European Experience*, A. Auer, M. Butzer (eds.), Aldershot, Ashgate, 2001, p. 222.
  - 4 A. Bodnar, A. Śledzinska-Simon, *Between Recognition and Homophobia: Same-Sex Couples in Eastern Europe*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Berlin, Springer Science & Business Media, 2013, pp. 212-213.

referendum sull'adesione all'Unione europea, con una ulteriore riforma costituzionale, si è cancellato qualsiasi riferimento ai quorum costitutivi richiesti ai fini della validità delle consultazioni<sup>5</sup>.

Il referendum tenutosi nel 2013 per introdurre in Costituzione una definizione del matrimonio come unione tra un uomo e una donna è la reazione della popolazione a maggioranza cattolica appunto alla decisione del governo di estendere i diritti e i doveri che caratterizzano l'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso (c.d. ddl sulle unioni civili), nonché al dilagante fenomeno dell'introduzione del matrimonio *same-sex* in Europa, nel timore che prima o poi l'Unione europea avrebbe "imposto" agli Stati membri il riconoscimento di tale tipo di unione<sup>6</sup>.

In rapida successione, l'organizzazione cattolica "In nome della famiglia" (*U ime obitelji*) raccoglie 750.000 firme<sup>7</sup>; il Parlamento (*Sabor*), decide di non attivare il controllo di costituzionalità del quesito<sup>8</sup> – e si noti che soltanto al Parlamento spetta la legittimazione attiva per il controllo eventuale di costituzionalità in materia referendaria, a differenza che in materia elettorale, ove spetta anche agli elettori, candidati e partiti politici<sup>9</sup> –; in seguito indice il referendum, obbligatorio ai sensi dell'art. 87, para. 3 Cost. quando un decimo dell'elettorato attivo ne faccia richiesta; la Corte costituzionale rigetta i reclami delle organizzazioni civili volti a lamentare violazioni procedurali<sup>10</sup> nell'iter referendario dichiarandole prive di legittimazione attiva<sup>11</sup>, facente capo solo al Parlamento.

Il popolo croato risponde "sì" al quesito per il 65,87 per cento (0,57 per cento di voti nulli). Il dato più interessante è tuttavia la bassa affluenza, pari al 37,9 per cento degli aventi diritto: ciò implica che – in base agli studi statistici attualmente disponibili – il fronte del "sì" corrisponda ad appena il 25 per cento della popolazione di confessione cattolica.

Per adeguarsi all'esito del referendum, il Parlamento introduce all'art. 62 della Costituzione un secondo comma in base al quale «Il matrimonio è l'unione di un uomo e una donna»<sup>12</sup>.

Si noti che il Codice del diritto di famiglia del 2003<sup>13</sup> contemplava già una definizione del matrimonio come vincolo tra un uomo e una donna, per cui l'emendamento non recherebbe una portata immediatamente innovativa dell'ordinamento subcostituzionale vigente. Cristallizzando in Costituzione il paradigma eterosessuale del matrimonio<sup>14</sup> si vuole, dunque, impedire l'adozione futura di leggi a favore delle coppie dello stesso sesso<sup>15</sup>. Tale introduzione richiederebbe oggi, difatti, una revisione

- 
- 5 R. Podolnjak, *Constitutional Reform of Citizen-Initiated Referendum: Causes of Different Outcomes in Slovenia and Croatia*, in *Revus*, 2015, n. 26, pp. 143 ss.
- 6 D. Bilefsky, *Croatian Government to Pursue Law Allowing Civil Unions for Gay Couples*, in *New York Times*, 2013.
- 7 Si tratta di un numero esorbitante pari al 20 per cento dell'elettorato attivo.
- 8 Il *Sabor*, chiamato a votare sulla proposta del Primo ministro di attivare il controllo di legittimità costituzionale del referendum, respinge la richiesta con 75 voti contrari e 39 favorevoli. Si noti che in Croazia il controllo della Corte costituzionale si estende tanto alla validità procedurale (legale) quanto alla conformità a costituzione del quesito referendario, ex art. 87 della Legge costituzionale sul funzionamento della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia (testo consolidato pubblicato in Gazzetta ufficiale con n. 49/2002 del 3 maggio 2002). Il testo è reperibile in inglese sul sito del Parlamento al seguente URL: [www.sabor.hr/Default.aspx?art=2415](http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2415).
- 9 V. art. 95 e art. 88 della Legge costituzionale sul funzionamento della Corte costituzionale citata, rispettivamente per il referendum e la materia elettorale.
- 10 V. *supra* nota 1.
- 11 *Referendum on a constitutional amendment to ban Same-Sex Marriage in Croatia*, in *Zagreb pride*, [www.zagreb-pride.net](http://www.zagreb-pride.net), 2014, in [www.zagreb-pride.net/web/index.php?option=com\\_content&view=article&id=533%3Areferendum-on-a-constitutional-amendment-to-ban-same-sex-marriage-in-croatia&catid=34%3Azagreb-pride&Itemid=75&lang=en](http://www.zagreb-pride.net/web/index.php?option=com_content&view=article&id=533%3Areferendum-on-a-constitutional-amendment-to-ban-same-sex-marriage-in-croatia&catid=34%3Azagreb-pride&Itemid=75&lang=en).
- 12 L'articolo dunque accorda ora nel primo comma una «speciale protezione» dello Stato alla famiglia; al secondo comma riconosce il matrimonio come l'unione di un uomo e una donna; al comma terzo, infine, prevede una riserva di legge per la disciplina del diritto di famiglia e del matrimonio (celebrato o *sui iuris*). Vedi: Corte costituzionale della Croazia, sentenza del 14 gennaio 2015, SuP-0-1/2014, Gazzetta ufficiale n. 05/2014.
- 13 Legge sulla famiglia, Gazzetta ufficiale n. 75/2014, 83/2014.
- 14 R. Bin et al., *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2014.
- 15 Si noti peraltro che proprio l'esito referendario ha sortito l'effetto di accelerare l'approvazione di una legge sulle unioni civili tra le più avanzate in Europa ("Legge sulle unioni civili", pubblicata in Gazzetta ufficiale il 28 luglio 2014). In base alla nuova legge, gli omosessuali possono sia registrare la propria unione, sia essere riconosciuti "coppia di fatto", a seguito di tre anni di convivenza continuata, ottenendo per questa via tutti i diritti spettanti alle coppie sposate di sesso opposto, eccetto la facoltà di adozione.

costituzionale approvata a maggioranza dei due terzi dei deputati, maggioranza difficile da coagulare nell'attuale frammentato panorama politico<sup>16</sup>.

Ma ciò che qui più interessa è il vivace dibattito che ha circondato l'utilizzo del referendum per incidere su diritti ritenuti "fondamentali". Soltanto un mese prima della celebrazione del referendum (novembre 2013), infatti, un altro caso di referendum costituzionale a iniziativa popolare ostile a una minoranza ha fatto largamente discutere. In tale occasione il Comitato promotore «Vukovar» («Comitato per la difesa di Vukovar croata») raccolse 440.000 firme per indire un referendum volto a incidere sui diritti linguistici e culturali riconosciuti alle minoranze etniche<sup>17</sup> (c.d. referendum «anti-cirillico»). L'iniziativa originava dai tumulti verificatisi nella città di Vukovar, dove alcuni veterani di guerra avevano reagito all'introduzione di scritte in cirillico sulle insegne del municipio distruggendole. In quel caso il Parlamento decise di azionare il controllo di costituzionalità del quesito e la Corte costituzionale provvide tempestivamente a bloccare il referendum, dichiarandone il contenuto non conforme a Costituzione perché ispirato da motivazioni che non si addicono a una società democratica<sup>18</sup>.

Il governo di Milanović propose in tutta risposta una revisione costituzionale con l'intento di introdurre un limite all'esperibilità del referendum nell'ipotesi, tra le altre, di incisione dei diritti fondamentali dell'uomo e delle minoranze nazionali<sup>19</sup>. L'opinione pubblica cominciò essa stessa a revocare in dubbio la possibilità di ricorrere allo strumento referendario per scalfire o modificare i diritti fondamentali; alcuni studiosi individuaron nella Croazia il caso paradigmatico di abuso di un referendum privo di limiti di contenuto<sup>20</sup>. Più che altrove, infatti, il referendum e costituzionale e legislativo a iniziativa popolare si è dimostrato straordinariamente disfunzionale, imprevedibile, talvolta dirompente sul piano finanziario. Tuttavia, la maggioranza trasversale richiesta per la revisione costituzionale non fu raggiunta e la sua approvazione appare oggi ancor più improbabile<sup>21</sup>.

**2.2. Slovacchia: “1. Sei favorevole a che solo l’unione tra un uomo e una donna possa essere chiamata ‘matrimonio’? 2. Sei favorevole a che coppie o gruppi dello stesso sesso non possano adottare e crescere bambini? 3. Sei favorevole a che le scuole non possano obbligare i bambini a partecipare ad attività educative riguardanti la sessualità e l’eutanasia, senza il consenso dei bambini o dei genitori?” (iniziativa popolare in materia legislativa: non valida)**

È facile notare una serie di similitudini tra l'esperienza croata e quella slovacca. Anche la Slovacchia è un Paese fortemente cattolico<sup>22</sup>: il 62 per cento della popolazione si professa cristiano-cattolica, ma la percentuale di credenti sale al 75 per cento se si includono altre confessioni religiose, quali la chiesa cattolica greco-slovacca, la Chiesa evangelica e la Chiesa cristiana riformata. Anche la Slovacchia indice un referendum<sup>23</sup> per reagire al decadimento dei costumi e all'imperante "perversione morale" dell'Occi-

16 Il sistema partitico croato è caratterizzato da un alto tasso di frammentazione. Ad esempio, a seguito delle elezioni dello novembre 2015, i partiti rappresentati in Parlamento sono 23.

17 La Legge costituzionale sulle minoranze nazionali riconosce diritti speciali alle minoranze non croate che superino un terzo della popolazione locale. L'emendamento puntava a innalzare la percentuale minima di insediamento da un terzo al 50 per cento.

18 Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, sentenza del 12 agosto 2014, n. U-VIIR-4640/2014.

19 Progetto di legge di modifica alla Costituzione, dicembre 2013, disponibile in [www.sabor.hr/prijedlogpromjene-ustava-republike-hrvatske](http://www.sabor.hr/prijedlogpromjene-ustava-republike-hrvatske).

20 C. Stuart, *Constitutional Amendments by Popular Initiative: Lessons from Croatia*, in *The Constitution Unit*, [www.ucl.ac.uk](http://www.ucl.ac.uk), 2016, in <https://constitution-unit.com/2014/01/24/constitutional-amendments-by-popular-initiative-lessons-from-croatia/>.

21 A rendere improbabile la revisione è la vittoria (alle elezioni del novembre del 2015) della coalizione di centrodestra guidata dal partito Unione democratica Croata (HDZ), noto per la sua involuzione da partito moderato e filo-europeo a partito ultra-conservatore ed euroscettico. Vedi: D. Youngblood Coleman, *Country Review: Croatia*, in *Countrywatch*, 2015, pp. 19 ss.

22 Nota una correlazione positiva tra la posizione dominante ricoperta dalla Chiesa cattolica o ortodossa e il rallentamento del processo di emanazione di leggi antidiscriminatorie richieste dall'Unione europea, D.O. Husebay, *The Catholic Church and the Europeanization of Anti-Discrimination protection*, in *Western Balkans Security Observers*, 2009, n. 14, pp. 104 ss.

23 Per una panoramica dell'istituto in Slovacchia D. Krošlák, *Part II. State Organization*, in *IEL Constitutional Law*, A. Alen, D. Haljan, R. Blanpain, M. Colucci (eds.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, pp. 65 ss.

dente, che ormai preme ai confini<sup>24</sup>. Ancora una volta è un'organizzazione ultrareligiosa, "Alleanza per la famiglia" (AZR), e non un partito, a promuovere la raccolta delle firme<sup>25</sup>.

A differenza della Croazia, la Slovacchia aveva già adottato un emendamento costituzionale a difesa del matrimonio "eterosessuale", sull'onda emotiva delle revisioni adottate da Paesi dell'est Europa quali Ungheria, Lituania e Romania. Il Parlamento (Consiglio nazionale), guidato dal partito di sinistra Smer, aveva infatti promosso il 4 giugno 2014<sup>26</sup> una modifica all'art. 41 della vigente Costituzione del 1992, definendo il matrimonio come «unione esclusiva tra un uomo e una donna». A scanso di equivoci, il Consiglio nazionale aveva poi ulteriormente blindato l'interpretazione della clausola costituzionale nella relazione esplicativa della legge, ove si precisava che alle persone dello stesso non è consentito contrarre matrimonio.

Il gruppo religioso AZR non ha ritenuto il divieto costituzionale esplicito sufficiente a prevenire attacchi futuri all'istituto familiare. A tal fine ha promosso una massiccia campagna di raccolta firme per la protezione del matrimonio, per la prevenzione della facoltà di adozione da parte di partner dello stesso sesso e della facoltà di impartire un'educazione alla sessualità nelle scuole. Il referendum, fissato al 7 febbraio 2015, non ha tuttavia raggiunto il quorum necessario, pari al 50 per cento degli aventi diritto<sup>27</sup>.

Un dato singolare: a differenza di altri Paesi, la Slovacchia contiene espliciti limiti costituzionali riguardo al *thema decidendum* del referendum. In particolare, non possono essere oggetto di referendum, ai sensi dell'art. 93, para. 3 Cost.: a) le questioni concernenti i diritti e le libertà fondamentali; b) le leggi tributarie o di bilancio dello Stato. Stupisce, quindi, l'inerzia del Presidente della Repubblica, chiamato dalla Costituzione sia a verificare l'esistenza dei presupposti legali e costituzionali del referendum sia, eventualmente, ad attivare il controllo preventivo di costituzionalità del quesito, chiamando la Corte costituzionale a pronunciarsi sul punto.

Quanto al controllo dei presupposti<sup>28</sup>, questo consiste nella verifica della conformità dell'intero referendum alla Costituzione e alla legge di attuazione del referendum n. 469 del 1992. Il controllo di costituzionalità è invece attivabile ove sia in "dubbio" la conformità del quesito alla Costituzione o alle leggi costituzionali<sup>29</sup>. Se ne deve dedurre che la questione della tutela delle coppie omosessuali non sia stata ritenuta, neppure in forma dubitativa, questione riguardante i diritti fondamentali della persona. Altrimenti si sarebbe dovuto alternativamente attivare il controllo di costituzionalità o, direttamente, bloccare l'indizione del referendum per la coincidenza del suo oggetto con le materie vietate dall'art. 93.

L'esperienza slovacca è istruttiva perché dimostra come il referendum possa essere utilizzato con finalità che potrebbero definirsi "vessatorie" nei confronti di una minoranza. Non vi era alcun intento di innovare l'ordinamento vigente, essendovi già in Costituzione una definizione esplicitamente restrittiva del matrimonio. L'eterogeneità del quesito suscita ulteriori perplessità. La decisione di accostare la questione dei diritti civili degli omosessuali all'insegnamento nelle scuole della "sessualità" e dell'"eutanasia" rischia di generare un *pot-pourri* di stereotipi, evocando l'argomento della china scivolosa, secondo il quale concedere gli uni (diritti agli omosessuali) porterà inevitabilmente in un secondo momento a concedere gli altri (l'educazione nelle scuole dell'infanzia della sessualità e dell'eutanasia); rischia di creare, in altre parole, un tutto indistinto in cui l'ostilità verso un oggetto si trasferisce sull'altro, nella malcelata intenzione di manipolare la volontà del corpo elettorale.

24 *Slovak conservatives fail to cement gay marriage ban in referendum*, in *The Guardian*, [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com), 2016, in [www.theguardian.com/world/2015/feb/08/slovak-conservatives-fail-gay-marriage-ban](http://www.theguardian.com/world/2015/feb/08/slovak-conservatives-fail-gay-marriage-ban). Paesi confinanti quali l'Austria e la Repubblica ceca sono infatti dotati di forme di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso.

25 Le firme totali raccolte sono pari a 400.000 (a fronte delle 350.000 firme richieste dall'art. 95, para. 1 Cost.).

26 Legge costituzionale n. 490 del 2014.

27 V. art. 98, para. 1 Cost.

28 Su cui vedi: Corte costituzionale della Repubblica di Croazia, sentenza del 22 giugno 2000, n. I. US 35/2000.

29 Art. 95, para. 1 Cost.

### 2.3. Slovenia: “Sei a favore dell’implementazione della legge di modifica alla Legge sul matrimonio e le relazioni familiari (ZZZDR-D) adottata dall’Assemblea nazionale della Repubblica di Slovenia il 3 marzo 2015?” (referendum legislativo, *decision-controlling*, popolare: respinto)

La Slovenia è il quarto Paese in Europa per numero di referendum celebrati<sup>30</sup>. Il costituente ha infatti introdotto un vasto corredo di strumenti di democrazia diretta, a supplemento degli ordinari mezzi di produzione del diritto riconosciuti agli organi rappresentativi. Si precisi da subito che non è previsto il referendum costituzionale, né ad iniziativa popolare, né istituzionale. È l’unico Stato, oltre alla Danimarca, invece, ad aver introdotto nel proprio ordinamento il referendum oppositivo, *id est* un referendum legislativo azionabile a richiesta di una minoranza parlamentare (30 deputati) o un terzo del Consiglio nazionale per bloccare l’approvazione di una legge. Come si dirà in seguito, questa ipotesi è stata di recente abrogata.

Un ricorso ossessivo al referendum legislativo ha tuttavia generato effetti dirompenti sulla solidità economico-finanziaria dello Stato, al punto di provocare una nuova giurisprudenza della Corte costituzionale, maggiormente restrittiva, in punto di ammissibilità<sup>31</sup>. Nel maggio 2013 il Parlamento approva una revisione costituzionale<sup>32</sup> con l’intento di eliminare il referendum oppositivo delle minoranze parlamentari; ciò nella convinzione che il referendum debba essere strumento ad esclusivo appannaggio del popolo e non uno strumento delle minoranze per porre continuamente in discussione le politiche governative. Si introducono, inoltre, limiti di contenuto, tra i quali rientra il limite delle leggi concernenti i diritti fondamentali. Si introduce infine il referendum c.d. reiettivo (o “veto popolare”) le cui caratteristiche principali sono le seguenti: si vota l’atto e non singole disposizioni; si vota la sua reiezione e non la sua approvazione; si tratta di un referendum sospensivo poiché a far data dall’indizione i giudici e la pubblica amministrazione non possono più applicare la legge fino al voto referendario<sup>33</sup>.

Le modifiche alla Legge sul matrimonio e le relazioni familiari (ZZZDR-D)<sup>34</sup>, proposte dal partito di opposizione Sinistra Unita e approvate il 3 marzo 2015 dal governo di centrosinistra guidato dal Primo Ministro Cerar, introducono per la prima volta in un Paese ex-sovietico l’istituto del matrimonio per le coppie dello stesso sesso, ridefinendo quest’ultimo in termini di «unione di due persone non necessariamente di diverso genere» (definizione parimenti estesa alla convivenza extramaritale). La modifica incontra l’ostilità di un gruppo conservatore dal nome “Ci sono i bambini in gioco”, il quale, nell’arco di breve tempo raccoglie 80.000 firme (a fronte delle 40.000 richieste) per richiedere l’indizione di un referendum reiettivo nazionale.

Il 20 dicembre 2015 sono stati resi noti i risultati ufficiali: il popolo si è schierato a favore dell’abrogazione (con il 63 per cento di “no”). Nel complesso l’affluenza alle urne registrata è stata bassa – 35,65 per cento degli aventi diritto – e nondimeno sufficiente a validare il referendum<sup>35</sup>.

La Costituzione slovena, al pari di quella slovacca, individua i limiti di contenuto che incontra l’indizione di un referendum legislativo di iniziativa popolare. Detti limiti sono contenuti nell’art. 90, così come modificato nel 2013, a norma del quale non è consentito indire referendum riguardanti: i) leggi o misure urgenti adottate per la sicurezza dello Stato o per far fronte a calamità naturali, ii) leggi tributarie e di bilancio, iii) leggi di ratifica dei trattati e, infine, iv) «leggi introdotte per sanare un’incostituzionalità in materia di diritti umani e libertà fondamentali ovvero ogni altro tipo di incostituzionalità».

Sulla scorta di ciò, il Governo eccepisce l’inammissibilità del referendum. La legge sul *same-sex marriage* sarebbe stata infatti emanata «per sanare una pregressa incostituzionalità in materia di diritti

30 I. Kaučič, C. Ribičič, *Constitutional Limits of Legislative Referendum: The Case of Slovenia*, relazione al convegno IX World Congress “Constitutional Challenges: Global and Local”, Oslo, 19 giugno 2014.

31 Ci riferiamo in particolare alla giurisprudenza inaugurata dalle decisioni concernenti la Legge sulle società finanziarie statali e La legge per il rafforzamento della solidità delle banche. Vedi: Corte costituzionale slovena, sentenza del 7 dicembre 2012, n. U-II-1/12 e U-II-2/12, disponibile in lingua inglese in <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/399443A23488727DC1257AFA004A8AC6>.

32 Legge costituzionale di modifica degli articoli 90, 97 e 99 della Costituzione della Repubblica di Slovenia (UZ90, 97, 99), disponibile in lingua inglese sul sito della Corte costituzionale: [www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/constitution/constitutional-acts-amending-the-constitution-of-t](http://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/constitution/constitutional-acts-amending-the-constitution-of-t).

33 R. Podolnjak, *ivi*, p. 140 ss.

34 Legge introdotta nel 1976 e più volte modificata. Il testo consolidato della legge, così come modificata per adeguarla all’esito del referendum del 20 dicembre 2015, è consultabile sul sito del Ministero del Lavoro, Famiglia, Affari sociali e Pari opportunità: [www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti\\_\\_pdf/zakonodaja/law\\_on\\_marriage\\_and\\_family\\_relations.pdf](http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/dokumenti__pdf/zakonodaja/law_on_marriage_and_family_relations.pdf).

35 Il quorum richiesto è infatti pari al 20 per cento degli elettori, *ex art.* 90, para. 4 Cost.

umani e libertà fondamentali» (art. 90, para. 2, pt. iv). La Corte costituzionale non è dello stesso avviso e nell'ottobre 2015 ordina al Governo di indire il referendum<sup>36</sup>. L'esito della consultazione popolare sarà, come anticipato, quello di abrogare la legge di modifica al codice della famiglia.

La Slovenia non solo è adusa al referendum, ma aveva già votato nel marzo 2012 su un tema simile: l'estensione alle unioni registrate di persone dello stesso sesso dei diritti e doveri delle coppie (eterosessuali) sposate, eccetto la facoltà di l'adozione. Anche in tal occasione il popolo si pronunciava a favore dell'abrogazione delle modifiche al Codice della famiglia<sup>37</sup> e, quindi, in senso contrario al riconoscimento di tutele per le coppie omosessuali.

### 3. I Paesi dell'Europa occidentale: Irlanda e Svizzera

I Paesi dell'Europa occidentale che hanno fatto ricorso al referendum per questioni concernenti la tutela delle coppie omosessuali sono l'Irlanda, la Svizzera e il Liechtenstein. Il caso del Liechtenstein, in quanto incentrato sulle le unioni civili e non sul matrimonio, risulta in parte eccentrico rispetto all'oggetto della trattazione e sarà quindi omissis. Basti qui ricordare che si è trattato di un referendum legislativo sospensivo<sup>38</sup>, "decision-controlling", popolare, infine approvato dalla popolazione<sup>39</sup>, a seguito del quale sono state introdotte in Liechtenstein le unioni civili.

#### 3.1. Irlanda: "Sei a favore dell'introduzione della seguente modifica costituzionale: 'il matrimonio può essere contratto in armonia a quanto prescritto dalla legge da due persone, senza distinzione di sesso?'" (referendum costituzionale, *decision-controlling*, a iniziativa parlamentare: approvato)

L'Irlanda è il primo Paese ad introdurre in Costituzione il matrimonio per persone dello stesso sesso attraverso un referendum<sup>40</sup>. La consultazione, tenutasi il 22 maggio 2015, ha registrato un consenso assai ampio per l'introduzione dell'istituto (62 per cento dei voti a favore, con un'affluenza pari al 60.5 per cento degli aventi diritto), che ha condotto all'aggiunta in Costituzione del XXXIV emendamento (*Marriage Equality Bill* 2015 n. 5). L'intervento del popolo è previsto come necessario per ogni revisione costituzionale – in aggiunta all'approvazione di ambo le Camere *ex art. 46 Cost.*

Colpisce che proprio l'Irlanda, acquisita all'immaginario collettivo come Paese ostile all'affermazione di valori contrari alla dominante morale cattolica, sia riuscita ad introdurre per prima attraverso il voto popolare il matrimonio *same-sex* a livello costituzionale. Ciò a buon diritto, perché non bisogna dimenticare che fino al 1993, e all'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>41</sup>, le *sodomy conducts* erano coperte da divieto penalmente sanzionato<sup>42</sup> e che nel pensiero dei giudici l'omosessualità era inquadrata in termini di «malattia contagiosa»<sup>43</sup>. Le radici cristiano-cattoliche sono inoltre saldamente

36 La base legale del potere della Corte costituzionale di sindacare l'ammissibilità del referendum non è rinvenibile in Costituzione bensì nella Legge sul referendum e la pubblica iniziativa. Ai sensi dell'art. 21, infatti, «se l'Assemblea nazionale ritiene che possano derivare conseguenze incostituzionali dall'approvazione o dalla mancata adozione di una legge, può richiedere alla Corte costituzionale un pronunciamento sul punto».

37 A. Bodnar, A. Śledzinska-Simon, *ivi*, p. 232.

38 Art. 66, para. 1 Cost.

39 *Liechtenstein registered partnership referendum*, in *Election Guide*, [www.electionguide.org](http://www.electionguide.org), 2011, in [www.electionguide.org/elections/id/176](http://www.electionguide.org/elections/id/176). Vedi anche: *Liechtenstein: Say 'Yes' to Same-Sex Partnerships*, in Human Rights Watch, 25 May 2011.

40 D. Amram, *Il cielo d'Irlanda si tinge di arcobaleno*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, pp. 172- 178.

41 Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 1988, *Norris v Ireland*.

42 Il riferimento è alle sezioni 61 e 62 del *Offences Against the Person Act* 1861 e alla sezione 11 del *Criminal Law (Amendment) Act* 1885. Sulle ulteriori limitazioni alla libertà di espressione e manifestazione degli omosessuali derivate induttivamente dalle leggi di cui sopra, v. K. Rose, *Diverse Communities: The Evolution of Lesbian and Gay Politics in Ireland*, Cork, Cork University Press, 1994, pp. 19 ss.

43 Corte suprema d'Irlanda, *Norris v. Attorney General*, [1984] IR 36.

presenti nel testo costituzionale, in particolare nel preambolo<sup>44</sup> e all'art. 44<sup>45</sup>. Una risposta provvisoria può essere rinvenuta nel calo di consenso nei confronti della Chiesa cattolica, dovuta agli scandali che dagli anni Novanta hanno portato alla ribalta numerosi casi di abusi sessuali a danno di minori<sup>46</sup>.

Il meccanismo del ricorso al referendum, però, non è inedito. È infatti una nota distintiva di questo ordinamento che questioni particolarmente controverse e divisive – le riforme dei Trattati europei, la pena di morte, il divorzio, l'interruzione volontaria di gravidanza – siano deferite dal Parlamento al voto popolare e adottate attraverso un emendamento costituzionale<sup>47</sup>. Ciò provoca un patente effetto di «over-constitutionalization» e di spostamento dell'asse decisionale dalla deliberazione parlamentare alla consultazione popolare<sup>48</sup>, nonché un singolare caso di abdicazione della funzione della legge primaria in favore di una "litigation" costituzionale – che contempla l'intervento necessario del popolo tramite referendum, sia pure ad iniziativa esclusiva del Parlamento<sup>49</sup>.

Da un punto di vista strettamente costituzionale, ci si potrebbe invece domandare se l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso richiedesse o meno una modifica della Costituzione nell'ordinamento giuridico irlandese. L'art. 41, para. 3 Cost. fornisce una definizione del matrimonio neutra quanto a genere, seppur non può negarsi l'intenzione originaria del costituente di circoscriverne l'applicazione alle coppie di sesso opposto. Nel landmark case in materia, *Zappone and Gilligan v. Revenue Commissioners*, la Corte suprema respinse la richiesta di registrazione di un matrimonio same-sex legalmente contratto in Canada sulla scorta dell'antica definizione di *common law* e sull'assunto dell'inesistenza di un'evoluzione della coscienza sociale nel senso di includere nella definizione il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Una simile affermazione si basa sull'emanazione del *Civil Right Registration Act 2004*, la cui § 2 consegna una nozione di matrimonio ristretta a persone di sesso opposto. Il Ministro della Giustizia ed altri esponenti del Governo hanno da allora manifestato la consapevolezza che soltanto un emendamento costituzionale potesse consentire l'estensione della nozione di matrimonio alle coppie omosessuali. Neppure l'emanazione nel 2010 del *Civil Partnership Act*<sup>50</sup> consentirebbe di registrare un'evoluzione della coscienza sociale ancorabile alla *living constitution*, atteso che la legge fu introdotta nella convinzione che sarebbe stato incostituzionale introdurre con legge primaria il matrimonio same-sex<sup>51</sup>.

Il contesto in cui si celebra il referendum è dei più particolari. Da una parte si ha una forte riluttanza da parte del Parlamento a procedere con legge ordinaria, sull'assunto – non fondato<sup>52</sup> – che la Costituzione contenga dei limiti invalicabili all'introduzione del matrimonio same-sex. Dall'altra si registra una prudenza estrema delle corti nell'introdurre in via interpretativa una nozione estensiva di matrimonio; orientamento che riceve il plauso degli studiosi secondo cui una decisione giudiziale non suffragata da sufficiente consenso sociale sarebbe nociva tanto su un piano consequenzialista, quanto epistemico: nel senso che, su un piano consequenzialista, una decisione "aggressiva" della Corte genererebbe conseguenze negative (la mancata approvazione del referendum popolare), e, su un piano epistemico, tale mancanza di consenso sarebbe al più sintomatica di un errore interpretativo della Corte<sup>53</sup>.

Anche nel caso irlandese è stata revocata in dubbio la possibilità di sottoporre a referendum leggi su diritti delle minoranze. E ciò persino a seguito del risultato elettorale "positivo". La maggioranza,

44 Il Preambolo recita testualmente: «*In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ ...*».

45 Ai sensi dell'articolo, lo Stato «*acknowledges that the homage of public worship is due to Almighty God*».

46 F. Ryan, *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in *DPCEonline*, [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), 2015, n. 2, pp. 3 ss.

47 Per una rassegna dei referendum costituzionali tenutisi in Irlanda, e in particolare del referendum sull'aborto e il divieto di divorzio, vedi: F. Ryan, *ivi*, p. 5.

48 E. Daly, *Democracy, Citizenship and the Marriage Referendum*, in *Human Rights Ireland blog*, [www.humanrights.ie](http://www.humanrights.ie), 2013, in <http://humanrights.ie/children-and-the-law/democracy-citizenship-and-the-marriagereferendum/>.

49 Ai sensi dell'art. 46, para. 3 Cost., le revisioni costituzionali richiedono un referendum successivo necessario e non meramente facoltativo (privo di quorum). Aellata ina Costituzione del dianipolare la volontà del corpo elettoralee la sezione dedicata agli Stati Uniti si compone di un

50 Il titolo per esteso della legge è *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*.

51 E. Geaney, *Same-sex marriage*, in *Hibernian Law Journal*, 2012, vol. 11, p. 181.

52 C. O'Mahony, *How the Irish Courts can Compromise on Same-Sex Marriage*, in *Dublin University Law Journal*, 2012, vol. 35, p. 199.

53 C. O'Mahony, *ivi*, pp. 217 ss. La teoria è da attribuire a C.R. Sunstein: *If People Would be Outraged by their Rulings, Should Judges Care?*, in *Stanford Law Review*, 2007, vol. 60, p. 155; Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 64.

si sostiene, è fisiologicamente ostile nei confronti di una minoranza; il referendum irlandese potrebbe costituire un pericoloso precedente per altre nazioni, dove l'opinione pubblica non è detto che sia così tollerante<sup>54</sup>. Vi è poi chi denuncia, in ottica liberale, una lesione della vita privata delle coppie: il referendum sarebbe infatti accusato di volgarizzare – nel senso di sottoporre alla decisione del volgo – una scelta privata e personalissima quale quella di sposarsi<sup>55</sup>.

### 3.2. Svizzera: “Volete accettare l’iniziativa popolare ‘Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate?’” (iniziativa popolare in materia costituzionale: respinto)

La Svizzera ha introdotto nel 2007 le unioni civili per coppie dello stesso sesso<sup>56</sup> proprio attraverso lo strumento referendario<sup>57</sup> (primo Paese al mondo a far ciò). Allora si trattava, in particolare, di un referendum legislativo, sospensivo, popolare<sup>58</sup>.

Per venire al caso più recente, tale Paese contempla, nel suo ricco corredo di strumenti di democrazia diretta, anche un'altra tipologia di referendum: l'iniziativa popolare in materia costituzionale. Attraverso tale strumento il popolo può promuovere una revisione parziale della costituzione nella forma di una proposta generale (poi concretizzata dal Parlamento)<sup>59</sup> o di progetto elaborato. L'Assemblea federale, inoltre, prende posizione sulla proposta di legge, raccomandando di accoglierla o di respingerla.

Nel 2013 il Partito democratico-cristiano (PDC) lancia un'iniziativa volta a eliminare il diverso trattamento fiscale tra coppie sposate e conviventi, effettivamente peggiore per le coppie sposate<sup>60</sup>. Nel far ciò, tuttavia, la proposta inserisce una definizione di matrimonio come “durevole convivenza di un uomo e di una donna”. Testualmente: «La Costituzione federale è modificata come segue: Art. 14 cpv. 2: Il matrimonio consiste nella durevole convivenza, disciplinata dalla legge, di un uomo e di una donna. Dal punto di vista fiscale, il matrimonio costituisce una comunione economica. Non deve essere svantaggiato rispetto ad altri modi di vita, segnatamente sotto il profilo fiscale e delle assicurazioni sociali»<sup>61</sup>.

L'Assemblea federale raccomanda al popolo e ai Cantoni di respingere l'iniziativa<sup>62</sup>. L'iniziativa è sì respinta dal popolo, ma con un risibile margine di differenza tra “no” e “sì” (50,8 per cento di no a fronte del 49,2 per cento di sì, che in termini assoluti corrispondono a 55.000 preferenze circa).

Ancora una volta, il quesito non avrebbe dovuto superare il vaglio dell'Assemblea federale, cui spetta il compito di verificare che l'iniziativa non «viol[i] il principio dell'unità della forma o della materia o disposizioni cogenti del diritto internazionale»<sup>63</sup>. Nella fattispecie, si pone un problema di omogeneità del quesito: esso parrebbe costringere i cittadini interessati ad eliminare il trattamento fiscale peggiore delle coppie sposate e al contempo ad introdurre in Costituzione una disposizione discriminatoria nei confronti delle coppie non eterosessuali. Ancora una volta, quindi, si assiste a una abdicazione del compito di controllare la costituzionalità del quesito che, in materia di diritti fondamentali concernenti le minoranze sessuali, potrebbe costituire, invece, un essenziale filtro.

54 J. Pottier, *Et si le «oui» au référendum irlandais était une mauvaise nouvelle pour les gays?*, in *Le Monde*, 2015.

55 R. Marron, *On the Irish Referendum: The Majority cannot Vote on Minority Rights*, in *Get Real* (LGBT Blog of the University of Cambridge), [www.getrealcambridge.com](http://getrealcambridge.com), 2015, in <http://getrealcambridge.com/2015/03/18/on-the-irish-referendum-the-majority-cannot-vote-on-minority-rights/>.

56 *Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004*, su cui vedi: P. Pichonnaz, *Le partenariat enregistré: sa nature et ses effets*, *Revue de droit suisse*, 2004, I, pp. 389-433.

57 Il referendum si è tenuto nel 2005 e ha riportato il 58 per cento di “sì”. I risultati ufficiali sono disponibili sul sito del Consiglio federale: [www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2005/4891.pdf](http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2005/4891.pdf).

58 50 000 elettori o otto Cantoni possono difatti, entro 100 giorni dalla pubblicazione ufficiale di un atto, richiedere una consultazione del popolo e dei Cantoni alla cui approvazione è subordinata l'entrata in vigore del provvedimento. Nel caso di specie si trattava di un referendum popolare per il quale sono state raccolte 66 853 firme valide.

59 V. art. 139, cpv 4 Cost.

60 Tutte le informazioni rilevanti possono essere reperite sul sito del Consiglio federale: [www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20160228/Per-matrimonio-e-famiglia.html](http://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/votazioni/20160228/Per-matrimonio-e-famiglia.html).

61 Art. 1 del Decreto federale concernente l'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate» del 19 giugno 2015.

62 Art. 2 del Decreto federale, *ivi*.

63 Art. 139, cpv 3 Cost. In caso affermativo, l'Assemblea dichiara nulla in tutto o in parte l'iniziativa.

#### 4. Il dialogo negli Stati Uniti fra attivismo giurisprudenziale, potere politico e sovranità popolare

La questione delle unioni omosessuali, e in particolare quella dell'accesso delle coppie *same-sex* all'istituto matrimoniale, ha animato il dibattito giuridico anche negli Stati Uniti, sollecitando, negli ultimi vent'anni, l'intervento di tutte le componenti, legislativa, giurisdizionale e referendaria.

L'avvio del dibattito è stato segnato, nel 1993, dalle pronunce con le quali la Corte Suprema delle Hawaii e quella dell'Alaska hanno aperto al riconoscimento delle coppie omosessuali<sup>64</sup>. La Corte Suprema hawaiana<sup>65</sup>, con una prudente decisione, affermò che il diniego di una licenza matrimoniale nei confronti di una coppia omosessuale rappresentava una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, legittima solo laddove lo Stato si fosse dimostrato in grado di provare l'esistenza di un "compelling state interest". L'accertamento della sussistenza di tale requisito fu rimesso ad una corte inferiore, evitando così alla Corte Suprema di dover dichiarare l'incompatibilità della previsione con l'Equal Rights Amendment della Costituzione delle Hawaii.

Più incisivamente, nel caso *Brause v. Bureau of Vital Statistic*, la Corte Suprema dell'Alaska affermò che dall'esclusione di individui dello stesso sesso dal *civil marriage* sarebbe derivata una violazione del diritto alla riservatezza e del principio di uguaglianza, sanciti dalla Costituzione statale.

Queste, pur timide, aperture hanno determinato nei mesi immediatamente successivi solide reazioni da parte del potere legislativo, tanto a livello statale, quanto a livello federale.

A livello locale, in entrambi gli Stati furono introdotte modifiche ai testi costituzionali volte ad escludere l'accesso delle coppie omosessuali all'istituto matrimoniale. Già in questi anni, nelle dinamiche di relazione fra potere giurisdizionale e potere legislativo, un ruolo importante fu rivestito anche dagli istituti di democrazia diretta: nel 1998, infatti, l'elettorato hawaiano fu chiamato a votare per l'introduzione di un emendamento costituzionale volto a conferire al Parlamento il potere e l'autorità esclusiva di riservare l'accesso all'istituto matrimoniale alle coppie eterosessuali<sup>66</sup>. Similmente, nello stesso anno, in Alaska, il popolo fu chiamato a esprimere la propria opinione nei confronti di una modifica alla Costituzione che condizionava la legittimità del matrimonio alla differenza di sesso fra i coniugi (clausola di *sex diversity*)<sup>67</sup>. Entrambi gli emendamenti furono approvati, rispettivamente, con il 69% e con il 68% dei voti a favore<sup>68</sup>.

Il ruolo di impulso della giurisprudenza fu riaffermato nei primi anni 2000 con due fondamentali pronunce, una ad opera della Corte Suprema federale e l'altra della Corte Suprema del Massachusetts. La Corte Suprema federale (*Lawrence v. Texas*)<sup>69</sup> sancì l'incostituzionalità delle c.d. *sodomy laws*, ancora vigenti in 13 ordinamenti statali, in quanto legittimanti forme di indebita intrusione statale nella dimensione individuale, riconoscendo così un diritto di definire e intrattenere liberamente e autonomamente le proprie relazioni personali. Lo stesso anno, la Corte Suprema del Massachusetts riconobbe la legittimità del matrimonio fra persone dello stesso sesso, in quanto istituto fondamentale nella dimensione nell'esistenza individuale<sup>70</sup>. Nonostante l'articolato e complesso percorso relativo all'implementazione

64 Per una disamina generale, cfr. L.D. Wardle, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, *BYU Law Review*, 1996, 1, 11, in <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1996/iss1/2>.

65 *Baer v. Lewin*, 852 P.2d. 44 (Haw. 1993).

66 La *Hawaii Question 2*, conosciuta anche come *Legislative Power to Reserve Marriage to Opposite-Sex Couples Act*, è stata approvata il 3 novembre 1998. Il testo dell'emendamento proposto era il seguente: "The proposed amendment is intended to make it absolutely clear that the State Constitution gives the Legislature the power and authority to reserve marriage to opposite-sex couples".

67 *L'Alaska Marriage Amendment*, noto anche come *Measure 2*, approvato dagli elettori il 3 novembre 1998, prevedeva che "a marriage may exist only between one man and one woman". Nel 2012, prima della sentenza *Obergefell v. Hodges* della Corte Suprema federale, il divieto è stato annullato dalla U.S. District Court for the District of Alaska nel caso *Hamby v. Parnell* (case n. 3:14-cv-00089-TMB).

68 Tutte i dati e le informazioni sui referendum svoltisi negli Stati Uniti sono reperibili sul sito BallotPedia ([www.ballotpedia.org](http://www.ballotpedia.org)).

69 *Lawrence v. Texas*, 132 S. Ct. 2472 (2003). Sulla sentenza si vedano, nella dottrina italiana, V. Barsotti, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: orientamenti recenti delle corti americane*, in *Corriere Giuridico*, 2007, 1023 e C. Valentini, *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, 189.

70 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 957 (Mass. 2003). Su queste vicende si veda E. Falletti, *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2015, 2, in particolare p. 7 e E. Cukani, *Le same sex couples tra giudici e legislatori: il ruolo peculiare della giurisprudenza negli USA e in Europa (A proposito*

di quella decisione e ai conseguenti tentativi di ostacolarla mediante l'introduzione di un divieto esplicito in Costituzione – processo che avrebbe richiesto anche l'intervento del popolo – in Massachusetts, a differenza che in molti altri Stati, non si giunse mai al voto diretto su tali questioni<sup>71</sup>.

Queste dinamiche ebbero eco anche al di fuori dei confini statali: poco tempo dopo le sentenze adottate nelle Hawaii e in Alaska giunse, nel 1996, con l'approvazione del DOMA (Defense of Marriage Act<sup>72</sup>), la risposta del governo federale, che qualificava il matrimonio come unione legale di un uomo e una donna. Parallelamente, a livello statale, più di quaranta ordinamenti hanno introdotto, nel corso degli anni, analoghe previsioni (i c.d. "mini-DOMA"). Se prima del 2004 erano solo 3 gli Stati ad aver cristallizzato, a livello costituzionale, il divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso, dopo tale data si susseguirono le revisioni o gli emendamenti costituzionali contenti clausole di *sex diversity* e – per quanto in questa sede più interessa – in poco più di 30 Stati tale risultato fu raggiunto anche attraverso forme di consultazione popolare.

Le previsioni introdotte nelle costituzioni mediante consultazione popolare fra il 2004 e il 2012 possono essere raccolte in tre gruppi<sup>73</sup>: 10 Stati introdussero una previsione limitativa della validità del matrimonio ai contratti stipulati fra individui di sesso opposto; 20 Stati esclusero che da altre forme di unione potessero derivare diritti e doveri equivalenti a quelli del matrimonio; in uno Stato – come si è già anticipato – si introdusse in Costituzione una riserva di legge parlamentare in riferimento alla definizione dell'istituto matrimoniale.

## 5. La *Proposition 8* in California: sovranità popolare e revisione costituzionale

In particolare, fra i 18 Stati che nelle tornate elettorali degli anni 2004, 2006 e 2008 introdussero, con la votazione di apposite *propositions*, il divieto costituzionalizzato di matrimonio fra persone dello stesso sesso, il caso più noto è stato quello della California. Qui il referendum sulla *Proposition 8* riguardava l'introduzione di una specifica clausola di *sex diversity* degli sposi nella Costituzione<sup>74</sup>.

La questione affonda però le radici nei primi anni 2000 quando, nonostante l'elettorato si fosse già espresso a favore del divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso con l'approvazione della *Proposition 22*, alcuni matrimoni fra coppie omosessuali furono celebrati dalle autorità locali e successivamente annullati dai giudici. La situazione creata si impose l'intervento della Corte Suprema californiana che, nel 2008, dichiarò l'illegittimità della norma legislativa introdotta con la *Proposition 22*, che limitava la validità dei matrimoni a quelli contratti fra un uomo e una donna<sup>75</sup>. Già prima di questa decisione, tuttavia, era iniziata la discussione sulla *Proposition 8*, definitivamente approvata dall'elettorato il 4 novembre 2008. La *Proposition* derivava da un'iniziativa popolare di modifica della costituzione statale (c.d. «constitutional initiative»), prevista dalla stessa all'art. 18, sez. 3. L'introduzione del nuovo articolo avrebbe prodotto una modifica dell'assetto costituzionale che aveva determinato la pronuncia della Corte Suprema di pochi mesi prima, precludendo alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio.

Le vicende che seguirono l'approvazione della *Proposition 8* sono fondamentali nell'analisi dei rapporti fra Costituzione e istituti di democrazia diretta.

Come le altre costituzioni degli Stati che compongono l'ordinamento federale statunitense, la Costituzione californiana, in quanto recante una analitica disciplina delle regole organizzative ed istituzio-

di alcune recenti pronunce giurisprudenziali: *Obergefell v. Hodges*, *Oliari and others v. Italia e altra giurisprudenza italiana*, in *Federalismi.it*, 2016, 4.

71 In Massachusetts la modifica della Costituzione statale richiede due votazioni da parte della assemblea parlamentare in seduta unica ("constitutional conventions") e poi la sottoposizione dell'emendamento ad una votazione popolare.

72 L'atto, approvato nel 1996 e, come noto, dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema con la sentenza *Obergefell v. Hodges*, significativamente escludeva i matrimoni dall'operatività della "full faith and credit" costituzionale che obbliga gli Stati a dare riconoscimenti ad atti e decisioni adottati in un altro ordinamento degli Stati Uniti. Cfr. D.C. Lewis, *Direct Democracy and Minority Rights: Same-Sex Marriage Bans in the U.S. States*, in *Social Science Quarterly*, 2011, vol. 92, n. 2, 2011, p. 369.

73 L.D. Wardle, *The Proposed Minnesota Marriage Amendment In Comparative Constitutional Law: Substance And Procedure*, in *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 2012, 34, 2, pp. 141-168.

74 Testualmente l'emendamento da inserirsi in Costituzione prevedeva che «only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California».

75 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

nali, è familiare a frequenti procedure di modifica, volte ad evitarne l'obsolescenza. Per agevolare tali procedimenti alcune costituzioni prevedono l'istituto della "constitutional initiative" che consente l'introduzione di emendamenti senza il necessario coinvolgimento dell'organo rappresentativo. L'art. 18 sez. 3 della Costituzione della California – così come analoghe previsioni contenute nelle costituzioni di altri Stati – limita però la possibilità di intervento diretto del popolo ai casi di *emendamento*, richiedendo invece una deliberazione parlamentare laddove si prefigurino vere e proprie *revisioni* del testo costituzionale. Secondo la definizione tradizionale fornita dalla Corte Suprema della California la revisione, per essere tale, deve comportare una «extensive alteration in the basic plan and substance»; si parla invece di emendamento a fronte di una «addition or change within the lines of the original instruments». Questa differenza, che proprio nella vicenda relativa alla *Proposition 8* dimostra tutta la sua evanescenza, è di fondamentale importanza al fine di fissare un limite di indisponibilità alle istanze maggioritarie<sup>76</sup>.

Il primo ricorso avverso l'approvazione della *Proposition 8* fu presentato alla Corte Suprema della California<sup>77</sup> lamentando che il quesito referendario fosse attuativo di una revisione costituzionale, senza che fossero rispettati i requisiti procedurali stabiliti dalla Costituzione stessa e che l'esito favorevole alla sua approvazione avesse determinato una violazione della *equal protection clause*, limitando una minoranza nell'esercizio del fondamentale diritto al matrimonio. Secondo la Corte, si sarebbe invece trattato di un mero emendamento, poiché la misura non avrebbe comportato un fondamentale cambiamento nel "basic government plan". Inoltre, la Corte affermò che il potere di emendamento riconosciuto al popolo<sup>78</sup> non subisce il limite degli "inalienable rights" previsti all'art. 1, sez. 1 della Costituzione californiana, che ben possono incontrare limiti e modulazioni<sup>79</sup>.

La Corte ritenne, dunque, non conferente il fatto che la modifica andasse ad incidere su diritti fondamentali e, come già accaduto in precedenza, ha circoscritto i casi di *revisione* a quelle misure che condizionano direttamente l'assetto dei poteri istituzionali.

Una lettura completamente differente dei rapporti fra espressione diretta della volontà del popolo e diritti fondamentali delle minoranze emerge dalla pronuncia della *U.S. District Court for the Northern District of California*, nel caso *Perry v. Schwarzenegger*<sup>80</sup>, poi noto come *Hollingsworth v. Perry*.

Il giudice distrettuale conferisce massima rilevanza alla volontà diretta del popolo che spesso merita maggiore considerazione rispetto a quella di studiosi ed esperti; nel caso in cui venga messa in discussione, tuttavia, essa deve trovare «at least some support in evidence». La preoccupazione del giudice deriva dal fatto che le determinazioni assunte dal popolo sono in grado di introdurre nel sistema legislativo classificazioni di persone, in molti casi basate su congetture, speculazioni e timori. Le basi fondative della *Proposition 8* sarebbero rinvenibili unicamente in una disapprovazione morale nei confronti di un gruppo determinato di persone: «[a]s such, Proposition 8 is beyond the constitutional reach of the voters or their representatives». Tale disapprovazione morale, al pari della tradizione, costituisce una base impropria per negare diritti alle persone omosessuali, non rappresentando, in tal senso, un criterio razionale e logico. Una visione morale individuale, pur se condivisa su ampia scala, non può di per sé costituire una legittima base per il processo legislativo<sup>81</sup>. Forme di consultazione popolare non possono determinare l'effetto di dare veste giuridica – in questo caso persino costituzionale – a profonde convinzioni accettate come principi etici e morali, poiché il compito dello Stato della California «is to treat its citizens equally, not to "mandate [its] own moral code"»<sup>82</sup>. L'incostituzionalità della *Proposition 8* deriva dunque dal fatto di rappresentare una misura restrittiva dei diritti degli omosessuali, priva di qualunque giustificazione razionale, idonea a determinare, in definitiva, una violazione della *Equal Protection Clause* del XIV Emendamento della Costituzione federale.

76 Sul punto si veda G. Gentili, *La Corte suprema della California ed il tentativo di identificare il confine tra emendamento e revisione costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 maggio 2010.

77 *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009).

78 Che, come ricorda la Corte nella sentenza, facendo riferimento al precedente *Associated Home Builders* (Cal.3d 582, 591), era stato introdotto nel 1911 quasi come una riserva di sovranità, "not as a right granted the people, but as a power reserved by them" (p. 56).

79 *Strauss v. Horton*, cit., p. 122 ss.

80 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010).

81 Nelle parole della Corte distrettuale «"moral disapproval, without any other asserted state interest," has never been a rational basis for legislation» e «[t]radition alone cannot support legislation».

82 *Perry v. Schwarzenegger*, cit., p. 133.

È significativo in questa sede notare che il cambio di rotta definitivo, che porterà fino alla pronuncia *Obergefell v. Hodges*<sup>83</sup> della Corte Suprema federale, avvenne nella tornata elettorale 2012, quando tre Stati sottoposero all'attenzione del corpo elettorale leggi a favore dei *same-sex marriages* (Maryland, Washington e Maine). Contemporaneamente, in Minnesota, fu posto ancora una volta (si trattava del trentaduesimo Stato a votare sulla medesima questione) un quesito relativo all'introduzione di una clausola di *sex diversity* in Costituzione, per la prima volta, però, con esito negativo<sup>84</sup>.

Il bilancio complessivo di tutte le forme di consultazione popolare avvenute nel corso di poco più di una decina di anni negli Stati Uniti sulla tematica dei matrimoni omosessuali mostra chiaramente uno scenario poco attento ai diritti delle minoranze<sup>85</sup>: delle 32 occasioni nelle quali, fino al 2012, gli elettori sono stati chiamati ad esprimersi sulla possibilità di introdurre una clausola di *sex diversity* in costituzione, solo nel caso del Minnesota il referendum è stato respinto<sup>86</sup>.

## 6. Spunti per una riflessione: diritto e diritti fra forza della mobilitazione e valore della composizione

L'analisi delle consultazioni che si sono svolte in vari Paesi del mondo tocca inevitabilmente punti nevralgici attinenti ai rapporti fra fonti del diritto, alla configurazione della forma di Stato e agli strumenti di garanzia, protezione e promozione di diritti fondamentali.

Gli esempi riportati nei paragrafi precedenti, infatti, sottendono la problematica di fondo relativa all'impiego dello strumento referendario, fortemente divisivo e intrinsecamente maggioritario, nella definizione del grado di ampiezza di diritti fondamentali, facenti capo a gruppi qualificabili come minoranze permanenti<sup>87</sup>.

Le due impostazioni che si confrontano sono, da un lato, quella che valorizza l'attivismo del popolo come segno di salute della democrazia e come forma di controllo del potere dei rappresentanti e, dall'altro, quella che intravede profili problematici in manifestazioni di una democrazia diretta pura, priva di strumenti di composizione e mediazione<sup>88</sup>.

Come evidenziato, i referendum condotti in diversi ordinamenti si differenziano anzitutto a seconda del livello normativo al quale essi intervengono. Negli Stati Uniti, si è visto, la volontà diretta del popolo si è espressa nel senso di voler cristallizzare a livello costituzionale principi – in molti casi già operativi a livello di legislazione ordinaria<sup>89</sup> – come forma di reazione all'attivismo della giurisprudenza

83 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_ (2015). Fra i molti commenti alla sentenza, si veda, in questa Rivista, il Focus 1: *Obergefell v. Hodges: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio*, a cura di Angioletta Sperti, con i seguenti contributi: A. Sperti, *La sentenza Obergefell v. Hodges e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*; S. Chriss, D.C. Wright, *After "Obergefell v. Hodges": the continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States*; N.G. Cezzi, *I dissensi nel caso "Obergefell"*; R. Ibrido, *L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi*, in questa Rivista, 2015, fasc. 2, pp. 5-75. Si vedano, inoltre, C. Bologna, *Corte suprema e "same-sex marriage": opportuna tutela di nuovi diritti o iperattivismo giudiziario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, fasc. 3, pp. 768-771; F. Viglione, *"Obergefell v. Hodges": il matrimonio "same-sex" tra libertà e non discriminazione*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, fasc. 10, pt. 2, pp. 589-601.

84 Il quesito volto a una "Recognition of Marriage Solely Between One Man and One Woman" fu respinto con il 52% dei voti contrari. Cfr. [www.ballotpedia.org](http://www.ballotpedia.org). Su questa votazione si veda L.D. Wardle, *The Proposed Minnesota Marriage Amendment In Comparative Constitutional Law*, cit.

85 La somma complessiva dei voti raccolti nei vari Stati Uniti a favore dell'introduzione in costituzione di un divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso supera il 61%. Cfr. L.D. Wardle, *The Proposed Minnesota Marriage Amendment in Comparative Constitutional Law*, cit., p. 159.

86 Peculiare è l'esperienza dell'Arizona dove un primo referendum, volto a introdurre in Costituzione il divieto di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha raggiunto solo il 48.2% dei voti a favore nel 2006 per poi essere approvato nel 2008, raggiungendo una maggioranza del 56.2%. Cfr. D.C. Lewis, cit., p. 370.

87 L. Imarisio, *Le unioni omosessuali tra giudici e legislatori: percorsi e modelli di riconoscimento e disciplina*, in *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), Milano, Giuffrè, 2012, p. 106.

88 Si tratta di due tesi che si contrappongono sin dalle origini della storiografia costituzionalistica moderna: sul punto cfr. S. Tierney, *Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry*, in *Modern Law Review*, 2009, Vol. 72, Issue 3, pp. 360-383 e D.C. Lewis, op. cit., pp. 365 ss.

89 Cfr. D.C. Lewis, cit., p. 370.

nel processo di riconoscimento dei diritti. Nella maggior parte delle ipotesi, peraltro, l'intervento del popolo è stato sollecitato dagli organi legislativi, limitandosi ad una minoranza i casi in cui l'iniziativa sia originata direttamente dalla base sociale<sup>90</sup>. Nello spazio europeo, invece, la maggioranza delle consultazioni nasce nelle forme dell'iniziativa popolare, come reazione alla volontà della maggioranza di riconoscere tutele alle coppie omosessuali, con finalità talvolta meramente vessatorie e non genuinamente innovative dell'ordinamento vigente.

In entrambi i casi – sia dove i referendum siano intervenuti a livello di fonti primarie, sia dove abbiano inciso sul livello costituzionale – questione centrale è quella dell'esistenza e dell'effettività di limiti volti a contenere il potere della maggioranza di incidere indebitamente sui diritti di una minoranza. Alcuni ordinamenti escludono la possibilità di sottoporre a referendum questioni inerenti i diritti fondamentali; altri, come la California, sembrano richiedere l'intervento dell'organo di democrazia rappresentativa allorché si travalichi il limite di un mero emendamento alla Costituzione, muovendosi nello spazio di procedimenti qualificabili in termini di "revisione costituzionale". Nello specifico ambito cui si fa riferimento, però, è accaduto, in alcuni casi, che l'effettività dei limiti previsti si sia dimostrata del tutto insoddisfacente: così, in Slovacchia, quando non è stato attivato un controllo di legittimità costituzionale, pur essendo prevista l'esclusione dal referendum di questioni concernenti i diritti fondamentali della persona; in Svizzera, dove l'Assemblea avrebbe potuto rigettare il quesito perché non conforme ai requisiti di omogeneità richiesti dalla Costituzione; in California, ove la Corte Suprema ha considerato il fatto che la modifica approvata avesse determinato una limitazione di un diritto fondamentale non sufficiente a dichiararne l'incostituzionalità.

La tesi che intravede nei meccanismi di democrazia diretta strumenti in grado di violare i diritti delle minoranze pare suffragata sia dall'impiego fatto di questi istituti, sia dagli esiti dei referendum che nell'ultimo ventennio si sono svolti in materia. Nella maggior parte dei casi, infatti, i quesiti referendari avevano l'obiettivo di introdurre misure limitative dei diritti, mentre più sporadiche sono state le occasioni (Irlanda, Maine, Maryland e Washington) di esprimere un'opinione su misure favorevoli alle coppie omosessuali.

Considerazioni rilevanti si possono formulare anche con riguardo agli esiti delle consultazioni che sembrano testimoniare il ruolo fondamentale dei referendum tanto nell'ingenerare positive forme di mobilitazione e coinvolgimento, quanto nell'inasprire i termini della discussione e nel polarizzare le posizioni in gioco<sup>91</sup>, soprattutto quando i quesiti involgano questioni di carattere etico, che riguardano la sfera più intima della personalità individuale. In questo senso, solo in un caso, dei 32 stati nordamericani nei quali si è andati al voto, l'emendamento costituzionale sfavorevole alle unioni matrimoniali fra omosessuali è stato respinto dal popolo. In maniera simile, nello spazio europeo, un esito favorevole alle coppie *same-sex*, diretto a un incremento di tutela, si è avuto nella sola Irlanda (e nel Liechtenstein).

Sempre in riferimento alla funzione del referendum e al rischio che esso possa costituire, più che uno strumento deliberativo, un'occasione per inasprire l'ostilità nei confronti di una minoranza, valga l'esempio della Slovacchia, dove il referendum legislativo è parso avere il mero ruolo di conferire maggiore enfasi a ciò che già era sancito in Costituzione.

Al netto delle questioni più tecniche, relative per esempio ai mezzi di finanziamento dei referendum o a possibili forme strumentalizzazione degli stessi, sono proprio gli esiti e i numeri a far propendere per una conclusione critica verso il ricorso, nelle nostre "complicatissime e fragilissime democrazie"<sup>92</sup>, in queste materie, alla pratica della democrazia diretta. Il rischio, infatti, è quello di consegnare nelle mani dei più i diritti di pochi, al di fuori delle forme di controllo tipiche di uno stato costituzionale di diritto. Le esperienze descritte rendono necessario un richiamo alla responsabilità fondamentale degli organi di controllo e al ruolo sistemico dei parlamenti quali sedi qualificate di discussione condivisa e mediata e alla funzione determinante di costruzione di un consenso, anche attraverso il procedimento legislativo. Il rischio insito in un impiego privo di limiti dello strumento referendario deriva dal fatto che si tratta di un sistema decisionale «"a somma nulla" (dove cioè "chi vince, vince tutto; chi perde, perde tutto; e sulla questione il problema è chiuso") [...] che, facendo valere il principio maggioritario allo stato puro [...] è quello che più tende a sacrificare le esigenze e i valori delle "minoranze intense"»<sup>93</sup>.

90 In una ventina di casi l'attivazione dello strumento di democrazia diretta è derivata dal potere legislativo, mentre in 12 stati si è trattato di iniziative popolari, intraprese, nella maggior parte dei casi, a seguito di tentativi falliti volti a convincere il legislatore a introdurre emendamenti costituzionali ostativi ai matrimoni fra persone dello stesso genere. L.D. Wardle, *The Proposed Minnesota Marriage Amendment In Comparative Constitutional Law*, cit., p. 157.

91 Sull'impatto degli strumenti referendari si veda A.R. Flores, S. Barclay, *Backlash, Consensus, Legitimacy, or Polarization: The Effect of Same-Sex Marriage Policy on Mass Attitudes*, in *Political Research Quarterly*, 2016, 69, pp. 43-56.

92 G. Sartori, *Tecniche decisionali e sistema dei comitati*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1974, 1, p. 39.

93 A. Di Giovine, *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Il Foro Italiano*, 1979, vol. 102, p. 158.

Un utilizzo razionale degli istituti referendari, come strumenti di coinvolgimento nella vita democratica, parte dal fatto che tali esercizi di sovranità debbano necessariamente svolgersi “nelle forme e nei limiti” individuati da un ordinamento costituzionale: come è stato osservato, infatti, «democrazia rappresentativa e democrazia diretta non sono due sistemi alternativi, nel senso che laddove c’è l’una non ci può essere l’altra, ma sono due sistemi che possono integrarsi a vicenda»<sup>94</sup>, in un’ottica armonica e sinergica fra forme di esercizio della sovranità popolare.

L’affermazione piena di un principio democratico che attiene, prima ancora che alla forma di governo, alla forma di Stato, dipende anche dalla solidità del binomio sovranità popolare / tutela dei diritti di *tutti*<sup>95</sup>.

---

94 N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in G. Quazza (a cura di), *Democrazia e partecipazione*, Torino, Stampatori, 1978, p. 32.

95 C. Mortati, *Commento all’articolo primo della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 1 ss.

---

## *Commenti*

Salvatore Patti\*

## La Corte costituzionale e la “necessità” di interventi medico-chirurgici ai fini dell’attribuzione di sesso

### 1.

Ancora una volta, dopo oltre trent’anni dalla prima sentenza<sup>1</sup>, la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della legge 14 aprile 1982, n. 164 in materia di «rettificazione di attribuzione di sesso», modificata dal d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

La questione riguarda uno dei punti più controversi della disciplina, cioè la «necessità» o meno di interventi chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali della persona ai fini dell’accertamento giudiziale del mutamento di sesso. Sulla stessa questione è intervenuta, di recente, la Corte di cassazione, la quale ha stabilito che l’intervento chirurgico rivolto all’adeguamento dei caratteri sessuali «primari» non rappresenta una condizione necessaria per la rettificazione di attribuzione di sesso<sup>2</sup>, ponendo in tal modo l’ordinamento italiano soltanto in parte in linea con l’evoluzione riscontrabile in Europa, poiché la Corte ritiene comunque indispensabili trattamenti «estetici» (relativi ai caratteri sessuali «secondari») da realizzare anche mediante interventi chirurgici.

Per meglio comprendere la suddetta evoluzione, occorre anzitutto osservare che per alcuni aspetti risulta mutato lo stesso fenomeno del transessualismo, poiché alla fine degli anni settanta del secolo scorso la possibilità di sottoporsi all’intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali rappresentava una diffusa – sia pur sofferta – aspirazione degli interessati, mentre con il trascorrere del tempo sono progressivamente aumentati i casi di persone transessuali che desiderano il mutamento di sesso ma non intendono sottoporsi ad interventi chirurgici.

La volontà di ricorrere al bisturi al tempo dell’entrata in vigore della legge, che ha eliminato il precedente divieto, spiega anche una interpretazione della norma (art. 31, 4° comma, d. legisl. n. 150 del 2011) secondo cui l’intervento chirurgico viene autorizzato «quando risulta necessario», nel senso che con questa espressione il legislatore avrebbe fatto riferimento ai casi in cui l’intervento fosse stato già effettuato prima che la materia venisse disciplinata. In un commento della legge avevamo peraltro sostenuto che la valutazione del giudice non doveva essere circoscritta al fatto che l’operazione fosse stata eseguita o meno, ma abbracciare tutte le particolarità del caso concreto, facendo l’esempio di una persona di età avanzata che si fosse sottoposta soltanto al trattamento ormonale senza avvertire il bisogno di alcun intervento<sup>3</sup>. Comunque, mentre un tempo erano in genere gli interessati a chiedere l’intervento chirurgico e la legge a prevedere i presupposti per soddisfare tale richiesta, ormai da diversi anni molte persone transessuali intendono affermare il diritto all’identità sessuale – e quindi ottenere la

\* Ordinario di diritto privato, Università di Roma La Sapienza.

1 Corte costituzionale, sentenza dell’1 agosto 1979, n. 98, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, c. 23 con nota di M. Dogliotti; e in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 507 con nota di P. D’Addino Serravalle. V. anche, tra le altre, Corte costituzionale, sentenza del 23 maggio 1985, n. 161, in *Foro italiano*, 1985, I, c. 2162, secondo cui la legge del 1982 si colloca «nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

2 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 1068 con nota di D. Amram. Sulla sentenza v. anche S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, *ivi*, 2015, II, p. 643 ss.

3 Cfr. S. Patti e M.R. Will, *La “rettificazione di attribuzione di sesso”: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, p. 742.

rettificazione dei registri – unicamente sulla base del proprio convincimento. Di conseguenza gli aspetti soggettivi dell'identità sessuale hanno acquistato sempre più rilevanza rispetto a quelli oggettivi<sup>4</sup>.

Nella sentenza citata, la Corte di cassazione si era peraltro posta il problema di stabilire se un «minimo» di elementi oggettivi di «avvicinamento» all'altro sesso fosse indispensabile e, sulla base del principio di proporzionalità, aveva cercato di trovare un punto di equilibrio, cioè di realizzare un bilanciamento di interessi – quello della persona e quello «di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche» – affermando che non si può costringere la persona a sottoporsi ad invasivi interventi chirurgici di modifica dei caratteri sessuali primari, ma si possono pretendere trattamenti medico (-chirurgici) di adattamento dei caratteri sessuali secondari.

Commentando la sentenza, abbiamo segnalato la contraddittorietà della decisione, soprattutto perché da un lato sostiene che al fine di garantire certezza nelle relazioni giuridiche l'ordinamento non può «riconoscere un *tertium genus* costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi»<sup>5</sup>, dall'altro determina il suddetto *tertium genus* esigendo la modifica dei caratteri sessuali «estetico-somatici» (mediante trattamenti ormonali e interventi chirurgici) pur quando restano immutati quelli primari<sup>6</sup>. La sentenza della Corte suprema ha comunque segnato una tappa significativa nella disciplina della materia, in primo luogo per il riferimento ai principi espressi nella Costituzione, avendo stabilito che spetta alla persona scegliere se sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non sussistendo, in senso contrario, «interessi collettivi superiori», ed avendo formulato il principio secondo cui è «sempre necessario procedere al bilanciamento del diritto all'identità sessuale e del diritto alla salute, con una prevalenza del secondo sul primo». Superato il costringimento al bisturi per i caratteri sessuali primari, la Corte suprema – come detto – ha tuttavia ritenuto indispensabili i trattamenti estetici da realizzare anche mediante interventi chirurgici. La impossibilità di imporre modifiche sessuali è stata affermata per «un qualsiasi trattamento sanitario che violi la dignità umana», ma tra questi – ad avviso della Corte – non rientrano quelli relativi ai caratteri sessuali secondari e soprattutto quelli diretti a provocare l'incapacità di generare, dovendo il mutamento di sesso rappresentare «una scelta personale tendenzialmente immutabile» mentre il riconoscimento giudiziale del diritto viene «preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione di trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente»<sup>7</sup>.

## 2.

La sentenza della Corte costituzionale ripercorre in gran parte il percorso argomentativo della Corte di cassazione, riproducendone pregi e difetti.

Da un lato, infatti, non considera la legge contrastante con gli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in quanto, afferma che essa lascia all'interprete il compito di definire il perimetro delle modificazioni sessuali e le modalità con cui realizzarle, e soprattutto (citando la sentenza della Corte di cassazione sopra esaminata) che la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di un processo di autodeterminazione, come pure che «il ricorso alla chirurgia costituisce uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale», ma, dall'altro, ribadisce che rimane «ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo».

In definitiva, in maniera più o meno esplicita, la Corte costituzionale considera indispensabili modifiche dei caratteri (oggettivi) della identità sessuale, come risulta anche dalla frase secondo cui le modificazioni dei caratteri sessuali di cui tenere conto possono essersi verificate «naturalmente»<sup>8</sup> ovvero a seguito di intervento medico-chirurgico. Pertanto, pur tenendo conto dell'importante affermazione relativa alla «prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso ana-

4 Cfr., S. Patti, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 335 ss.

5 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, cit., p. 1072 s.

6 S. Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, cit., p. 644.

7 Corte di cassazione, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, cit., p. 1073.

8 Il riferimento a modifiche dei caratteri sessuali che si verificano «naturalmente» induce in verità a pensare al diverso fenomeno che riguarda le persone ermafrodite, nel qual caso tuttavia la sentenza di rettificazione produce effetti *ex tunc* e non *ex nunc* come avviene in quello delle persone transessuali: in argomento v. S. Patti e M.R. Will, op. cit., p. 739 s.

tomico e sesso anagrafico», che «porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico», si avverte la mancanza di una chiara affermazione della sufficienza – ai fini dell'accoglimento della richiesta di mutamento di sesso – del convincimento della persona di appartenere al sesso diverso da quello risultante dall'atto di nascita. Viceversa, l'indicazione della necessità di «un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il mutamento di sesso è avvenuto» conferma una visione del fenomeno parziale, poiché limitata all'aspetto fisico, e non in linea con l'evoluzione riscontrabile in molti paesi europei (Austria, Germania, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia), ove viceversa viene ormai attribuita decisiva rilevanza unicamente all'aspetto soggettivo<sup>9</sup>, e per certi versi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>10</sup>.

Invero, una delle frasi conclusive della sentenza che si commenta è certamente in linea con la giurisprudenza Cedu, in quanto si legge che «il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico»: in altri termini, è l'interessato a decidere se e quali interventi affrontare. Tuttavia, la suddetta affermazione appare difficilmente conciliabile con la già ricordata statuizione secondo cui rimane «ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo», statuizione che non consente di ipotizzare un accertamento positivo in mancanza di interventi medico-chirurgici.

In definitiva, pur tenendo conto della interpretazione costituzionalmente orientata della legge in materia di transessualismo, privilegiata nella sentenza che si commenta, deve pertanto concludersi nel senso che la norma effettivamente vigente non è ancora in linea con l'evoluzione riscontrabile in altri paesi e soprattutto contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce della quale non dovrebbero considerarsi necessari né interventi chirurgici, né trattamenti ormonali che conducono ad una irreversibile sterilizzazione, violando l'autonomia della persona, il diritto alla vita privata e quello all'integrità fisica<sup>11</sup>. Il lungo peregrinare delle persone transessuali tra Corte suprema, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo non sembra ancora concluso.

---

9 S. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, p. 163 ss.

10 Da ultimo cfr. *Y.Y. c. Turchia* del 10 marzo 2015, che ha affermato la violazione dell'art. 8 Conv. (rispetto della vita privata) nel caso in cui lo Stato subordini l'autorizzazione agli interventi medico-chirurgici desiderati dalla persona alla incapacità di generare.

11 In termini generali cfr. A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, 2011, p. 143.

Erica Covacci\*

## Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale

### Sommario

1. Premessa – 2. Dal 1982 ad oggi: l'evoluzione giurisprudenziale sulla legge 14 aprile 1982 n. 164 – 3. La sentenza 221/2015 della Corte Costituzionale: tra aspetti formali e considerazioni nel merito – 4. La sterilizzazione come requisito implicito ai fini della rettificazione di sesso. La condanna della Corte Edu nel caso *Y.Y. c. Turquie* – 5. L'irreversibilità della scelta e la possibilità del ripensamento – 6. Brevi cenni comparativi e considerazioni conclusive

### Abstract

L'art. 1 della legge 164/1982 è stato recentemente sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale che ha salvato la disposizione attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, ponendo fine a un contrasto giurisprudenziale riguardante l'obbligatorietà o meno dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione di sesso. Tale sentenza, tuttavia, porta alla luce le problematiche riguardanti il requisito della sterilità e dell'irreversibilità della scelta per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere.

*The article 1 of the Law 164/1982 was recently submitted to the Constitutional Court for examination, which in turn 'saved' the provision through an interpretative ruling of rejection. This put an end to a conflict in case-law on whether the surgical intervention was compulsory or not for the legal recognition of sex reassignment. Nevertheless, this ruling brings to light issues concerning the condition of sterility and irreversibility of the choice made in order for the sex reassignment to be legally recognized.*

### 1. Premessa

Il transessualismo è la condizione di una persona che, «secondo la dottrina medico-legale, [...] presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di "genere") sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio»<sup>1</sup>.

\* Dottore in giurisprudenza presso l'Università di Trieste.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

1 Corte costituzionale, sentenza del 24 maggio 1985 n. 161, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

Quindi, a differenza delle persone *cisgender*<sup>2</sup>, le quali si trovano a loro agio con il sesso loro attribuito al momento della nascita, la persona transessuale si sente vittima di un tragico errore della natura che ha operato una frattura tra il suo corpo e la sua *psiche*. La persona transessuale sente di essere intrappolata in un corpo che non le appartiene e avverte il bisogno di adeguarlo alla propria identità di genere<sup>3</sup>.

Questa non corrispondenza tra corpo e mente causa forti sofferenze nel soggetto rendendo la sua vita di fatto insopportabile e portandolo in alcuni casi anche al suicidio. È ormai dimostrato che, poiché la psicoterapia volta a conformare la mente al corpo non ottiene risultati positivi, tale discrasia può essere colmata soltanto adeguando il corpo alla mente: la persona transessuale intraprende un percorso di transizione da un sesso all'altro ponendo in essere comportamenti e assumendo l'aspetto del genere di elezione attraverso vari mezzi, tra cui trattamenti ormonali, estetici ed interventi chirurgici.

Il transessuale in molti casi, ma non sempre, vuole sottoporsi all'intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo, poiché questo viene visto «come una liberazione, in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia»<sup>4</sup>.

Nonostante il termine "transessualismo"<sup>5</sup> sia di recente acquisizione, la condizione cui esso fa riferimento è sempre esistita in tutte le epoche e in tutte le civiltà<sup>6</sup>: basti pensare che la prima testimonianza di operazione chirurgica di conversione del sesso viene fatta risalire a Nerone, il quale sposò il liberto Sporo soltanto dopo averlo sottoposto a tale intervento di cambio di sesso. Tuttavia, soltanto negli ultimi tempi la situazione delle persone transessuali ha assunto un rilievo sociale di non indifferente portata, non solo grazie all'attenzione mediatica che è stata loro riservata<sup>7</sup>, ma anche grazie all'attività e

2 Il termine *cisgender* è nato successivamente al termine *transgender* proprio per identificare coloro per i quali *soma* e *psiche* coincidono, così come l'eterosessualità è stata teorizzata successivamente in opposizione all'omosessualità.

Il *transgenderismo* è un termine ombrello che fa riferimento a tutte quelle persone che si identificano invece in modo transitorio o persistente con un genere diverso da quello attribuito loro al momento della nascita. Le persone *transgender* ritengono che l'identità femminile e maschile non esauriscano affatto le possibili identità, poiché l'identità di genere non corrisponde a questa semplificazione dualistica, ma è un *continuum* che dal maschile porta al femminile (transessuali, *transgender*, *cross-dresser*, *drag-queen*, ecc.).

3 Sembra opportuna una breve chiarificazione terminologica.

Innanzitutto con il termine "sesso" si intende il dato biologico e cromosomico in base al quale le persone vengono connotate come maschi o femmine al momento della nascita attraverso una mera valutazione delle caratteristiche sessuali esterne, mentre con il termine "genere" si fa riferimento alla percezione che una persona ha di sé in quanto uomo o donna.

Inoltre, in ambito scientifico, in particolare nelle scienze psicosociali, l'identità sessuale è la risultante di quattro componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo del genere e orientamento sessuale.

L'identità di genere è la consapevolezza profonda di sé come maschi o come femmine o come altro, indipendentemente dal sesso anatomico di nascita. Non può essere considerata come una dimensione statica, ma è un processo dinamico e viene classicamente definita come «il senso di sé stessi, l'unità e la persistenza della propria individualità maschile o femminile, l'esperienza di percezione sessuata di sé stessi e del proprio comportamento» (così J. Money, A.A. Ehrhardt, *Man & woman, boy & girl*, Baltimore, Maryland, John Hopkins University Press, 1972).

Il ruolo del genere è l'insieme di norme comportamentali che una società attribuisce a un sesso e che una persona, identificandosi con un determinato genere, adotta in ambito sociale.

L'orientamento sessuale si riferisce, invece, all'attrazione affettiva e/o sessuale di una persona verso un'altra appartenente al proprio sesso (omosessuale), o all'altro (eterosessuale) o ad entrambi i sessi (bisessuale).

Da notare come l'accezione di "identità sessuale" utilizzata in ambito psicosociale sia più ampia rispetto all'accezione utilizzata spesso dalla dottrina e giurisprudenza italiana, le quali, con tale termine, alludono impropriamente soltanto all'identità di genere, considerando pertanto tali espressioni come sinonime.

4 Corte Costituzionale, sentenza del 24 maggio 1985 n. 161, cit.

5 Solo nel 1949 con la definizione di "*psychopathia transexualis*" del medico David O. Cauldwell si ha la nascita del termine "transessualismo" (D.O. Cauldwell, *Psychopathia Transexualis*, in *Sexology*, 1949, 16, pp. 274 ss.). Il merito, però, di aver inquadrato il problema correttamente spetta a Harry Benjamin, il quale nel 1953 pubblica un articolo sulla rivista *International Journal of Sexology* utilizzando il termine "transessualismo" per indicare, classificare e distinguere una sindrome da tutte le altre parafilie, attribuendole così una propria identità gnoseologica. Infatti per Harry Benjamin il transessuale doveva essere distinto da tutte le altre deviazioni sessuali in cui non vi fosse nessun serio tentativo di acquisire comportamento o identità del sesso opposto, come il travestitismo e l'omosessualità (H. Benjamin, *Tranvestitism and transsexualism*, in *International Journal of Sexology*, 1953, 7, pp. 12 ss.).

6 Testimonianze sul fenomeno del transessualismo si hanno sia nella storia greca e romana, che nelle tradizioni dell'India Orientale, degli Indiani d'America e delle popolazioni asiatiche.

7 Nel 1953 George K. Sturup e Erling Dahl-Iversen pubblicano un articolo (C. Hamburger, G.K. Sturup, E. Dahl-Iversen, *Tranvestitism: hormonal, psychiatric, and surgical treatment*, in *The Journal of the American Medical Association*, 1953, 152(5), pp. 391-396) sulla conversione di sesso di George Jorgensen in Christine, avvenuta in Danimarca nel 1951. Non si tratta del primo intervento del genere, ma, grazie a questo articolo, l'evento ha grande risonanza e il transessualismo acquista la sua visibilità attuale.

al lavoro delle Associazioni<sup>8</sup> che hanno assunto un ruolo principale e combattuto in prima linea per far riconoscere a tali persone determinati diritti loro spettanti.

L'Italia con la legge 14 aprile 1982 n. 164 *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, è stata il terzo Paese europeo, dopo la Svezia e la Germania, a riconoscere giuridicamente la possibilità di cambiare sesso, prevedendo all'art. 1 la possibilità in capo al giudice, su richiesta dell'interessato, di procedere alla rettificazione di sesso qualora questo sia «diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

Un aspetto fondamentale, infatti, del percorso di transizione è l'accettazione di tale condizione da parte delle persone e in generale da parte della società: il soggetto transessuale dopo aver raggiunto un suo stabile equilibrio psicofisico, e quindi aver adattato il suo corpo in modo soddisfacente alla sua identità di genere, ambisce ad essere riconosciuto socialmente così come si sente di essere. Da un punto di vista giuridico, pertanto, il sesso registrato all'anagrafe al momento della nascita, così come tutti i documenti in cui il sesso viene in rilievo, devono essere modificati perché non più corrispondenti alla realtà. Senza un riconoscimento esterno da parte del diritto il complesso e difficile percorso di transizione verrebbe vanificato restando di fatto incompleto, costringendo tali persone a dover spiegare e giustificare ogni volta il motivo della non concordanza tra sesso anagrafico e genere nel quale si identificano e del quale ormai hanno assunto aspetto e comportamenti, subendo non solo la curiosità, ma soprattutto l'ostilità da parte dell'ambiente sociale in cui si relazionano e l'umiliazione che tale situazione comporta.

## 2. Dal 1982 ad oggi: l'evoluzione giurisprudenziale sulla legge 14 aprile 1982 n. 164

La legge 14 aprile 1982 n. 164 *Norme in materia di attribuzione di rettificazione di sesso*<sup>9</sup> ha riconosciuto giuridicamente il cambiamento di sesso prevedendo la possibilità in capo al giudice di concedere, su richiesta dell'interessato, la rettificazione di sesso qualora questo sia «diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1).

Pertanto la persona interessata, dopo aver modificato il proprio corpo e i suoi caratteri sessuali, può chiedere al giudice di rettificare il suo sesso anagrafico in modo tale da renderlo conforme al suo genere di elezione.

Con tale legge viene meno il principio dell'immutabilità del sesso, per accogliere una concezione di sesso mutevole che può evolversi e trasformarsi nel tempo.

La Corte Costituzionale, infatti, nella sentenza 161/1985 sottolinea come la legge in questione abbia accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da una serie di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti».

Nel quadro politico e socioculturale dell'epoca tale legge realizza una vera e propria “rivoluzione copernicana”<sup>10</sup>, tuttavia, la sua portata può venire ridimensionata nel momento in cui si osserva come in realtà venga riconfermato il dualismo di genere, ossia la necessaria alternatività tra genere maschile

8 Ad esempio: il MIT (fino al 1999 Movimento Identità Transessuale, oggi Movimento Italiano Transessuale) è la prima associazione ONLUS italiana che ha come scopo quello di difendere e sostenere i diritti della persone transessuali, travestite e transgender ([www.mit-italia.it](http://www.mit-italia.it)); l'ONIG (Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere), in collegamento con la HBIAGDA (*Harry Benjamin International Dysphoria Association*), per statuto si «propone di favorire il confronto e la collaborazione di tutte le realtà interessate ai temi del transgenderismo e del transessualismo al fine di approfondire la conoscenza di questa realtà a livello scientifico e sociale e promuovere aperture culturali verso la libertà di espressione delle persone transessuali e transgender in tutti i loro aspetti» ([www.onig.it](http://www.onig.it)); Rete Lenford –Avvocatura per i diritti LGBTI è un'associazione di giuristi che ha come scopo quello di diffondere e sviluppare la cultura e il rispetto dei diritti delle persone LGBTI (Lesbiche, Gay, Bisessuali, Transgender, Intersessuali) ([www.retelenford.it](http://www.retelenford.it)).

9 Modificata nel 2011 dal decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150 *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*.

10 Termine utilizzato da P. Veronesi nel commentare la legge 14 aprile 1982 n. 164, in *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 57.

e femminile che è alla base del nostro sistema giuridico: o si è maschi o si è femmine, *tertium non datur*. Con questa disciplina normativa, infatti, non si fa che ribadire questo concetto, poiché ciò che viene riconosciuto giuridicamente è la possibilità di “transitare” da un sesso all’altro se sussistono determinati requisiti, mentre non viene contemplata la possibilità di riconoscere l’esistenza di un terzo genere (neutro) o di riconoscere un diritto all’indeterminatezza di genere<sup>11</sup>.

Detto ciò, fin dall’entrata in vigore di tale legge, gli interpreti<sup>12</sup> hanno sollevato perplessità in relazione ai termini e all’espressioni utilizzate in essa in quanto non consentono di individuare in modo univoco le ipotesi e i presupposti in cui può essere chiesta la rettificazione di sesso, lasciando pertanto un’ampia discrezionalità in capo al giudice nella determinazione di tali requisiti.

Innanzitutto deve essere tenuto conto del fatto che ad oggi le attuali conoscenze scientifiche nonché le tecniche e gli strumenti utilizzati per modificare il proprio corpo verso il sesso opposto non consentono di ottenere un cambiamento dei caratteri sessuali tale da far sì che questi corrispondano totalmente al nuovo sesso; la persona transessuale attraverso il percorso di transizione che può culminare con l’intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso (RCS) potrà ottenere solamente un avvicinamento al genere di elezione.

È stata la stessa giurisprudenza ad evidenziare come l’intervento chirurgico non sia completamente idoneo ad imitare perfettamente la natura<sup>13</sup>, soprattutto per le donne che transitano verso il sesso maschile<sup>14</sup>. Infatti, la legge in questione, all’art 3 (oggi abrogato ma il cui contenuto è stato trasposto nell’art. 31, IV comma, del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150) parla di “adeguamento” (e non di piena coincidenza) dei caratteri sessuali attraverso trattamento medico-chirurgico, tenendo pertanto conto di tutti i limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile.

- 11 In altri ordinamenti, invece, è stato riconosciuto, a fianco al genere maschile e a quello femminile, un terzo genere: il genere neutro.

La Germania, nel 2013, è stato il primo paese europeo a riconoscere il genere “indeterminato”. I genitori, al momento della nascita del figlio, possono decidere di registrarlo all’anagrafe senza specificare il sesso, in caso di caratteri genitali non completamente definiti. Sui documenti, oltre alla tradizionale M di maschile e F di femminile, vi sarà la X, per il genere “indeterminato”. Il figlio, se vorrà, potrà poi decidere di farsi classificare ufficialmente come maschio o femmina in qualsiasi momento.

Nel 2015 lo Stato maltese ha approvato una legge per la tutela dell’identità di genere nella quale prevede anche la possibilità di non assegnare un genere al momento della nascita in caso di dubbio, lasciando una casella bianca, il quale dovrà essere tuttavia dichiarato dai genitori o dal tutore entro il 14esimo anno. Oltre al genere maschile e a quello femminile, viene prevista l’esistenza di un terzo genere, come il “genere indeterminato” o “genere X”.

Tra i Paesi extraeuropei che hanno legiferato sul “terzo genere” vi è l’Australia (grazie alla lotta combattuta e vinta da Norrie May Welby, che, non sentendosi né uomo né donna, voleva essere classificato e registrato come “genere non specificato”), il Bangladesh, l’India, il Nepal e la Nuova Zelanda.

In India, Bangladesh e Pakistan sono comunemente accettati gli *Hijra*, (che, in Urdu, significa “eunuchi”), cioè degli individui nati maschi che poi con il tempo hanno assunto un ruolo sociale femminile. Essi vengono considerati dei *partner* sessuali accettabili per gli uomini, purché questi ultimi mantengano un atteggiamento attivo nei loro confronti. In Thailandia e Cambogia, invece, vi sono i cosiddetti *Kathoey*s, uomini in transito verso il genere femminile, e i *Toms*, donne in transito verso il genere maschile.

In Svezia, nel 2015, è stato inserito nel dizionario ufficiale e quindi nel linguaggio comune il pronome “*hen*”, per il genere neutro. Questo si aggiunge a quello maschile (“*han*”) e a quello femminile (“*hon*”). Verrà utilizzato per una persona il cui genere è sconosciuto, per una persona *transgender* o per i casi in cui la specificazione del genere non sia necessaria.

- 12 M. Mantovani, *Legge 14 aprile 1982, n. 164. Norme in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1985, II, pp. 2 ss.; S. Patti, M.R. Will, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: prime considerazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, II, pp. 729 ss.
- 13 Tribunale di Trieste, sentenza del 21 dicembre 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, II, pp. 666 ss., il quale, all’esame della domanda di rettificazione presentata da un soggetto trasformatosi da uomo a donna, ha stabilito che «non è determinante il fatto che i genitali femminili non sono idonei alla procreazione per l’assenza di ovaie. La mancanza di queste ultime per asportazione in una donna non le fa cambiare per ciò stesso il sesso».
- Sul fatto che la rettificazione di sesso non possa pretendere una perfetta modifica di tutti i caratteri sessuali, pena la possibile applicazione della legge 14 aprile 1982 n. 164 ai soli casi di ermafroditismo vedi Corte d’Appello di Bologna, sentenza 14 aprile 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, I, pp. 114 ss.
- 14 Tribunale di Monza, sentenza del 5 dicembre 1983, in *Diritto famiglia e persone*, 1984, pp. 169 ss., per il quale «ai fini dell’accoglimento della domanda di rettificazione del sesso, è condizione imprescindibile la necessità di rimediare all’originaria dissociazione tra la struttura biologica e la sua identità personale, intesa come consapevolezza di appartenere a un sesso diverso da quello anatomico, mediante un idoneo trattamento medico-chirurgico, anche se non si richiede necessariamente che, a seguito di tale trattamento, vengano eliminati eventuali difetti di carattere funzionale riscontrabili *ex post* nel concreto esercizio dell’attività sessuale». In questo senso vedi anche Tribunale di Benevento, sentenza del 16 gennaio 1986, in *Diritto famiglia e persone*, 1986, pp. 614 ss.; Tribunale di Taranto, sentenza del 26 giugno 2013 in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

Posto che non è possibile che la persona acquisisca tutte le caratteristiche e funzionalità tipiche del suo genere di elezione, fino a che punto dovrà cambiare il proprio corpo e quali caratteri sessuali in particolare dovrà modificare affinché il giudice le conceda la rettificazione?

Per rispondere a tale quesito gli interpreti si sono chiesti innanzitutto cosa si intendesse effettivamente con l'espressione "intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali" dell'art. 1 della legge: se si riferisse soltanto all'aspetto fisico corporeo del soggetto oppure a tutti i caratteri dell'identità sessuale (e quindi anche a quelli psichici e comportamentali)<sup>15</sup>; o ancora, se facesse riferimento ai caratteri sessuali sia primari<sup>16</sup> che secondari<sup>17</sup>, o solamente a uno di essi.

Inoltre si sono domandati quando risulti necessario il trattamento medico-chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali ex art. 31 IV comma, decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150.

Fino a qualche mese fa la prassi giurisprudenziale, nella maggior parte dei casi, attraverso un'interpretazione storico sistematica della disciplina e dando particolare peso all'*intentio legis*, concedeva la rettificazione di sesso soltanto dopo aver accertato che la persona interessata si fosse sottoposta a un intervento chirurgico di modifica degli organi genitali (ossia dei suoi caratteri sessuali primari)<sup>18</sup>.

La locuzione "quando risulta necessario" dell'art. 31, IV comma, del decreto di modifica veniva intesa nel senso che l'intervento chirurgico non era da considerarsi obbligatorio soltanto in quei casi in cui la modifica dei caratteri sessuali primari fosse già avvenuta, in particolare quando l'intervento era già stato conseguito all'estero o per ragioni congenite. Tale interpretazione rendeva di fatto tale locuzione pleonastica.

A seguito di due recenti pronunce da parte della Corte di Cassazione<sup>19</sup> e della Corte Costituzionale<sup>20</sup>, oggi, tale visione è stata abbandonata, considerando l'intenzione del legislatore un criterio non più idoneo a fini interpretativi dato che in questi ultimi 30 anni la realtà è radicalmente cambiata.

Infatti, se quando è entrata in vigore la legge in questione venivano considerate persone transessuali soltanto coloro che intraprendevano un percorso di transizione dal sesso maschile a quello femminile sottoponendosi all'intervento chirurgico di conversione, il quale veniva vissuto come una liberazione<sup>21</sup>, oggi tale visione non può più essere unanimemente accolta.

Gli studi scientifici, in particolare in ambito medico, dalla metà del secolo scorso ad oggi hanno portato a una notevole evoluzione sia delle conoscenze<sup>22</sup> che delle tecniche e degli strumenti utilizzati per porre rimedio a questa divergenza tra corpo e mente: infatti, non solo oggi è pacifico che vi siano

15 Vedi A. Mezzanotte, *Profili comparatistici fra ordinamento italiano e tedesco sulla condizione giuridica dei transessuali dopo il mutamento di sesso*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, p. 809. L'Autrice sostiene che, in mancanza di un esplicito divieto di legge «l'espressione "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali" permette, se interpretata estensivamente, di ricomprendere al suo interno anche la sola variazione delle condizioni psichiche».

16 I caratteri sessuali primari sono gli organi genitali e riproduttivi già presenti alla nascita, quali: pene, vagina, gonadi e ovaie; gli stessi che differenziano le femmine dai maschi e la loro formazione dipende esclusivamente da fattori biologici / cromosomici.

17 I caratteri sessuali secondari sono tutte quelle caratteristiche fisiche che si sviluppano nel periodo puberale con l'aumento della secrezione degli ormoni sessuali. Sono caratteristiche che differenziano ulteriormente i maschi dalle femmine; trattasi di: barba, peluria, massa muscolare, ispessimento delle corde vocali, allargamento della laringe, redistribuzione dell'adipe verso una forma più ginoide o più androide, aumento mammario, allargamento del bacino, ecc.

18 Tribunale di Roma, sentenza del 18 luglio 2014, in [www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com](http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com); Tribunale di Vercelli, sentenza del 27 novembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Tribunale di Potenza, sentenza del 20 febbraio 2015, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Corte d'Appello di Bologna, sentenza del 22 febbraio 2013, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

19 Corte di Cassazione, sentenza del 20 luglio 2015 n. 15138, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

20 Corte Costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015 n. 221, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

21 Infatti la relazione accompagnatoria della proposta di legge che poi sarebbe diventata la legge 14 aprile 1982 n. 164 definiva transessuali coloro che «sono giunti alla modifica dei loro caratteri genitali esterni da maschili in femminili, ottenendo una certa quale identificazione sessuale con le donne» ponendo così «termine al loro dramma esistenziale ed alla loro dissociazione psichica, fonte di innumerevoli e gravi conseguenze, sia nel campo psichico che nell'ambito della vita di relazione». A.C. 1442, VIII Legislatura, in <http://legislature.camera.it>.

22 Significativa nel mostrare i risultati conseguiti dagli studi scientifici è l'evoluzione terminologica avvenuta nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*) e nell'ICD (*International Statistical of Diseases and Related Health problems*). Nel 1994 nel DSM scompare definitivamente il termine "Transessualismo", sostituito dal termine "Disturbo dell'identità di genere", concentrando pertanto l'attenzione sulla persona e non più sul percorso di transizione. Nel 2013, inoltre, il "Disturbo dell'identità di genere" viene rinominato "Disforia di genere" nel DSM-V al fine di alleggerire il carico di malattia psichiatrica. Tale nuovo termine pone l'attenzione non tanto sull'incongruenza esistente tra sesso biologico e identità di genere, quanto sulla sofferenza percepita dal soggetto, ossia sulla condizione emotiva che accompagna tale divergenza. Nel 2017, anche nell'ICD non si utilizzerà più il termine "Disturbo dell'identità di genere" ma "Incongruenza di genere" (ICD-11) in quanto questo

persone transessuali biologicamente di sesso maschile e altre biologicamente di sesso femminile, ma, grazie all'ausilio delle terapie ormonali e della chirurgia estetica, il raggiungimento del benessere psico-fisico spesso prescinde dalla modificazione dei caratteri sessuali primari.

Questo è dimostrato dal fatto che, se in un primo momento le richieste di rettificazione di sesso riguardavano soltanto persone transessuali operate, con il passare degli anni invece sono aumentate sempre più le richieste di rettificazione da parte di persone transessuali non operate, cioè da parte di coloro che non sentono il bisogno di sottoporsi a interventi chirurgici di modifica dei caratteri sessuali primari.

Pertanto, se con la percezione che si aveva nel contesto originario l'intervento chirurgico non poteva che essere considerato come necessario ai fini della rettifica di sesso, oggi, a fronte dell'evolversi delle conoscenze mediche e della società, tale visione non può più essere accolta in quanto di fatto obbligherebbe le persone transessuali ad affrontare trattamenti chirurgici estremamente invasivi della loro integrità fisica al fine di essere riconosciute giuridicamente con il loro genere di elezione (costringimento al bisturi<sup>23</sup>).

Inoltre, l'indeterminatezza dell'espressione "intervenute modificazioni dei caratteri sessuali" ha comportato differenti posizioni all'interno di tale giurisprudenza per quanto riguarda il tipo e l'incisività dell'intervento chirurgico considerato necessario ai fini della rettificazione di sesso. Alcuni giudici hanno, pertanto, considerato necessario il trattamento medico-chirurgico che intervenisse sia sui caratteri esterni che su quelli interni<sup>24</sup>, mentre altri hanno ritenuto sufficiente per la rettifica di sesso la demolizione dei soli caratteri esterni<sup>25</sup>. In alcune sentenze, inoltre, si afferma che per ottenere la rettifica di sesso basta sottoporsi all'intervento demolitorio di tutti o almeno alcuni caratteri sessuali preesistenti<sup>26</sup>, mentre in altre si reputa necessario anche l'intervento ricostruttivo dei caratteri sessuali del nuovo sesso<sup>27</sup>, non considerando comunque necessaria la completa funzionalità degli stessi che, come già sottolineato, non è possibile. In altre sentenze ancora si ha assunto una posizione intermedia reputando necessario sia il venir meno dei caratteri anatomici principali del sesso originario, che l'acquisizione di una «sufficiente specificazione anatomica dell'altro sesso»<sup>28</sup>.

Il "minimo comune denominatore" di tali posizioni era il requisito dell'incapacità definitiva a procreare del soggetto interessato e, anzi, alcuni giudici, hanno espressamente affermato l'irrelevanza del tipo di intervento chirurgico al quale l'interessato si sottoponeva, purché tale trattamento causasse l'impossibilità definitiva a procreare<sup>29</sup>.

A questo orientamento è stato obiettato il fatto di aver bilanciato interessi che si trovano su piani diversi: da un lato, un presunto interesse collettivo, privo di copertura costituzionale, alla corrispondenza tra corpo e sesso anagrafico e, dall'altro, il diritto all'identità di genere<sup>30</sup> e il diritto alla salute, entrambi costituzionalmente riconosciuti e tutelati<sup>31</sup>.

---

viene considerato meglio descrittivo della situazione, togliendo l'attenzione al disagio e alla sofferenza psicologica, al fine di normalizzazione tale condizione e considerarla non più come un disturbo, ma come una variante di genere.

- 23 Termine utilizzato in vari articoli sul transessualismo da S. Patti, come ad esempio in: *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi»: tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, p. 39; in *Voce "Transessualismo"*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XIX, Torino, Utet, 1999, p. 424.
- 24 Tribunale di Bologna, sentenza del 5 agosto 2005, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), secondo il quale è necessario ai fini della rettifica di sesso nel caso di transizione da donna a uomo (FtM), oltre alla demolizione dei caratteri sessuali esterni, anche l'asportazione dell'utero, delle ovaie e delle ghiandole.
- 25 Tribunale di Milano, sentenza del 2 novembre 1983, in *Foro italiano*, 1984, I, pp. 582 ss.
- 26 Tribunale di Pavia, sentenza del 2 febbraio 2006, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Tribunale di Benevento, sentenza del 16 gennaio 1986, cit., pp. 614 ss.
- 27 Tribunale di Cagliari, sentenza del 25 ottobre 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, II, pp. 596 ss.; Tribunale di Vercelli, sentenza del 27 novembre 2014, cit.
- 28 Tribunale di Roma, sentenza del 3 dicembre 1982, in *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 996 ss.; Tribunale di Bologna, sentenza del 5 agosto 2005, cit.
- 29 Tribunale di Pavia, sentenza del 2 febbraio 2006, cit.
- 30 Il diritto all'identità sessuale (di genere) è stato riconosciuto come diritto costituzionalmente garantito all'interno del nostro ordinamento dalla Corte Costituzionale nella sentenza 161/1985 attraverso una lettura congiunta dell'art. 2 Cost. (che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo) e dell'art. 32 Cost. (diritto alla salute).
- 31 Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

Negli ultimi anni, in opposizione a questo indirizzo, si è sempre più fatto forza un orientamento giurisprudenziale minoritario che considerava meramente eventuale ai fini della rettificazione di sesso l'intervento chirurgico demolitivo-ricostruttivo dei caratteri sessuali primari<sup>32</sup>.

Tali giudici ritenevano che la lettera della legge, "fumosa e generica", consentisse un'interpretazione del dettato normativo diversa da quella maggioritaria. Sostenevano che la legge 14 aprile 1982 n. 164 non prevedesse espressamente l'obbligo dell'intervento chirurgico, perché l'art. 1 parlando di "interventive modificazione dei suoi caratteri sessuali" non sanciva necessariamente la modifica dei caratteri sessuali sia secondari che primari, potendo invece ritenersi sufficiente solo quella dei secondari. Inoltre, la necessità del trattamento medico-chirurgico dell'art. 31, IV comma, del decreto legislativo di modifica veniva valutata in relazione alle esigenze dell'interessato<sup>33</sup>, per cui tale trattamento non veniva ritenuto necessario qualora fosse lesivo della salute della persona<sup>34</sup> o, in ogni caso, non fosse ritenuto necessario per il raggiungimento del benessere psicofisico.

Attraverso un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata che poneva al centro della tutela gli interessi della persona e le sue esigenze, tale indirizzo giurisprudenziale minoritario riteneva pertanto che "le intervenute modificazioni dei caratteri sessuali" necessarie per la rettificazione di sesso fossero sussistenti quando veniva realizzato un adeguamento dell'aspetto fisico volta a raggiungere «un sufficiente equilibrio psicofisico ed una soddisfacente accettazione della propria condizione»<sup>35</sup>.

Tale orientamento è stato avallato dalla sentenza 15138/2015 della Cassazione, che facendo un bilanciamento degli interessi contrapposti, sostiene che «l'interesse pubblico alla definizione dei generi [...] non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche».

La Cassazione, nella sua pronuncia, tiene in considerazione come l'evoluzione delle conoscenze scientifiche abbia determinato un mutamento di carattere culturale, tale da comportare «l'emersione ed il riconoscimento dei diritti delle persone transessuali, alle quali è possibile, diversamente che in passato, poter scegliere il percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere».

Di conseguenza, dato che oggi il percorso di transizione da un sesso all'altro è estremamente soggettivo e certamente non standardizzabile, il suo momento finale non può essere imposto *ex lege*, ma deve essere scelto dall'interessato poiché «non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali».

Secondo la Corte di Cassazione ciò che deve essere accertato dai giudici ai fini della rettificazione di sesso non è più la modifica dei caratteri sessuali primari attraverso l'intervento chirurgico, quanto piuttosto il convincimento della persona di appartenere ad un genere diverso da quello accertato al momento della nascita, «purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale».

32 Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, in *Diritto famiglia e persone*, 1998, pp. 1033 ss.; Tribunale di Roma, sentenza dell'11 marzo 2011, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Tribunale di Rovereto, sentenza del 2 maggio 2013, *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014, cit.; Tribunale di Genova, sentenza del 5 marzo 2015, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Tribunale di Siena, sentenza del 12 maggio 2013, in [www.intersexioni.it](http://www.intersexioni.it).

33 In questo senso, già nel 1986, si è espresso il Tribunale di Benevento, il quale, nonostante il caso di specie riguardasse un'autorizzazione alla rettificazione di sesso a seguito di intervento chirurgico, ha affermato comunque che l'«espressione «quando risulta necessario» va intesa nel senso di «quando va ritenuto opportuno» il che avviene innanzitutto quando l'intervento è possibile [...] e poi quando esso, pur nei limiti dei risultati conseguibili sul piano funzionale alla luce delle attuali conoscenze scientifiche, è comunque espressamente richiesto dall'interessato, perché lo aiuta a consolidare l'orientamento psicologico già esistente e a sentirsi più integrato nella nuova identità»: Tribunale di Benevento, sentenza del 16 gennaio 1986, cit., pp. 614 ss.

34 Tribunale di Roma, sentenza del 18 ottobre 1997, cit., pp. 1033 ss.

35 Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014, cit.

### 3. La sentenza 221/2015 della Corte Costituzionale: tra aspetti formali e considerazioni nel merito

La Corte Costituzionale, con la sentenza 221/2015, si pronuncia per la quarta volta<sup>36</sup> in materia di transessualismo, dopo esser stata adita dal Tribunale di Trento con l'ordinanza 20 agosto 2014 n. 228.

Il Tribunale di Trento (a differenza della sentenza della Corte di Cassazione sopra citata), conformandosi all'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria, ritiene che «dal tenore letterale della norma, emerge inequivocabilmente che la rettificazione può aver luogo solo previa modificazione dei caratteri sessuali primari».

Considerato ciò, il Tribunale reputa quest'unica possibile interpretazione in contrasto con la Costituzione e solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, I comma, della legge 14 aprile 1982 n. 164, affermando che l'inciso "a seguito di intervenute modificazione dei suoi caratteri sessuali" non rispetta gli artt. 2, 3, 32, e 117, I comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu.

L'emanazione da parte della Corte di una sentenza di accoglimento (parziale), con la quale dichiarare illegittima la disposizione nella parte in cui subordina la rettificazione di sesso alle intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali, avrebbe sicuramente posto in rapporto gerarchico le esigenze e le prerogative della persona, in particolare il diritto a non subire un intervento invasivo della propria integrità fisica, rispetto ad elementi di carattere generale, come ad esempio la certezza del diritto attraverso la corrispondenza tra sesso anagrafico e sesso anatomico<sup>37</sup>, dando pertanto centralità all'individuo e alla sua salute, così come dovrebbe essere, dato il principio personalista sul quale è improntata la nostra Costituzione<sup>38</sup>. Tuttavia avrebbe comportato un vuoto normativo colmabile soltanto dal legislatore, il quale, anche nel caso in cui non fosse rimasto inerte, non avrebbe potuto porvi rimedio immediato dati i lunghi tempi d'attesa derivanti dall'attività dibattimentale in Parlamento.

Per evitare tale vuoto normativo, la Corte, però, avrebbe potuto emanare una sentenza additiva, con la quale dichiarare incostituzionale la disposizione nella parte in cui non precisa l'irrelevanza del carattere primario o secondario dei caratteri sessuali oggetto delle intervenute modificazioni.

La conseguenza pratica che in ogni caso ne sarebbe derivata, ossia rendere non più idoneo l'esame esteriore della persona come criterio per determinarne il suo sesso, anche se istintivamente può sembrare dirimente, oggi, come gli stessi giudici trentini affermano, «non può ragionevolmente suscitare alcuna perplessità, perché in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale»<sup>39</sup>.

La Corte Costituzionale, invece, preferisce adottare una soluzione più blanda, pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto<sup>40</sup>, salvando la disposizione in questione dalla dichiarazione di incostituzionalità purché questa venga interpretata in modo conforme a Costituzione nel senso di consentire la rettificazione di sesso anche nei casi in cui l'intervento di modifica dei caratteri sessuali primari non sia avvenuto poiché lesivo della salute della persona o in ogni caso non ritenuto necessario per il raggiungimento di uno stabile equilibrio psicofisico.

Può suscitare qualche perplessità il fatto che la Corte abbia pronunciato questo tipo di sentenza adottando un'interpretazione conforme a Costituzione, quando è ormai consolidato il fatto che uno

36 Corte Costituzionale, sentenza del 1° agosto 1979 n. 98; Corte Costituzionale, sentenza del 24 maggio 1985 n. 161; Corte Costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

37 Nel caso contrario in cui, invece, la Consulta avesse voluto porre l'accento sulla necessaria iscrizione all'uno o all'altro sesso e quindi sul dimorfismo sessuale rimarcando la necessità di una corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico avrebbe dovuto pronunciare una sentenza di rigetto. Tale via non era auspicabile perché avrebbe comportato una subordinazione delle prerogative individuali della persona che si rifiuta di sottoporsi all'intervento rispetto ai criteri astratti e generali del binarismo sessuale e della certezza del diritto.

38 Per un approfondimento del principio personalista e della centralità della persona in Costituzione vedi: A. Baldassarre, *Voce "Diritti inviolabili"*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 ss.; A. Barbera, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, pp. 117 ss.

39 Tribunale di Trento, ordinanza del 20 agosto 2014 n. 228, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

40 Vedi L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, in *Scritti su giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, pp. 307 ss., il quale rileva come vi sia una continuità tra la sentenza additiva e quella interpretativa di rigetto.

dei requisiti di ammissibilità della questione sia proprio l'esperimento del tentativo di interpretazione adeguatrice da parte del giudice *a quo*<sup>41</sup>.

Quindi, la Corte avrebbe ben potuto dichiarare la questione inammissibile<sup>42</sup> per difetto di interpretazione conforme a Costituzione<sup>43</sup>.

Invece, il Giudice delle Leggi ritiene la questione ammissibile, affermando che «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità».

Tale motivazione, però, non sembra essere in linea con la rigidità usualmente utilizzata dalla Consulta nell'accertare la dimostrazione da parte del giudice *a quo* di aver sperimentato l'interpretazione conforme a Costituzione ai fini dell'ammissibilità<sup>44</sup>. Infatti, oggi la Corte è solita dichiarare (manifestamente) inammissibile la questione nel caso in cui l'interpretazione conforme sia evidente grazie alle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza comune o da quella costituzionale, oppure perché il "diritto vivente" denunciato non può ritenersi all'evidenza tale in quanto sussistono differenti linee interpretative all'interno della giurisprudenza<sup>45</sup>. Inoltre, come sottolineato dalla dottrina<sup>46</sup>, le sentenze interpretative di rigetto vengono ormai utilizzate in ipotesi residuali, di solito in due occasioni: quando è necessario superare un "diritto vivente" o sostenere ipotesi interpretative alternative ad esso<sup>47</sup>, oppure adottare interpretazioni conformi a Costituzione molto creative che si distanziano dalla lettera della legge se non essere anche quasi incompatibili con essa.

In questo caso, come affermato dall'Avvocatura Generale dello Stato che ha eccepito l'inammissibilità della questione, non solo vi è già una giurisprudenza di merito, seppur minoritaria, che offre un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, ma tale interpretazione è stata fatta propria, anche se in un momento successivo al rinvio alla Corte della questione, dal Giudice di legittimità con la sentenza 15138/2015. Peraltro è la Consulta stessa, che pronunciandosi nel merito, a sostegno della sua interpretazione, richiama tale sentenza della Cassazione.

Forse il motivo per cui la Corte ha preferito pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto sta nel fatto che, nonostante questa produca effetti *inter partes* (come una sentenza di rigetto), l'effetto persuasivo fondato sulle argomentazioni svolte a sostegno dell'interpretazione adeguatrice da essa sugge-

41 Corte Costituzionale, sentenza del 22 ottobre 1996, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), secondo la quale «le leggi non si dichiarano illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». La Corte da diversi anni a questa parte è solita dichiarare l'inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice tanto che parte della dottrina considera a buon diritto tale tentativo alla stregua di un requisito di proponibilità della questione di legittimità costituzionale: in questo senso E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 107.

A. Bonomi, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in *Osservatorio AIC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), ottobre 2013.

42 La Corte avrebbe potuto anche dichiarare la questione inammissibile affermando che la scelta se subordinare o meno la rettificazione anagrafica a determinati requisiti rientrava nella discrezionalità del legislatore. Tale ipotesi, tuttavia, non sembra da condividere poiché in questo caso si sarebbe stabilito che la disposizione sarebbe dovuta essere interpretata sempre secondo il tenore letterale e pertanto in assenza di un intervento legislativo non sarebbe stato possibile concedere la rettificazione di sesso in assenza di intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari.

43 Vedi in questo senso: A. Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in questa *Rivista*, 2015, n. 1, p. 184 ss. Per una panoramica sulle possibili soluzioni che la Corte Costituzionale avrebbe potuto adottare vedi anche: A. Nocco, *La rettificazione di attribuzione di sesso solo previo intervento chirurgico? La parola alla Consulta*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

44 Corte Costituzionale, sentenza del 17 giugno 2010 n. 217; Corte Costituzionale, ordinanza del 13 luglio 2011 n. 121; Corte Costituzionale, sentenza del 19 marzo 2012 n. 58; Corte Costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2013 n. 10; Corte Costituzionale, sentenza del 18 luglio 2014 n. 220, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

45 In questo senso vedi ad esempio: Corte Costituzionale, ordinanza del 7 luglio 2006 n. 280; Corte costituzionale, sentenza del 6 ottobre 2006, n. 324; Corte costituzionale, ordinanza del 9 marzo 2007, n. 68; Corte Costituzionale, ordinanza del 16 marzo 2007, n. 85, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Si veda anche: E. Lamarque, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); R. Romboli, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, 2007, in *AIC*, <http://archivio.rivistaaic.it>.

46 Vedi E. Lamarque, op. cit.; R. Romboli, op. cit.

47 Corte Costituzionale, sentenza del 25 maggio 2004, n. 148; Corte Costituzionale, ordinanza del 25 maggio 2004, n. 153, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

rita è maggiore rispetto a una dichiarazione di inammissibilità, in quanto viene di fatto considerata dai giudici con un'autorità di precedente più rilevante<sup>48</sup>.

Per quanto concerne ora il merito, la Corte, nel valutare la questione, innanzitutto, ricorda la sua precedente sentenza 161/1985 nella quale afferma che la legge 14 aprile 1982 n. 164 accoglie un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato» e che tale legge «si colloca, dunque nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

Secondo la Consulta, una volta posta sotto la luce dei diritti della persona, dando prevalenza alla tutela della salute dell'individuo rispetto alla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, la legislazione in questione non pare imporre affatto l'obbligatorietà del trattamento medico-chirurgico ai fini della rettificazione di sesso, ma indica in tale trattamento «solo uno delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali», in quanto la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare il proprio percorso di transizione spetta al singolo, con l'assistenza del medico e degli altri specialisti. Tale trattamento medico-chirurgico deve essere considerato solo «come un possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico»<sup>49</sup>.

Anche per la Corte Costituzionale, così come per la Cassazione, ciò che rimane ineludibile, è «un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo».

Attraverso questo percorso ermeneutico, la Corte Costituzionale riconosce, quindi, all'art. 1 della legge 14 aprile 1982 n. 164 «il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 Cedu) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute».

Il Giudice delle Leggi, con tale sentenza, rinforza l'indirizzo giurisprudenziale minoritario seguito anche dalla Corte di Cassazione e, sancendo la mera eventualità dell'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari, pone definitivamente la parola fine al forte contrasto giurisprudenziale verificatosi in questi ultimi anni.

## La sterilizzazione come requisito implicito ai fine della rettificazione di sesso. La condanna della Corte Edu nel caso *Y.Y. c. Turquie*

La Corte Costituzionale, attraverso questa interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata, ha sicuramente compiuto un passo avanti verso l'adeguamento della disciplina in questione alla dinamicità della realtà, tuttavia le problematiche giuridiche riguardanti il riconoscimento di cambiamento di sesso non possono considerarsi totalmente risolte. La soluzione a cui si è giunti comporta infatti l'emergere di nuovi interrogativi fino ad oggi oscurati dalla preminente e assorbente questione dell'obbligatorietà dell'intervento chirurgico.

Infatti i motivi sostanziali che portavano la giurisprudenza fino a qualche mese fa dominante a considerare obbligatorio il trattamento medico-chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari erano: A) quello di eliminare definitivamente la capacità riproduttiva della persona interessata; B) quello di rendere effettivamente irreversibile la sua nuova identità sessuale.

L'identità sessuale veniva, infatti, considerata «necessariamente collegata imprescindibilmente all'astratta capacità riproduttiva di generare» e, quindi, «soltanto per effetto della avvenuta modificazione della struttura anatomica del soggetto con l'eliminazione quanto meno degli organi riproduttivi» che poteva ritenersi verificata la condizione per la richiesta di rettificazione<sup>50</sup>.

48 Per una lettura che ritiene come non vi siano decise differenze dogmatiche tra una pronuncia di infondatezza interpretativa e una di inammissibilità per mancata interpretazione conforme vedi: F. Modugno, *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 2405 ss. L'autore, anzi, afferma che «si può rilevare che la decisione di inammissibilità sia – a rigore – più esatta (e più significativa) della interpretativa di rigetto, poiché mentre quest'ultima segnala e individua l'interpretazione, secondo cui la norma non può (o non deve) ritenersi incostituzionale, la prima, nel dichiarare inammissibile la questione, avverte che la Corte costituzionale non andava affatto interpellata».

49 Corte Costituzionale, sentenza del 5 novembre 2015 n. 221, cit.

50 Tribunale di Roma, sentenza del 28 luglio 2014, cit.

Già si è sottolineato come vi fossero posizioni differenti in ordine al tipo e al grado di incisività dell'intervento chirurgico necessario ai fini della rettifica di sesso, ma che, in ogni caso, l'elemento comune fosse l'accertamento almeno dell'avvenuto intervento di sterilizzazione<sup>51</sup>.

In questo senso si sono espressi soprattutto quei giudici che hanno valutato il percorso di transizione da donna a uomo (FtM), ritenendo sufficiente ai fini della rettificazione la totale asportazione degli organi necessari per la riproduzione (isterectomia) e considerato non necessaria la totale coincidenza dei caratteri sessuali con quelli tipici dell'altro sesso attraverso la costruzione del neopene<sup>52</sup>.

Per quanto concerne, invece, i casi di transizione da uomo a donna (MtF), alcuni giudici hanno considerato sufficiente la totale asportazione di entrambi i testicoli (orchietomia), cioè di quegli organi che permettono di generare come uomo, e invece non necessaria anche l'asportazione del pene<sup>53</sup>.

Ora, con il venir meno dell'obbligatorietà dell'intervento chirurgico che comportava inevitabilmente la sterilità dell'individuo, la persona transessuale astrattamente potrebbe mantenere la capacità procreativa tipica del suo sesso biologico.

Tale soluzione in realtà non è concretamente così automatica, ma richiede una valutazione più approfondita.

Innanzitutto, nel nostro ordinamento è presente in modo rilevante la concezione consistente nella sovrapposizione tra sessualità e procreazione, ritenendo pertanto necessaria una coincidenza fra assegnazione sessuale e capacità a procreare. La nostra società è ancora oggi improntata sull'idea che la funzione generativa appartenga alla donna e che questa debba essere sviluppata in un rapporto di tipo eterosessuale.

Tale impostazione influenza inevitabilmente le decisioni dei giudici (e anche una parte della dottrina<sup>54</sup>) che, interpretando la legge 14 aprile 1982 n. 164, nonostante questa non ne faccia espresso riferimento, ritengono implicitamente necessario ai fini della rettificazione di sesso la definitiva incapacità a procreare della persona interessata.

Inoltre, il venir meno dell'intervento chirurgico (in particolare si fa riferimento all'intervento di sterilizzazione) come presupposto per la rettificazione di sesso non comporta automaticamente anche il venir meno della condizione dell'incapacità riproduttiva della persona interessata. Infatti sterilizzazione<sup>55</sup> e intervento chirurgico sono requisiti autonomi che devono essere tenuti distinti poiché da un lato, per ottenere la sterilizzazione non è necessaria la sottoposizione all'intervento chirurgico, potendo questa essere causata anche attraverso un trattamento farmacologico, e dall'altro l'intervento chirurgico non determina necessariamente l'incapacità definitiva a procreare potendo riguardare, ad esempio, i soli caratteri sessuali secondari<sup>56</sup>.

51 Vedi F. Bilotta, *Voce "Transessualismo"*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, aggiornamento 2013, Torino, Utet, pp. 759 ss.

52 Tribunale di Taranto, sentenza del 26 giugno 2013, cit.; Tribunale di Catanzaro, sentenza del 30 aprile 2014, in *Articolo29* [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

53 Tribunale di Pavia, sentenza del 2 febbraio 2006, cit., il quale, osservato che la persona interessata si è sottoposta a un'operazione chirurgica consistente nella totale asportazione di ambedue i testicoli, ma conservando integro il peno e non tentando di formare una vagina artificiale o qualcosa che ad essa assomigliasse, ritiene che non sia necessaria un'artificiale formazione di quest'ultima «in quanto sarebbe illusorio credere che in tal maniera si possa dar vita a una donna vera [...]». L'esigenza, prevista dal legislatore, di effettuare un «trattamento chirurgico», peraltro non definito nei particolari, deve essere temperata con il diritto del soggetto, costituzionalmente garantito, all'integrità fisica e della salute. Ritiene pertanto [...] che sia necessario e sufficiente, per un uomo che voglia diventare donna, una volta soddisfatte le altre condizioni, sottoporsi a un «trattamento chirurgico» consistente nella totale e irreversibile rimozione di quegli organi che permettono all'uomo di generare (appunto come uomo) ossia nella completa asportazione di entrambi i testicoli».

54 G. Sciancalepore, P. Stanzone, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, Ipsoa, 2002, p. 76; P.M. Vecchi, *Voce "Transessualismo"*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXI, Roma, Treccani, 1994, p. 6.

55 Possono distinguersi due tipi di sterilizzazione (da intendersi come ogni atto, in particolare medico, volto a provocare la sterilità in un soggetto capace a procreare): quella organica che viene effettuata asportando o alterando gli organi preposti alla procreazione e quella funzionale che ha come scopo quello di impedire la normale funzionalità di detti organi, rispettandone l'integrità. La prima causa l'incapacità definitiva a procreare e può essere realizzata attraverso differenti trattamenti, di solito chirurgici, ma anche ormonali e farmacologici, mentre la seconda è temporanea, pertanto reversibile con la semplice sospensione del trattamento farmacologico.

Inoltre, la sterilizzazione può essere definita antiprocreativa (o diretta) se il suo unico scopo è quello di rendere la persona incapace a procreare, oppure terapeutica (o indiretta) se posta in essere non perché direttamente voluta in quanto tale, ma per salvaguardare la salute del paziente stesso, colpita da una malattia che investe gli organi procreativi.

La sterilizzazione che di regola si effettua ai fini del mutamento di sesso è irreversibile e diretta.

56 In questo senso vedi Tribunale di Catanzaro, sentenza del 19 ottobre 2009, in *Articolo29* in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), che considera sufficiente ai fini della rettificazione di sesso l'eliminazione degli organi genitali maschili, mentre non ritiene necessario l'in-

In particolare, per quanto riguarda il rapporto tra modifica dei caratteri sessuali primari attraverso il trattamento medico-chirurgico e sterilità, se quest'ultima è conseguenza inevitabile della prima, lo stesso non può dirsi nel caso inverso: non vi è infatti un rapporto di biunivocità tra questi due requisiti, per cui vi può essere sterilità anche in assenza di modifica dei caratteri sessuali primari.

Espliativa in questo senso una sentenza del Tribunale di Siena del 2013<sup>57</sup> che se da un lato concede la rettifica di sesso in assenza di modifica dei caratteri sessuali primari attraverso l'intervento chirurgico ritenendo che «obbligare la persona ad operarsi comporterebbe una violazione dei suoi diritti fondamentali e una probabile compromissione della salute fisica», dall'altra, tra gli elementi valorizzati nella motivazione a sostegno di tale conclusione vi è l'accertamento dell'incapacità a procreare della persona interessata come conseguenza della terapia ormonale<sup>58</sup>. Il Tribunale considera presupposto necessario per la rettificazione di sesso il venir meno della capacità procreativa, affermando che, se questa fosse ancora sussistente, «potrebbe indurre a postulare la necessità dell'intervento anatomico».

Questo obbligo di sterilità, non previsto dalla legge, sembra essere volto a tutela di un principio di preservazione giuridica dei ruoli di genere, per cui ciò che si vuole impedire è che si creino problemi relativi a un possibile disallineamento fra genitorialità e genere<sup>59</sup>.

Il fatto che i giudici ritengano tale incapacità a procreare un requisito implicito per la rettificazione di sesso prova come il nostro ordinamento non sia in grado di gestire la situazione nella quale una persona giuridicamente uomo partorisca un figlio<sup>60</sup>, in quanto non saprebbe come qualificarla, se come madre o come padre.

Tuttavia, a prescindere da tale situazione non ancora verificata nel nostro ordinamento<sup>61</sup>, vi sono state alcune sentenze che recentemente, ai fini della rettificazione di sesso, non hanno ritenuto necessario l'intervento chirurgico che privi il soggetto della capacità procreativa<sup>62</sup>.

Il Tribunale di Messina infatti afferma che ritenere obbligatorio l'intervento di sterilizzazione al fine della rettificazione di sesso, sostenendo che altrimenti l'incapacità a procreare sarebbe soltanto temporanea e quindi reversibile attraverso la sospensione del trattamento ormonale non possa essere considerata un'argomentazione convincente poiché in tal modo verrebbe «effettuato un bilanciamento tra due interessi erroneamente posti sullo stesso piano: da un lato l'interesse collettivo a una corrispondenza tra il corpo e il sesso anagrafico e, dall'altro il diritto alla identità personale, così bilanciando, in assenza di una rigorosa indicazione legislativa, un diritto fondamentale della persona con un interesse collettivo privo di copertura costituzionale».

Costringere una persona transessuale alla sterilità al fine di essere riconosciuta con il suo genere di elezione significa incidere sulla sua facoltà riproduttiva a prescindere dalla sua volontà, subordinando le esigenze individuali ad elementi di carattere generale come la certezza del diritto e delle relazioni sociali attraverso una sovrapposizione fra idoneità riproduttiva e sesso anagrafico, violando tra l'altro la dignità umana. Inoltre, la previsione di tale requisito da parte dei giudici, in assenza di espressa previsione normativa, comporterebbe una violazione della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost., dato che

---

tervento di mammoplastica additiva volto quindi a modificare un carattere sessuale secondario dell'interessato.

57 Tribunale di Siena, sentenza del 12 maggio 2013, cit.

58 Vedi anche Tribunale di Rovereto, sentenza del 2 maggio del 2013, cit., che accogliendo la domanda di rettificazione di sesso in assenza di intervento chirurgico, nelle motivazioni rileva come la terapia ormonale abbia determinato il probabile azzerramento del potenziale fecondante dell'interessato.

59 Il tema della c.d. transgenitorialità è un buon criterio per valutare la neutralità di un ordinamento rispetto al genere.

Le attuali conoscenze scientifiche non consentono alla persona transessuale che affronta un percorso di transizione di ottenere la capacità procreativa tipica del genere di elezione; ciononostante non è corretto affermare, in assoluto, che l'opportunità di assicurarsi una discendenza sia radicalmente esclusa.

Innanzitutto si è genitori transessuali se il percorso di transizione viene intrapreso o comunque portato a termine dopo aver già avuto figli. Inoltre si può diventare genitori anche dopo aver completato la transizione attraverso l'adozione, la procreazione assistita, oppure attraverso la procreazione naturale, se la persona interessata non si è sottoposta a intervento chirurgico di sterilizzazione e i trattamenti ormonali abbiano comportato un'infertilità reversibile. Per un approfondimento su tale tema si veda: R. Dameno, *La legge n. 164/1982: tra il diritto all'identità sessuale e di genere e l'obbligo di sterilizzazione. Alcune riflessioni sulla transGenitorialità*, in questa Rivista, 2015, n. 1, pp. 190 ss.

60 La procreazione naturale oggi è possibile solo per le persone transessuali FtM (da maschio a femmina) se, appunto, ancora capaci di procreare. Nel caso, invece, di persona transessuali MtF sarebbe possibile la procreazione solo mediante l'inseminazione artificiale della propria *partner*, o di un'altra donna disposta a portare avanti una maternità surrogata (quest'ultima ipotesi è una pratica medica vietata nel nostro ordinamento).

61 I casi più famosi sono quello dello statunitense Thomas Beatie e del canadese Trevor Macdonald, i quali dopo la transizione da donna a uomo, hanno dato alla luce i loro figli.

62 Tribunale di Messina, sentenza del 4 novembre 2014, cit.

«nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» (art 32, II comma, Cost.).

Su tale questione si è pronunciata recentemente in modo astratto e non troppo incisivo la Corte di Cassazione con la già più volte citata sentenza 15138/2015, la quale, richiamando la decisione *Y.Y. c. Turquie* della Corte Edu, sostiene generalmente che «nella legge n. 164 del 1982 non sono previste precondizioni espresse relative allo stato (libero) del richiedente o all'incapacità procreativa. Il mutamento richiesto riguarda i "caratteri sessuali" senza specificazione».

La soluzione adottata dalla Cassazione è apprezzabile perché anche in questo caso mantiene un approccio personalistico e costituzionalmente orientato della disciplina in questione, tuttavia è da notare come nel caso di specie la CTU endocrinologica aveva accertato il "quasi azzeramento delle funzioni sessuali maschili". Viene da chiedersi, pertanto, se tale soluzione sarebbe stata perseguita anche nel caso in cui il richiedente fosse stato dotato di una buona capacità procreativa e non drasticamente ridotta come nel caso di specie e se invece di essere un caso di transizione da uomo a donna (MtF) fosse stato da donna a uomo (FtM), rimanendo possibile date le attuali conoscenze scientifiche la procreazione naturale.

In altre parole, viene da domandarsi se la Cassazione sarebbe rimasta fedele a questa lettura personalistica e rispettosa della dignità umana della persona anche nel caso in cui la procreazione non fosse vista solo come un'eccezione soltanto teorica, ma come un'ipotesi concreta. La rettificazione di sesso sarebbe stata concessa anche in questo caso portando il diritto, in un secondo momento, a interrogarsi su come qualificare il neogenitore (se come madre o come padre) oppure il Giudice di legittimità sarebbe stato influenzato, nella sua decisione, dalla concezione consistente nella sovrapposizione tra sessualità e funzione generativa?

Come richiamato dalla Corte di Cassazione, anche la Corte Edu con la decisione *Y.Y. c. Turquie* del marzo 2015<sup>63</sup> ha avuto l'occasione di pronunciarsi sulla compatibilità con la Cedu della previsione da parte dello Stato turco del requisito dell'incapacità definitiva a procreare per accedere all'intervento chirurgico di ri-attribuzione del sesso.

Nel caso di specie, il ricorrente, cittadino turco che aveva intrapreso un percorso di transizione da donna a uomo (FtM), vedeva rigettata la sua richiesta di autorizzazione all'intervento chirurgico di modifica dei suoi caratteri sessuali primari, poiché non poteva affermarsi la sua impossibilità a procreare.

La Corte di Strasburgo, ricordate le posizioni assunte dallo stesso Consiglio d'Europa, dal Parlamento Europeo e dall'Alto Commissariato dell'Onu in materia di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere<sup>64</sup> e soffermatasi sulle differenti normative dei Paesi aderenti alla Convenzione<sup>65</sup>, riconosce all'unanimità la violazione dell'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare) confermando quella nozione ampia di vita privata suscettibile di coprire anche il campo dell'identità sessuale, già adottata nelle sue precedenti sentenze<sup>66</sup>.

In base al principio di sussidiarietà, l'individuazione delle misure necessarie per assicurare i diritti garantiti dalla Cedu apparterebbe agli Stati aderenti, ma nel caso di specie la previsione nella legge turca dell'incapacità procreativa della persona interessata non poteva essere considerata necessaria ad assicurare il diritto sancito nella Convenzione. Infatti, la procedura di sterilizzazione volta al soddisfacimento di tale requisito risultava solo formalmente volontaria, in quanto era *forcée de facto* e pertanto contraria ai principi sanciti nella Convenzione, primo tra tutti quello della dignità umana<sup>67</sup>.

63 Corte Edu, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turquie*, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Per un commento sulla sentenza vedi: A. Del Guercio, *Il riconoscimento giuridico dell'identità di genere delle persone transgender, tra sterilizzazione imposta e diritto all'autodeterminazione. Il caso Y.Y. c. Turchia e le cautele della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, vol. 9, n. 2m pp. 441 ss; D. Zannoni, *Y.Y. c. Turchia: i requisiti per il cambiamento anagrafico di genere*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

64 Raccomandazione CM/Rec (2010) 5 del Comitato dei Ministri; Risoluzione 1728 (2010) dell'Assemblea parlamentare (par. 30); il Documento "Diritti dell'uomo e identità di genere" del 29 luglio 2009 del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa (par. 31); Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 1989 (par. 33); Rapporto "Leggi e pratiche discriminatorie e atti di violenza di cui sono vittime gli individui in ragione del loro orientamento sessuale e della loro identità di genere" dell'Alto Commissariato dell'Onu per i diritti umani del 7 novembre 2011 (par. 34).

65 Nei parr. 35-43 della decisione la Corte constata come non vi sia omogeneità di discipline su tale questione, dato che gli approcci variano sensibilmente da Stato a Stato, sia sotto il profilo dei requisiti richiesti, sia per quanto riguarda le procedure che disciplinano l'accesso al trattamento di conversione del sesso.

66 La Corte di Strasburgo, nel 2002, con la decisione *Goodwin c. UK* riconosce l'identità sessuale come l'espressione di uno dei profili più profondi e intimi della persona umana, considerando l'art. 8 CEDU la base normativa per tutelare le esigenze delle persone transessuali. Corte Edu, 11 luglio 2002, *Chistine Goodwin c. The United Kingdom*, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

67 In questo senso i giudici Keller e Spano, nella loro opinione concordante comune allegata alla sentenza in questione.

La Corte afferma, quindi, che lo Stato turco, negando per molti anni l'intervento di cambiamento di sesso al richiedente, abbia illegittimamente interferito nel suo diritto al rispetto della vita privata, e che tale ingerenza non possa essere giustificata *ex art. 8, par. 2, Cedu*<sup>68</sup>, in quanto non necessaria in una società democratica poiché non rispondente ad un bisogno imperativo e in ogni caso non proporzionata allo scopo perseguito<sup>69</sup>.

Viene confermato pertanto il diritto della persona al rifiuto di sottoporsi a procedure lesive della propria integrità psicofisica, le quali violano il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>70</sup>.

Da notare come tale sentenza in realtà si presta a due diverse interpretazioni. Infatti, la questione sollevata davanti alla Corte riguarda la sterilità come requisito per accedere all'intervento chirurgico di modifica del sesso, e non (almeno direttamente) ai fini del cambiamento del sesso anagrafico<sup>71</sup>.

Perciò si potrebbe adottare un'interpretazione restrittiva e ritenere che la Corte di Strasburgo non si sia pronunciata sulla compatibilità con la Cedu della sterilità della persona come requisito per la rettificazione di sesso, ma solo come condizione per l'accesso all'intervento di modifica dei caratteri sessuali, riducendo la portata della pronuncia<sup>72</sup>. In questo caso la decisione *Y.Y. c Turquie* fornirebbe soltanto della linee guida nel momento in cui l'incapacità a procreare venisse considerata come requisito ai fini del riconoscimento giuridico del nuovo genere e non specificatamente ai fini dell'accesso all'intervento chirurgico.

Oppure, si potrebbe adottare un'interpretazione più ampia e affermare che il caso di specie abbia voluto chiarire quali condizioni possano essere previste come necessarie alla rettificazione di sesso (e non solo quindi ai fini dell'intervento di ri-attribuzione del sesso) senza violare l'art. 8 Cedu<sup>73</sup>, dato che, a rigor di logica, la sterilità definitiva finisce per essere indirettamente necessaria ai fini del cambiamento anagrafico. In tal caso il requisito dell'incapacità definitiva a procreare, previsto e applicato in numerosi Stati aderenti alla Cedu ai fini del riconoscimento giuridico del cambiamento di genere sarebbe contrario all'art. 8 Cedu. È la stessa Corte, inoltre, che afferma che il rispetto dell'integrità fisica dell'interessato si oppone al dovere di sottoporsi al trattamento di sterilizzazione.

La Corte di Strasburgo, con questa decisione, ha senz'altro compiuto un passo importante nella tutela dei diritti sanciti in Convenzione, ma, non pronunciandosi puntualmente sulla condizione della sterilità permanente, ha perso una buona occasione per sancire la sua compatibilità con l'art. 8 Cedu. Avrebbe potuto infatti spingersi oltre e adottare le posizioni più avanzate fatte proprie oggi da diversi organi internazionali ed europei in materia di diritti dei transessuali, che, attraverso raccomandazioni e risoluzioni, auspicano l'abbandono della previsione dell'intervento chirurgico, nonché della sterilizzazione come requisiti ai fini della rettificazione di sesso<sup>74</sup>.

68 Art. 8, par. 2, Cedu: «Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

69 A conferma di ciò, la Corte Edu fa riferimento al fatto che il giudice interno, successivamente adito, abbia autorizzato l'intervento chirurgico, nonostante l'interessato mantenesse ancora la capacità a procreare, già prima che la Corte stessa si pronunciasse (par. 25).

70 Par. 122 della decisione.

71 Tale distinzione appariva in modo netto nell'art. 40 del codice civile turco, il quale, nel primo paragrafo prescriveva i requisiti necessari affinché l'autorità giudiziaria autorizzasse l'intervento chirurgico e fra questi vi era l'incapacità a procreare della persona interessata; mentre nel secondo paragrafo trattava il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso che doveva essere autorizzato dal giudice.

72 In questo senso sono i giudici Lemmens e Kuris nella loro opinione concordante comune (par. 3) allegata alla sentenza in questione.

73 In questo senso sono i giudici Keller e Spano nella loro opinione concordante comune (par. 28) allegata alla sentenza in questione.

74 Il Parlamento europeo, in una risoluzione del 2015, chiede espressamente la «messa al bando della sterilizzazione quale requisito per il riconoscimento giuridico del genere, come espresso del relatore speciale delle Nazioni Unite sulla tortura, e condivide il punto di vista secondo cui tali requisiti dovrebbero essere trattati e perseguiti come una violazione dei diritti all'integrità fisica nonché della salute sessuale e riproduttiva dei relativi diritti» (par. 164). In questa risoluzione «invita la Commissione e l'OMS a eliminare i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali; invita la Commissione a intensificare gli sforzi per porre fine alla patologizzazione delle identità *transgender*; incoraggia gli Stati a garantire procedure rapide, accessibili e trasparenti di riconoscimento del genere, che rispettino il diritto all'autodeterminazione» (par. 163). Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2013 e sulla politica dell'Unione Europea in materia, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

#### 4. L'irreversibilità della scelta e la possibilità del ripensamento

L'altro motivo sostanziale che portava la giurisprudenza maggioritaria a considerare obbligatorio l'intervento chirurgico di modifica dei caratteri sessuali primari era quello per cui soltanto in questo modo la nuova identità sessuale poteva essere ritenuta effettivamente irreversibile garantendo quindi la certezza dei rapporti giuridici<sup>75</sup>.

Innanzitutto tale argomento non sembra essere del tutto corretto poiché, nonostante la manifestazione della volontà di sottoporsi a tale intervento chirurgico possa essere un indice di serietà della scelta di appartenere all'altro genere, deve essere sottolineato come in realtà possano verificarsi ripensamenti in ordine alla propria nuova identità sessuale sia nel caso in cui la persona abbia raggiunto il suo benessere psicofisico attraverso i soli trattamenti ormonali ed estetici, sia nel caso in cui si sia sottoposta ad un intervento di ri-attribuzione di sesso<sup>76</sup>.

Inoltre, il timore che la persona interessata possa mutare il proprio desiderio di appartenere al genere opposto sembra deporre non a favore ma contro l'obbligatorietà del trattamento medico-chirurgico di conversione del sesso ai fini della rettificazione, poiché tale operazione particolarmente invasiva e drastica sarebbe da evitare qualora la persona non sia completamente convinta della sua scelta e abbia ancora dei dubbi al riguardo.

Oggi, dato che a seguito delle recenti pronunce della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale le persone transessuali non sono più costrette a sottoporsi a tale trattamento per essere riconosciute giuridicamente con il loro genere di elezione, ciò che viene richiesto e che i giudici devono accertare attraverso un rigoroso accertamento giudiziale è l'irreversibilità personale della scelta, ossia il fatto che la persona abbia ormai raggiunto un benessere psicofisico tale da ritenere che la sua volontà di appartenere all'altro genere sia definitiva. Pertanto ciò che deve essere attestato al fine della rettifica di sesso è che in futuro la persona interessata non abbia ripensamenti sulla sua identità di genere.

A prescindere dal fatto che in tale accertamento non vi potrà mai essere una totale certezza dato che la valutazione riguarda elementi soggettivi e futuri della persona, i quali nel tempo possono inevitabilmente mutare<sup>77</sup>, si può osservare come nell'individuazione del requisito dell'irreversibilità della scelta di appartenere al genere opposto ai fini della rettificazione di sesso vi sia una contraddizione se non altro teorica.

Infatti, con la legge 14 aprile 1982 n. 164 viene meno nel nostro ordinamento il principio dell'immutabilità del sesso, per accogliere piuttosto una concezione di sesso che può evolversi e mutare nel tempo.

Quindi, stabilire che la persona interessata possa chiedere la rettificazione degli atti anagrafici soltanto se la sua scelta di appartenere al genere opposto sia irreversibile va contro il concetto stesso della mutabilità del sesso.

In realtà, tale contraddizione è più teorica che pratica<sup>78</sup> in quanto, come ritenuto da numerosi studi scientifici, le persone che intraprendono questo tipo di percorso non attuano una scelta nel senso intenzionale o volontario del termine, ma intraprendono questa strada perché nessun'altra vita risulta sopportabile.

Tuttavia, la possibilità che la persona transessuale, ottenuta una sentenza di rettificazione di sesso in cui sia stata accertata l'irreversibilità della sua scelta, voglia in futuro intraprendere un percorso a ritroso verso il genere di partenza non sembra essere del tutto insensata ed assurda. Infatti le scienze psicosociali hanno ormai acquisito il fatto che l'identità di genere sia da considerare un percorso più che un punto di arrivo definitivo e stabile.

75 In questo senso Corte d'Appello di Bologna, sentenza del 22 febbraio 2013, cit.

76 Si veda Tribunale di Velletri, sentenza del 2 novembre 2005, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2206, II pp. 1183 ss. Nel caso di specie, il Tribunale nega l'autorizzazione giudiziale all'intervento chirurgico del sesso al fine di consentire alla persona interessata di tornare ad avere i caratteri sessuali tipici del genere originario poiché ritiene che «il ricorrente ha ormai acquisito la, pur sofferta, consapevolezza che la propria ambiguità non risiede tanto nel proprio apparato sessuale, quanto, soprattutto, nel proprio vissuto esistenziale e psicologico», e inoltre considera che «ogni ulteriore intervento chirurgico e plastico avrebbe possibilità quasi nulla di successo».

77 Si veda S. Patti, *La Corte costituzionale e la «necessità» di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, che nel commentare la sentenza 221/2015, sottolinea come la Corte Costituzionale non abbia espressamente affermato la sufficienza del convincimento della persona di appartenere al genere opposto ai fini della rettificazione di sesso, considerando necessario attestare la sussistenza di modifiche dei caratteri oggettivi dell'identità sessuale attraverso un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità con le quali il mutamento di sesso è avvenuto e del suo carattere definitivo.

78 A conferma di ciò vi è anche l'assenza di casistica giurisprudenziale rilevante su tale questione.

Pertanto, nel caso in cui il giudice si trovasse davanti ad una richiesta di ulteriore rettificazione degli atti anagrafici sembra opportuno ritenere che debba concederla in quanto, altrimenti, la persona interessata si troverebbe nuovamente in quella situazione di partenza che l'ha portata a chiedere la prima rettificazione di sesso: la non corrispondenza tra sesso anagrafico e genere di appartenenza che causa inevitabilmente difficoltà nella sua integrazione nella società.

Posto che nella legge non si rinviene un esplicito divieto in tale senso e che, come sostenuto dalla stessa Corte Costituzionale, questa debba essere interpretata alla luce dei diritti della persona, non avrebbe alcun senso che il giudice negasse l'ulteriore rettificazione degli atti anagrafici qualora questi non rispecchino più la realtà poiché l'identità di genere, al momento della domanda, è nuovamente mutata<sup>79</sup>.

## 5. Brevi cenni comparativi e considerazioni conclusive

In chiusura può risultare utile un cenno seppur breve alle discipline in materia di diritti delle persone transessuali di alcuni Paesi europei al fine di dimostrare come oggi, nonostante non vi sia ancora una omogeneità su tale questione, vi sia comunque la tendenza a non ritenere necessario l'intervento chirurgico per il cambiamento giuridico del genere.

In Spagna, con l'entrata in vigore della legge 15 aprile 2007, n. 3<sup>80</sup>, non viene più richiesta per la rettificazione di sesso l'operazione chirurgica di modifica del sesso, ritenendo sufficiente una previa diagnosi di "disforia di genere" da parte di un medico o uno psicologo clinico accompagnata da una terapia ormonale di almeno due anni (la quale può essere evitata per motivi certificati di salute o d'età).

In Germania, la legge 10 settembre 1980 n. 1654<sup>81</sup> (nella sua formulazione originaria) prevede due tappe. La prima, c.d. piccola soluzione, consente alla persona transessuale che ha intrapreso una terapia ormonale e assunto comportamenti e abitudini del genere opposto di chiedere al Tribunale il cambiamento del nome, senza la necessità dell'intervento chirurgico. Questa è una fase di transizione, con la quale viene data la possibilità alla persona di confrontarsi con la realtà: è un test per comprendere se continuare con la seconda fase, oppure se tornare sui propri passi, chiedendo la cancellazione della sentenza attributiva del nuovo nome. La seconda tappa, c.d. grande soluzione, permette invece la rettificazione del sesso soltanto dopo l'accertamento dell'incapacità definitiva a procreare e dell'avvenuta operazione chirurgica.

Queste due condizioni sono state entrambe dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale federale nel 2011<sup>82</sup> che le ha ritenute contrarie alle garanzie costituzionali in materia di integrità fisica e di diritto di autodeterminazione sessuale<sup>83</sup>.

In Gran Bretagna, il *Gender Recognition Act* del 2004<sup>84</sup> prevede che la rettificazione di sesso venga effettuata indipendentemente dall'intervento chirurgico e dal trattamento ormonale, richiedendo invece una certificazione medica di "disforia di genere", la prova di aver vissuto in modo conforme al genere ambito per almeno due anni e la dichiarazione giurata dell'irreversibilità della scelta.

Oggi i Paesi europei più avanzati in materia di diritti dei transessuali sono Malta e Irlanda.

Infatti, lo stato maltese con una legge del 2015 ha previsto che un soggetto maggiorenne può cambiare genere mediante una dichiarazione in atto notarile senza la necessità dell'intervento chirurgico<sup>85</sup>, mentre l'Irlanda con il *Gender Recognition Act* del 2015 consente ad una persona transessuale maggio-

79 In questo senso F. Bilotta, op. cit., p. 761.

80 Prima di tale legge il Tribunale Supremo, interpretando letteralmente la legge 8 giugno 1957 sui registri civili, considerava necessario per il mutamento del sesso tre tappe obbligatorie: il trattamento ormonale, il trattamento chirurgico demolitorio e il trattamento chirurgico ricostruttivo dell'organo genitale.

81 *Transsexuellengesetz (TSG)*, *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

82 Corte Costituzionale tedesca, sentenza dell'11 gennaio 2011. Analogamente è accaduto in Austria: Corte Costituzionale tedesca, sentenza del 3 dicembre 2009, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

83 Per una lettura comparata (Italia, Germania e Spagna) vedi: L. Ferraro, *Transsessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *federalismi.it* [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, n. 21, pp. 1 ss.

84 In *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

85 R. De Felice, *Malta: la più avanzata legge sul genere. Ecco la traduzione italiana*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

renne di dichiararsi di fronte allo stato civile appartenente al genere opposto a quello riconosciute al momento della nascita<sup>86</sup>, senza nessuna previsione di presupposti medici e psicologici<sup>87</sup>.

Pertanto, anche alla luce di quanto previsto dai Paesi europei più evoluti in materia di riconoscimento giuridico del cambiamento di genere, la disciplina italiana, nonostante i suoi recenti sviluppi, non può considerarsi esente da critiche.

La Corte Costituzionale (così come la Cassazione) ha certamente avuto un ruolo importante nel rendere più conforme le disposizioni in materia all'evolversi della società e ai progressi scientifici. Tuttavia, date le criticità che ancora permangono, ciò che si auspica è un intervento legislativo che risolva puntualmente tali problematiche, rispettando i principi stabiliti dalla Corte Edu e conformandosi alle posizioni assunte dagli organi internazionali ed europei in materia di diritti dei transessuali.

---

86 Mentre se la persona è minorenne è inoltre necessario il consenso dei genitori e un parere medico favorevole.

87 Vedi D. Amram, *Il cielo d'Irlanda si tinge di arcobaleno*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, pp. 176 ss.

Silvia Marino\*

## Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU: alcune osservazioni a margine della sentenza *Pajić* della Corte europea dei diritti umani

### Sommario

1. Introduzione: i fatti principali del caso *Pajić c. Croazia*; 2. L'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare; 3. Il riconoscimento del carattere familiare della relazione *same-sex* in assenza di coabitazione; 4. La vita familiare delle coppie di fatto ai sensi dell'art. 8 Cedu; 5. Conclusioni: l'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano

### Abstract

La recente sentenza *Pajić c. Croazia* della Corte europea dei diritti umani costituisce un nuovo passo nell'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu. Nelle circostanze concrete, la Corte non può negare che la relazione affettiva stabile fra persone dello stesso sesso non conviventi costituisca una forma di realizzazione della loro vita familiare. Il presente contributo analizza il nuovo approccio della Corte, collocandolo nel contesto dell'evoluzione storica e sociale dell'interpretazione della nozione di vita familiare, con particolare riguardo ai rapporti omosessuali, il quale ha, infine, avuto il suo riscontro anche nell'ambito della più recente legislazione italiana.

*The recent Pajić v. Croatia judgment of the European Court of Human Rights develops the meaning of family life for the purposes of art. 8 of the European Convention. In the specific circumstances of the case, the Court cannot deny that a long-term relationship of non cohabiting partners constitutes expression of their family life, due to an evolving interpretation of the rights granted by the Convention. The present paper tackles this new approach in the light of the historical and social interpretation of the meaning of family life, considering the same-sex relationships. Conclusively some future challenges for the Italian legislator are discussed, after the long-awaited approval of the law regulating the civil unions between same-sex partners.*

\* Ricercatrice presso l'Università degli Studi dell'Insubria.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

## 1. Introduzione: i fatti principali del caso *Pajić c. Croazia*

La sentenza *Pajić c. Croazia* della Corte europea dei diritti umani pone un nuovo tassello nella ricostruzione della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu<sup>1</sup>. Il presente contributo si propone di fornire qualche riflessione sull'evoluzione della portata di questo diritto nell'interpretazione della Corte europea dei diritti umani, e su talune possibili conseguenze nell'ambito dell'ordinamento italiano.

I fatti della controversia possono essere così riassunti. La signora Danka Pajić, cittadina della Bosnia ed Erzegovina, iniziava nel 2009 una relazione con la signora D.B., residente a Zagabria. Al fine di mantenere il loro rapporto, le interessate viaggiavano spesso; inoltre, convivevano in Croazia per periodi di tre mesi, durata massima della permanenza temporanea di uno straniero consentita dalla (allora vigente) legge croata. Dopo due anni, per evitare continui spostamenti, la ricorrente chiedeva un permesso di residenza in Croazia per motivi di ricongiungimento familiare con la sua partner. Il provvedimento di diniego dell'autorità di polizia era impugnato presso il Ministero dell'Interno dalla ricorrente, che invocava come motivo principale di doglianza il fatto che il rifiuto fosse fondato su una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Infatti, ai sensi della legge croata vigente all'epoca, era considerato uno "stretto membro della famiglia", o almeno "altro familiare", titolare di un diritto al ricongiungimento, il coniuge, il partner di fatto di sesso opposto in una relazione stabile di durata triennale (o meno nel caso della nascita di un figlio); inoltre, il ricongiungimento familiare poteva eccezionalmente essere garantito per seri motivi personali o umanitari. Nessuna considerazione veniva data a questi fini alle coppie omosessuali, nonostante il fatto che nel 2003 la Croazia avesse riconosciuto le unioni *same-sex*, definendole come rapporti stabili fra persone dello stesso sesso, basate sui principi di uguaglianza fra partner, mutuo rispetto ed assistenza, nonché sull'esistenza di un legame affettivo fra gli interessati. Sul fondamento della normativa interna, il ricorso amministrativo è stato, quindi, respinto. In sede giurisdizionale la ricorrente lamentava che il diniego di permesso di soggiorno nei suoi confronti costituisse una violazione della Costituzione e della Legge nazionale sul divieto di discriminazione, essendo fondato prevalentemente sull'orientamento sessuale. Inoltre, si faceva valere che il rifiuto fosse basato sull'applicazione meramente formalistica della legge sull'immigrazione, senza tener conto della concreta situazione di fatto. Quindi, la signora Pajić invocava la legislazione nazionale sul divieto di discriminazioni e la Cedu, comprensiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, secondo il giudice amministrativo, non era possibile considerare la relazione come base sufficiente per costituire un diritto al ricongiungimento familiare. Infatti, secondo il diritto di famiglia all'epoca in vigore in Croazia, permaneva la distinzione tra rapporti eterosessuali e omosessuali, ai quali ultimi venivano ancora riconosciuti effetti limitati. Neppure il successivo ricorso diretto alla Corte costituzionale si rivelava fruttuoso: a fondamento del suo rigetto erano poste argomentazioni molto simili a quelle impiegate dal giudice del merito, unitamente all'asserita inapplicabilità degli artt. 8 e 14 della Cedu nel caso di specie.

Pertanto, la ricorrente ha adito la Corte europea dei diritti umani allegando la violazione degli artt. 8 e 14 Cedu sulla base dell'argomento che una stabile relazione fra persone dello stesso sesso debba essere considerata integrante la vita familiare dell'individuo. Le riflessioni compiute dalla Corte su questi aspetti costituiscono uno dei passaggi più innovativi della sentenza in commento.

## 2. L'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare

La mutevole qualificazione dei rapporti fra persone dello stesso sesso costituisce un chiaro esempio del carattere evolutivo dell'interpretazione della Cedu.

Infatti, nei primi casi sottoposti all'attenzione della Corte europea dei diritti umani si lamentavano violazioni della vita personale perpetrate tramite l'irrogazione di sanzioni penali per la commissione di atti sessuali fra persone dello stesso sesso. Nei casi *Dudgeon c. Regno Unito*, *Norris c. Irlanda*, *Modinos c. Cipro*<sup>2</sup> la Corte giunge alla conclusione per cui una sanzione per il compimento di atti sessuali fra persone consenzienti di età maggiore a 21 anni costituisce un'illegittima ingerenza nella vita privata dell'individuo. Lo Stato sarebbe legittimato a intervenire esclusivamente nei confronti di una persona

1 Corte edu, seconda sezione, 23 febbraio 2016, *Pajić c. Croazia*.

2 Corte edu, sezione plenaria, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*; Corte edu, sezione plenaria, 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*; Corte edu, 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*. Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte edu si rinvia a: E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 85.

ancora nell'età dello sviluppo, al fine di tutelare la morale<sup>3</sup>. È interessante sottolineare il periodo in cui vengono pronunciate queste sentenze, ovvero gli anni a cavallo fra gli Ottanta e i Novanta: meno di trent'anni fa, la stessa Corte riteneva che esistessero esigenze di carattere etico, tali per cui potesse essere limitata la relazione omosessuale anche con o fra persone comunque maggiori d'età. Tuttavia, da questo momento si assiste a una maggiore apertura verso la rilevanza dei rapporti *same-sex* nell'estrinsecarsi della vita individuale.

Così, per menzionare alcuni passaggi della giurisprudenza particolarmente significativi, lo Stato non può effettuare verifiche sull'identità sessuale dell'individuo, neppure nel momento in cui questi presti servizio presso forze speciali dell'esercito<sup>4</sup>. Sebbene il diritto di intrattenere relazioni stabili con qualsiasi essere umano divenga gradatamente un diritto autonomo e proprio dell'individuo nella gestione e nello sviluppo della sua vita privata<sup>5</sup>, la nozione di famiglia rimane riservata alla coppia eterosessuale, pur in assenza di qualsiasi definizione contenuta nella Convenzione<sup>6</sup>. Nel caso *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, la Corte è chiara inoltre nel ribadire che il matrimonio è un istituto aperto a solo persone biologicamente di diverso sesso<sup>7</sup>, con possibile esclusione dell'individuo che abbia mutato sesso. Sebbene le specificità del transessualismo non possano essere confuse con l'omosessualità, la prospettiva evolutiva nell'interpretazione dell'art. 12 Cedu è rilevante anche ai nostri fini ricostruttivi. Allargate le maglie del diritto al matrimonio ai sensi dell'art. 12 con la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*<sup>8</sup>, è aperta la possibilità di interpretare in modo evolutivo anche la nozione di vita familiare di cui all'art. 8, che è stata adeguata ai cambiamenti sociali e di costume europei.

Dopo aver continuato a qualificare la relazione fra persone dello stesso sesso come parte della vita privata della persona in numerose ulteriori occasioni, la svolta, come noto, si verifica con la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>9</sup>. Il rapporto è sussunto nell'ambito della vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu. Il nuovo orientamento dipende essenzialmente dai rapidi sviluppi del comune sentire europeo, con particolare riferimento alle nuove legislazioni nazionali che considerano questi rapporti rientranti nell'alveo del diritto di famiglia, e dell'approccio dell'Unione europea nello stesso senso di apertura<sup>10</sup>. Pertanto, non poteva essere negato il carattere familiare di una relazione *same-sex*, in presenza di una stabile co-

- 
- 3 A.H. Robertson, J.G. Merrills, *Human Rights in Europe*, Manchester, Manchester University Press, 1993, p. 129; F.G. Jacobs, R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 1996, p. 190.
- 4 Corte edu, terza sezione, 27 settembre 1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*; Corte edu, terza sezione, 27 settembre 1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito* (P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, OUP, 2011, p. 343).
- 5 Corte edu, 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*; Corte edu, quarta sezione, 10 maggio 2001, *Mata Estevez c. Spagna* (dec.); Corte edu, terza sezione, 6 febbraio 2001, *Bensaid c. Regno Unito*; Corte edu, 29 aprile 2002 *Pretty c. Regno Unito*.
- 6 N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, p. 8.
- 7 Corte edu, 30 luglio 1998, *Sheffield and Horsham c. Regno Unito*, (S. Choudhry, J. Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 155).
- 8 Corte edu, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*. La Corte ha fondato un'interpretazione evolutiva del diritto al matrimonio sul fondamento di due considerazioni in particolare. In particolare, nello stesso art. 12 il diritto di fondare una famiglia non è un presupposto al diritto al matrimonio, sicché la validità di quest'ultimo non è subordinata alla capacità procreativa della coppia. In secondo luogo, gli sviluppi della scienza e della medicina impediscono di fare riferimento al solo sesso biologico della persona interessata, il quale diviene piuttosto una caratterizzazione di tipo sociale. Sull'interpretazione di questa disposizione, si veda in prospettiva storica: F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 305; C. Pitea, *Art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), Padova, Cedam, 2012, p. 309; A. Lollini, *Orientamento sessuale e identità di genere*, in *Diritti fondamentali in Europa*, P. Manzini, A. Lollini (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2015, p. 160; e in combinato con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: C. Campiglio, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 292.
- 9 Corte edu, prima sezione, 24 giugno 2010 *Schalk e Kopf c. Austria* (in merito: C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 639; M. Winkler, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2010, vol. 1, p. 1148; E. Crivelli, *cit.*, p. 121; L. Magi, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 396; L. Paladini, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 139).
- 10 L'approccio comparatistico è del resto tipico della Corte edu, e in generale delle giurisprudenza e della prassi nella protezione dei diritti dell'uomo: S. Fredman, *Foreign Fads or Fashions? The Role of Comparativism in Human Rights Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 631. Già argomentavano nel senso dell'inesistenza di un approccio comune ancora nel primo decennio degli anni 2000: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, p. 851.

abitazione. Nella successiva sentenza *Vallianatos*<sup>11</sup> anche quest'ultima condizione sembra venire meno. Il caso riguardava, tuttavia, diverse coppie di ricorrenti in situazioni di fatto diverse nelle modalità di organizzazione della propria relazione. La disparità di trattamento nell'accesso alle unioni registrate pareva piuttosto evidente: infatti, l'istituto era espressamente riservato alle sole coppie di sesso diverso. Sebbene sia stata recentemente confermata l'inesistenza di un diritto al matrimonio fra persone dello stesso sesso ai sensi dell'art. 12 Cedu<sup>12</sup>, la rilevanza di una relazione omosessuale nell'ambito della vita familiare è stata ribadita nella nota sentenza *Oliari c. Italia*<sup>13</sup>. Al fine di tutelare la vita familiare della coppia, di evitare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, nonché la certezza dei diritti derivanti dalla loro relazione, è necessario che sia prevista una forma giuridica che riconosca e garantisca il rapporto fra persone dello stesso sesso. L'ultimo passo nell'evoluzione dell'interpretazione della nozione di vita familiare è quindi compiuto con la sentenza *Pajic*.

### 3. Il riconoscimento del carattere familiare della relazione same-sex in assenza di coabitazione

Poiché il ricorso in esame si fondava contestualmente sull'art. 8 e sull'art. 14 Cedu, la Corte ha inizialmente verificato se il primo rilevasse nel caso di specie. Alla luce della sua costante giurisprudenza, brevemente richiamata nel precedente paragrafo, essa non ha avuto difficoltà a collocare la relazione *same-sex* fra persone non conviventi come parte della vita privata dell'individuo. Infatti, si tratta di una nozione ampia, che comprende tutte le relazioni che una persona intrattiene con altri soggetti, nell'ambito dell'autorealizzazione, o dell'autodeterminazione della propria individualità. Sebbene questa affermazione fosse di per sé sufficiente a verificare la sussistenza di una discriminazione nel godimento del diritto, in forza dell'art. 14, la Corte ha tuttavia proseguito il proprio ragionamento, dubitando della sufficienza di questa qualificazione nel momento storico attuale. Infatti, l'inquadramento della relazione fra persone dello stesso sesso nell'ambito della vita privata, anziché familiare, si giustificava essenzialmente per l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati parte in un settore del diritto di famiglia in cui non era ravvisabile un fondamento comune. Tuttavia, a partire dagli anni 2000, la rapida evoluzione sociale ha comportato che molti paesi abbiano riconosciuto valenza giuridica a questi rapporti, ormai accettati e consolidati dal punto di vista sociale e successivamente giuridico. Pertanto, la distinzione fra coppie etero e omosessuali è divenuta del tutto artificiale all'interno dell'art. 8 Cedu. Inoltre, la Corte ha ripreso un'osservazione apparentemente incidentale nella sentenza *Vallianatos*, cioè il presupposto della convivenza. Infatti, l'assenza di coabitazione, determinata da motivi professionali o sociali, non poteva escludere il carattere familiare della relazione. Il rapporto di tipo familiare era determinato dalla stabilità: pertanto, le modalità con cui questo rapporto era organizzato risultano del tutto indifferenti ai fini della sua qualificazione.

Secondo la Corte, la serietà e la stabilità del rapporto non potevano essere messe in discussione nel caso di specie. In particolare la ricorrente si recava spesso in Croazia, dove rimaneva anche tre mesi consecutivamente, in conformità alle rigide norme nazionali sull'immigrazione. Le due partner esprimevano chiaramente l'intenzione di vivere assieme, iniziando inoltre un'attività professionale congiuntamente. L'attuale assenza di convivenza non era quindi determinata dalla mancata serietà o stabilità della relazione, o dalla concorde intenzione delle parti, ma proprio dalle leggi sull'immigrazione di cui la signora *Pajic* contestava la conformità al diritto alla vita familiare. Pertanto, la relazione fra due per-

11 Corte edu, 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, su cui S. Drosos, *Same-sex civil unions underway in Greece. Mirabile dictu!*, in *SIDIBlog*, [www.sidi-isil.org/sidiblog/](http://www.sidi-isil.org/sidiblog/), 2013; D. Rudan, *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 234.

12 Corte edu, 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*. Anche in questo caso è stata ritenuta fondamentale l'inesistenza di un *common core* europeo.

13 Corte edu, quarta sezione, 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*. In merito: M. Winkler, *Lo statuto giuridico delle coppie omosessuali (di nuovo) dinanzi la Corte di Strasburgo: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *SIDIBlog*, [www.sidi-isil.org/sidiblog/](http://www.sidi-isil.org/sidiblog/), 2015; M. D'Amico, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in questa *Rivista*, 2015, n. 2, p. 151; E. Savarese, *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 655. Il problema dell'ammissione di forme giuridiche riconosciute delle relazioni omosessuali non è tuttavia solo italiano. Ad esempio, nel 2012 l'esito di un referendum in Slovenia sulla riforma del diritto di famiglia, che contemplava appunto il riconoscimento di diritti a *partner* dello stesso sesso, è stato negativo (N. Kogovšek Šalamon, *The Rights of Same-Sex Partners on Refendum in Slovenia: Minority Rights on Public Vote*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 1236).

sone dello stesso sesso, se stabile, rientra nella nozione di vita privata e di vita familiare, alla luce degli impedimenti obiettivi alla convivenza.

La Corte ha potuto pertanto verificare se la ricorrente avesse subito un trattamento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale, che, come essa stessa faceva valere, sarebbe stato ammissibile solo per motivi particolarmente stringenti e convincenti. Differenze fondate unicamente sulla considerazione dell'orientamento sessuale sono del tutto inaccettabili nel regime della Convenzione; la valutazione circa il corretto uso del margine di apprezzamento statale spetta alla Corte<sup>14</sup>, alla luce delle giustificazioni addotte dallo Stato convenuto.

Il diritto croato riconosce la valenza giuridica di legami affettivi non fondati sul matrimonio nell'ambito della disciplina del diritto di famiglia; tuttavia, solo la coppia eterosessuale è abilitata a ottenere il ricongiungimento familiare. Nel corso dei procedimenti esperiti dalla ricorrente, le autorità giurisdizionali non hanno allegato alcun motivo che giustificasse la differenziazione fra la situazione delle interessate e quella di una coppia eterosessuale, se non alludendo al fatto che le condizioni legali non fossero soddisfatte al caso di specie. L'unico motivo per cui non era stato concesso un permesso di residenza alla ricorrente consisteva nel suo orientamento sessuale. Rimaneva pertanto da verificare se l'ingerenza fosse giustificata da un motivo ragionevole e proporzionato. Anche in questo caso la risposta della Corte è stata negativa: sebbene l'art. 8 Cedu non garantisca un diritto di soggiorno o di residenza negli Stati contraenti, tuttavia la politica migratoria deve essere attuata nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, con particolare riguardo alla vita privata e familiare. Né le autorità giurisdizionali nazionali adite dalla ricorrente, né il Governo convenuto, hanno addotto motivi oggettivi sulla base dei quali potesse essere giustificata la disparità di trattamento. La discriminazione stessa risultava così palese, in effetti, che lo stesso legislatore croato ha modificato le norme in materia di immigrazione consentendo, dal 2014, il ricongiungimento familiare anche della coppia omosessuale.

#### 4. La vita familiare delle coppie di fatto ai sensi dell'art. 8 Cedu

Questa sentenza chiude il cerchio nella definizione della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu, includendovi qualsiasi stabile relazione che si fondi su ragioni di carattere affettivo. Altre caratteristiche della relazione, come la convivenza, costituiscono pertanto indici importanti per dimostrare l'esistenza, la serietà e la stabilità del rapporto affettivo, ma non sono elementi essenziali per la costituzione di una vita familiare. Rimane la difficoltà a dimostrare l'esistenza di un legame personale di questo tipo, difficoltà insita, tuttavia, in qualsiasi rapporto di mero fatto. Nel caso in esame, particolare rilevanza è stata attribuita ai frequenti viaggi delle interessate e ai periodi di convivenza, sempre pari al periodo massimo di permanenza consentita in Croazia allo straniero senza permesso di soggiorno. Anche una seria volontà di intraprendere un'attività professionale comune, sostenuta dall'avvio delle procedure burocratiche per il suo inizio, ha costituito, nella motivazione della Corte, un indizio rilevante. Tuttavia, la mancata coabitazione deve dipendere da fattori diversi dalla volontà delle parti. Qualora i partner non intendano convivere, la relazione potrà certamente rientrare nell'ambito della vita privata dell'individuo che intrattenga le relazioni che desidera con altri esseri umani, ma non potrà essere dimostrata quella serietà che è invece necessaria per rientrare nell'ambito della vita familiare. Essenzialmente, la mancata coabitazione deve dipendere da fattori esogeni, che nel caso di specie erano in re ipsa.

Sul fondamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la vita familiare può essere organizzata nel modo che le parti ritengano più adatto alle loro personalità ed esigenze. Pertanto, laddove possibile, le parti potrebbero accedere a uno degli istituti di diritto familiare previsti dagli ordinamenti nazionali, come il matrimonio o l'unione registrata. In questi casi, sussistendo una formalizzazione della relazione, la stessa convivenza perde rilievo come elemento essenziale nella prova della suddetta serietà e stabilità: gli interessati hanno assunto un pubblico e reciproco impegno. Laddove non sia possibile, o comunque non sia desiderata la conclusione di un negozio formale (che non può appunto essere imposto, nella salvaguardia della libertà individuale), le parti dovrebbero convivere: l'elemento di fatto sopperisce all'assenza di qualsiasi formalità. Tuttavia, anche l'esigenza di quest'ultimo elemento viene meno, qualora la coabitazione sia resa impossibile da fattori esterni e indipendenti dalla volontà della coppia. Nelle altre ipotesi, il diritto di allacciare rapporti affettivi con qualsiasi altro individuo rientra nell'esercizio del diritto alla vita privata.

14 H.C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996, p. 30.

Nell'ambito dei rapporti di fatto, spetta alle parti interessate dimostrare la serietà e la stabilità della propria relazione, lasciando così inevitabilmente un margine di discrezionalità all'organo giudicante e, in definitiva, allo Stato. Poiché tuttavia l'art. 8 Cedu impone obblighi positivi statali, è necessario che siano presi in considerazione tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, e che siano ponderati eventuali contrari interessi statali, collettivi o di altri privati. Ne consegue che non può essere definita con rigidità la nozione di relazione stabile, indicando, ad esempio, una durata minima, o una serie di elementi di prova che devono necessariamente essere dedotti. Lo Stato deve consentire una certa flessibilità nella presentazione di indizi e prove univoche e usare ragionevolezza nell'esercizio del suo margine di discrezionalità. Con ogni probabilità, nell'ambito di un rapporto di lunga durata è più semplice rinvenire indizi utili a dimostrare la serietà del legame, dal momento che le persone interessate avranno comunque una serie di esperienze di vita in comune. Diverso è il caso di rapporti più brevi. Al riguardo, merita ricordare che la signora Pajić aveva richiesto il permesso di soggiorno in Croazia dopo due anni di stabile relazione, mentre la legge croata comunque richiedeva un rapporto di durata almeno triennale. Il fatto che le autorità di polizia, amministrative e giurisdizionali locali si fossero concentrate sui soli requisiti formali stabiliti dalla legge (diversità di sesso dei partner, durata della relazione) senza evocare e ponderare alcun interesse o diritto confliggente a quello della coppia, è di per sé sufficiente a dimostrare una disparità di trattamento rispetto a un rapporto fra persone di sesso diverso. Anche eventuali ragioni di controllo dell'immigrazione dovrebbero essere attentamente valutate dallo Stato: a parità di legislazione nazionale, una norma che consenta il solo ricongiungimento del partner di sesso diverso appare discriminatoria, dal momento che la politica migratoria non può dipendere dall'orientamento sessuale dello straniero interessato.

## 5. Conclusioni: l'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano

Sebbene la sentenza in esame possa avere molteplici riflessi negli ordinamenti statali e nell'Unione europea, in relazione sia al diritto di famiglia, sia alla disciplina sull'immigrazione<sup>15</sup>, si intende soffermarsi ora sullo specifico aspetto della riforma del diritto di famiglia italiano. A seguito di diversi tentativi da parte del legislatore italiano di introduzione di istituti di diritto familiare diversi dal matrimonio<sup>16</sup>, è stata finalmente approvata la legge 20 maggio 2016, n. 76, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso<sup>17</sup>. La nuova disciplina rappresenta un'importante presa di coscienza del nostro legislatore rispetto agli obblighi internazionali. Il riferimento immediato è alla citata sentenza *Oliari*, con la quale la Corte europea dei diritti umani ha espressamente condannato l'Italia per non ammettere alcuna forma di riconoscimento delle relazioni omosessuali.

Nonostante questo precedente diretto, avente esattamente ad oggetto una violazione da parte dello Stato italiano, ad avviso di chi scrive, la sentenza *Pajić* ha costituito uno stimolo ulteriore per l'approvazione della legge, il cui relativo disegno era proprio in (faticosa) discussione alle Camere in quel periodo (marzo 2016). Infatti, il sicuro inquadramento delle relazioni same-sex fra non conviventi nell'ambito del diritto alla vita familiare dipende in maniera quasi esclusiva dalla rapida evoluzione sociale cui si è assistito in questi anni. La Corte europea dei diritti umani rileva addirittura come il *background* sia fortemente modificato a partire dal 2001, quindi in un periodo di tempo piuttosto ridotto nell'ottica dei cambiamenti sociali, ma sufficiente per adeguarvi la disciplina positiva da parte di un legislatore attento. Nella grande maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea coppie omosessuali hanno già da tempo la possibilità di formalizzare la loro relazione, per il tramite del matrimonio, ovvero dell'unione civile, alla quale sono riconosciuti effetti simili a quelli del matrimonio; ulteriori esempi si ritrovano

15 Si veda, *ex multis*, per le molteplici possibili conseguenze della caratterizzazione di un rapporto come *familiare* ai fini della libera circolazione nell'Unione europea: A. Adinolfi, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 5. Per i profili migratori: C. Ragni, *Il diritto al ricongiungimento familiare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine del caso Pajić*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 454.

16 E. Sorda, *Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata. Note sulla proposta italiana a confronto con i Pacs francesi e la civil partnership inglese*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 67.

17 Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* n.118 del 21 maggio 2016.

in paesi contraenti la Cedu, non membri dell'Unione europea<sup>18</sup>. Sebbene gli Stati continuino a godere di un certo margine di discrezionalità nella disciplina dei rapporti di famiglia, non può essere negata qualsiasi rilevanza a forme affettive diverse da quelle eterosessuali fondate sul matrimonio, alle quali soltanto è riservata l'applicazione dell'art. 12 Cedu<sup>19</sup>. Sebbene una distinzione all'accesso al matrimonio sia ammessa, non deve essere pregiudicato il rispetto di altre relazioni affettive. Da questa generalizzazione consegue che gli altri Stati contraenti la Cedu che ancora non contemplano la possibilità di unioni formali fra persone dello stesso<sup>20</sup> dovranno provvedere celermente, onde evitare (non solo un ritardo legislativo) un pressoché certa futura condanna da parte della Corte europea dei diritti umani. Il regime giuridico di riconoscimento delle coppie omosessuali deve ispirarsi agli stessi principi di parità fra i partner e di solidarietà, certamente concretizzati nell'ambito della l. 76/2016. Allo stesso modo, tuttavia, non possono essere negati effetti delle relazioni non formalizzate, dal momento che non possono essere imposta la conclusione di negozi giuridici, e allo stesso tempo può risultare oggettivamente impossibile la comunanza di vita.

Per questi profili è interessante allora la presenza nella l. 76/2016 di una limitata serie di norme atte a regolare alcuni aspetti delle convivenze. In quest'ambito, il requisito della formalizzazione del rapporto è in parte sostituito dall'elemento di fatto della coabitazione. Mentre l'unione civile sarebbe riservata alle coppie dello stesso sesso, conviventi di fatto sarebbero due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile. La mera dichiarazione anagrafica sarebbe sufficiente a dimostrare la convivenza. Alle persone che formano la coppia vengono riconosciuti taluni diritti reciproci, come ad esempio i diritti di visita stabiliti per il coniuge dall'ordinamento penitenziario, i diritti di assistenza in caso di ricovero, la possibilità di nominare il partner proprio rappresentante, limitati diritti successori sulla casa di abitazione, diritti nell'ambito dell'impresa familiare. In buona parte, si tratta di diritti o facoltà che non potrebbero essere semplicemente attribuiti per accordo dei conviventi, dal momento che si tratta di relazioni fra la coppia – o un componente della coppia – verso terzi o verso lo Stato. Allo stesso tempo questi diritti o facoltà realizzano a loro volta un diritto fondamentale, come ulteriori aspetti della vita familiare (i diritti di visita e di assistenza), o il diritto di proprietà (la facoltà di rappresentanza, i diritti successori). Pertanto, ci si deve chiedere se lo stesso catalogo di diritti debba essere esteso anche a una coppia stabile ma non convivente per motivi oggettivi, al fine del godimento della vita familiare.

La risposta non è semplice. Secondo una prima prospettiva si potrebbe affermare che la Corte ha ricondotto quel rapporto nell'ambito della vita familiare al fine di consentire alle interessate di iniziare ad esercitare effettivamente quella vita familiare, tramite la convivenza, per superare una normativa croata sull'immigrazione palesemente discriminatoria. La seconda prospettiva, che deve essere preferita ad avviso di chi scrive, intende valorizzare la motivazione della Corte edu. Infatti, in nessun modo la nozione di vita familiare è subordinata all'applicazione di una certa normativa nazionale: la relazione stabile *same-sex* costituisce esercizio e godimento della propria vita familiare in quanto tale. Pertanto, non ha alcuna rilevanza il diritto che i partner intendono esercitare, nei propri rapporti reciproci oppure nei confronti della pubblica autorità. Il diritto alla convivenza ha quindi la stessa rilevanza di un diritto successorio: se lo Stato ne ostacola il godimento senza un giustificato motivo, ne è responsabile.

Inoltre, consentire la qualificazione di vita familiare ai soli fini della coabitazione risulta, ad avviso di chi scrive, un assurdo logico; in primo luogo, la Corte ne ha svalutato la portata come requisito indi-

18 K. Boele Woelki, A. Fuchs (ed.), *Legal recognition of same-sex relationships in Europe*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012; K. Waaldijk, *Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 42. La persistente inerzia del legislatore italiano rischiava di divenire un altro caso «scomodo» di palese e irrisolto contrasto della normativa interna con gli obblighi internazionali sanciti dalla Cedu. A. Guazzarotti, *Obbligo di rimediare alle violazioni delle CEDU e logiche emergenziali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, p. 1047. Del resto, già F. Mosconi, *Europa, famiglia e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 373 avvertiva che il legislatore italiano non poteva rimanere a lungo indifferente agli sviluppi in materia di diritto di famiglia negli ordinamenti vicini, e in particolare negli Stati membri dell'Unione europea. Rimaneva, allora, responsabilità delle giurisdizioni nazionali tutelare i diritti fondamentali della coppia, con particolare riferimento alla recente attività di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale (per tutti: B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011). Nonostante questi interventi puntuali delle Corti italiane, non poteva certo essere garantita una sufficiente certezza del diritto a favore delle coppie *same-sex* desiderose di un riconoscimento formale della loro unione affettiva.

19 R. Romboli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso e il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Pavia, Primiceri, 2014, p. 24; G. Ferrando, *Le coppie dello stesso sesso in Italia: matrimonio o partnership?*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 26.

20 Nell'ambito dell'Unione europea, si tratta di Bulgaria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia.

spensabile ai fini dell'art. 8 Cedu; in secondo luogo, la convivenza non esaurisce lo scopo del rapporto personale, che si fonda appunto su un legame affettivo e solidaristico. Pertanto, non è sufficiente facilitare la realizzazione della vita in comune, ma è necessario permettere lo sviluppo di tale rapporto affettivo nei suoi elementi di solidarietà, concretizzati da una serie di diritti che il legislatore è tenuto a riconoscere nell'ambito del principio solidaristico. Nel caso *Pajić*, la rigidità delle norme sui permessi di residenza altro non costituisce che il motivo obiettivo per cui la convivenza era resa impossibile; in altri casi, anche eventualmente non connotati di caratteri di transnazionalità, altri elementi oggettivi ed obiettivamente insuperabili dalla volontà delle parti possono impedire di fatto la coabitazione, senza per ciò stesso far venire meno i vincoli affettivi e solidaristici che caratterizzano una seria relazione stabile. Pertanto, ad avviso di chi scrive, nel momento in cui viene riconosciuto un catalogo di diritti nascenti da una situazione di mero fatto (apparentemente non rifiutabili nemmeno da parte degli interessati, come nel caso della legge italiana), gli stessi diritti devono essere riconosciuti a persone che si trovino in situazioni equivalenti, qualora non soddisfino una condizione per motivi oggettivi ed insuperabili tramite la loro concorde volontà.

---

## *Osservatorio documenti*

## **Italia, Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze**

### **Art. 1**

1. La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto.
2. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni.
3. L'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile.
4. Sono cause impeditive per la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso:
  - a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso;
  - b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può chiedere che si sospenda la costituzione dell'unione civile; in tal caso il procedimento non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato;
  - c) la sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all'articolo 87, primo comma, del codice civile; non possono altresì contrarre unione civile tra persone dello stesso sesso lo zio e il nipote e la zia e la nipote; si applicano le disposizioni di cui al medesimo articolo 87;
  - d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte; se è stato disposto soltanto rinvio a giudizio ovvero sentenza di condanna di primo o secondo grado ovvero una misura cautelare la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso è sospesa sino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento.
5. La sussistenza di una delle cause impeditive di cui al comma 4 comporta la nullità dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano gli articoli 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile.
6. L'unione civile costituita in violazione di una delle cause impeditive di cui al comma 4, ovvero in violazione dell'articolo 68 del codice civile, può essere impugnata da ciascuna delle parti dell'unione civile, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarla un interesse legittimo e attuale. L'unione civile costituita da una parte durante l'assenza dell'altra non può essere impugnata finché dura l'assenza.
7. L'unione civile può essere impugnata dalla parte il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità determinato da cause esterne alla parte stessa. Può essere altresì impugnata dalla parte il cui consenso è stato dato per effetto di errore sull'identità della persona o di errore essenziale su qualità personali dell'altra parte. L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che è cessata la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore. L'errore sulle qualità personali è essenziale qualora, tenute presenti le condizioni dell'altra parte, si accerti che la stessa non avrebbe prestato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi:
  - a) l'esistenza di una malattia fisica o psichica, tale da impedire lo svolgimento della vita comune;
  - b) le circostanze di cui all'articolo 122, terzo comma, numeri 2), 3) e 4), del codice civile.
8. La parte può in qualunque tempo impugnare il matrimonio o l'unione civile dell'altra parte. Se si oppone la nullità della prima unione civile, tale questione deve essere preventivamente giudicata.
9. L'unione civile tra persone dello stesso sesso è certificata dal relativo documento attestante la costituzione dell'unione, che deve contenere i dati anagrafici delle parti, l'indicazione del loro regime patrimoniale e della loro residenza, oltre ai dati anagrafici e alla residenza dei testimoni.

10. Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile.
11. Con la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni.
12. Le parti concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza comune; a ciascuna delle parti spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.
13. Il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. In materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile. Le parti non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto dell'unione civile. Si applicano le disposizioni di cui alle sezioni II, III, IV, V e VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.
14. Quando la condotta della parte dell'unione civile è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altra parte, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter del codice civile.
15. Nella scelta dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare preferisce, ove possibile, la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. L'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse anche dalla parte dell'unione civile, la quale può presentare istanza di revoca quando ne cessa la causa.
16. La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente o da un discendente o ascendente di lui.
17. In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile.
18. La prescrizione rimane sospesa tra le parti dell'unione civile.
19. All'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni di cui al titolo XIII del libro primo del codice civile, nonché gli articoli 116, primo comma, 146, 2647, 2653, primo comma, numero 4), e 2659 del codice civile.
20. Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti.
21. Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II e dal capo II e dal capo V-bis del titolo IV del libro secondo del codice civile.
22. La morte o la dichiarazione di morte presunta di una delle parti dell'unione civile ne determina lo scioglimento.
23. L'unione civile si scioglie altresì nei casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge 1° dicembre 1970, n. 898.
24. L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione.
25. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162.
26. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.
27. Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

28. Fatte salve le disposizioni di cui alla presente legge, il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
- a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni;
  - b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo;
  - c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti.
29. I decreti legislativi di cui al comma 28 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale.
30. Ciascuno schema di decreto legislativo di cui al comma 28, a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri, è trasmesso alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica perché su di esso siano espressi, entro sessanta giorni dalla trasmissione, i pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia. Decorso tale termine il decreto può essere comunque adottato, anche in mancanza dei pareri. Qualora il termine per l'espressione dei pareri parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto dal comma 28, quest'ultimo termine è prorogato di tre mesi. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le sue osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. I pareri definitivi delle Commissioni competenti per materia sono espressi entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono essere comunque adottati.
31. Entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascun decreto legislativo adottato ai sensi del comma 28, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui al citato comma 28, con la procedura prevista nei commi 29 e 30.
32. All'articolo 86 del codice civile, dopo le parole: «da un matrimonio» sono inserite le seguenti: «o da un'unione civile tra persone dello stesso sesso».
33. All'articolo 124 del codice civile, dopo le parole: «impugnare il matrimonio» sono inserite le seguenti: «o l'unione civile tra persone dello stesso sesso».
34. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'interno, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabilite le disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati ai sensi del comma 28, lettera a).
35. Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 34 acquistano efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge.
36. Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.
37. Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.
38. I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario.
39. In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari.
40. Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati:
- a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute;
  - b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie.
41. La designazione di cui al comma 40 è effettuata in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone.
42. Salvo quanto previsto dall'articolo 337-sexies del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni.

43. Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto.
44. Nei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto.
45. Nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto.
46. Nella sezione VI del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile, dopo l'articolo 230-bis è aggiunto il seguente: «Art. 230-ter (Diritti del convivente). - Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato».
47. All'articolo 712, secondo comma, del codice di procedura civile, dopo le parole: «del coniuge» sono inserite le seguenti: «o del convivente di fatto».
48. Il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno, qualora l'altra parte sia dichiarata interdetta o inabilitata ai sensi delle norme vigenti ovvero ricorrano i presupposti di cui all'articolo 404 del codice civile.
49. In caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite.
50. I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.
51. Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.
52. Ai fini dell'opponibilità ai terzi, il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.
53. Il contratto di cui al comma 50 reca l'indicazione dell'indirizzo indicato da ciascuna parte al quale sono effettuate le comunicazioni inerenti al contratto medesimo. Il contratto può contenere:
  - a) l'indicazione della residenza;
  - b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;
  - c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile.
54. Il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in qualunque momento nel corso della convivenza con le modalità di cui al comma 51.
55. Il trattamento dei dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza. I dati personali contenuti nelle certificazioni anagrafiche non possono costituire elemento di discriminazione a carico delle parti del contratto di convivenza.
56. Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti.
57. Il contratto di convivenza è affetto da nullità insanabile che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse se concluso:
  - a) in presenza di un vincolo matrimoniale, di un'unione civile o di un altro contratto di convivenza;
  - b) in violazione del comma 36;
  - c) da persona minore di età;
  - d) da persona interdetta giudizialmente;
  - e) in caso di condanna per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile.
58. Gli effetti del contratto di convivenza restano sospesi in pendenza del procedimento di interdizione giudiziale o nel caso di rinvio a giudizio o di misura cautelare disposti per il delitto di cui all'articolo 88 del codice civile, fino a quando non sia pronunciata sentenza di proscioglimento.
59. Il contratto di convivenza si risolve per:
  - a) accordo delle parti;
  - b) recesso unilaterale;
  - c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona;

- d) morte di uno dei contraenti.
60. La risoluzione del contratto di convivenza per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta nelle forme di cui al comma 51. Qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza.
  61. Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.
  62. Nel caso di cui alla lettera c) del comma 59, il contraente che ha contratto matrimonio o unione civile deve notificare all'altro contraente, nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile.
  63. Nel caso di cui alla lettera d) del comma 59, il contraente superstite o gli eredi del contraente deceduto devono notificare al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza l'estratto dell'atto di morte affinché provveda ad annotare a margine del contratto di convivenza l'avvenuta risoluzione del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza.
  64. Dopo l'articolo 30 della legge 31 maggio 1995, n. 218, è inserito il seguente: «Art. 30-bis (Contratti di convivenza). - 1. Ai contratti di convivenza si applica la legge nazionale comune dei contraenti. Ai contraenti di diversa cittadinanza si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. 2. Sono fatte salve le norme nazionali, europee ed internazionali che regolano il caso di cittadinanza plurima».
  65. In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle.

*omissis*

---

# *Osservatorio decisioni*

## Corte europea dei diritti dell’Uomo, 10 marzo 2015, Y.Y. c. Turchia, n. 14793/08

RETTIFICA DEL SESSO – INCAPACITÀ DI PROCREARE QUALE PRESUPPOSTO PER POTER ACCEDERE AGLI INTERVENTI CHIRURGICI – DIRITTO AL RISPETTO PER LA VITA PRIVATA – VIOLAZIONE – INTERFERENZA NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA

Negare l’autorizzazione alle modifiche di sesso poiché il richiedente non è incapace di procreare interferisce in modo ingiustificato, quale intervento non necessario in una società democratica, nel godimento del diritto al rispetto per la vita privata protetto dall’art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani; di conseguenza, lo Stato turco è condannato a risarcire i danni patiti dal transessuale per aver dovuto attendere per anni l’autorizzazione all’esecuzione dell’intervento chirurgico, anche se rilasciata da un giudice interno prima dell’intervento della Corte Edu.

*Riferimenti normativi:*  
Art. 8 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPEENE DES DROITS DE L’HOMME  
ANCIENNE DEUXIÈME SECTION

*omissis*

### EN FAIT

#### I. LES CIRCONSTANCES DE L’ESPÈCE

5. Le requérant est né en 1981.
6. Le requérant est une personne transsexuelle inscrite sur le registre d’état civil comme étant de sexe féminin. Selon ses dires, il a pris conscience dès son jeune âge qu’il se sentait appartenir au sexe masculin, ce qui était en contradiction avec son sexe anatomique.

#### A. Action judiciaire initiale visant au changement de sexe

7. Le 30 septembre 2005, le requérant, se fondant sur l’article 40 du code civil, saisit le tribunal de grande instance (TGI) de Mersin en vue d’obtenir l’autorisation de recourir à une opération de changement de sexe. Dans sa requête introductive d’instance, l’avocat du requérant indiquait que son client se considérait depuis son jeune âge non comme une femme mais comme un homme, qu’il avait pour cette raison fait l’objet d’un suivi psychologique depuis l’enfance et, vers l’âge de 19-20 ans, il avait envisagé de se suicider. Il indiquait également que son identité biologique actuelle était en conflit avec le sexe auquel il estimait appartenir. Il arguait de la nécessité d’une conversion sexuelle pour lui permettre de réaliser une harmonie entre la perception intime qu’il avait de lui-même et ses caractéristiques physiques. Il précisait que nombre de médecins qu’il avait eu l’occasion de consulter depuis l’enfance avaient préconisé une conversion sexuelle. Il précisait également que son client était âgé de vingt-quatre ans, qu’il menait sa vie en tant qu’homme, qu’il était en couple depuis quatre ans avec une femme et que

son entourage familial et social l'avait accepté en tant qu'homme. Il ajoutait que son client suivait un traitement depuis un an au sein du service psychiatrique de l'hôpital universitaire İnönü en vue de l'opération de conversion demandée. Enfin, il sollicitait le secret de la procédure eu égard à l'état psychologique de son client.

8. Le 16 décembre 2005, le TGI fit droit à la demande portant sur le secret de la procédure.
9. Le 6 février 2006, il entendit les proches du requérant. La mère de l'intéressé déclara que sa fille, enfant, jouait surtout avec des garçons, et que, adolescente, elle lui avait dit qu'elle se percevait comme étant un garçon et qu'elle souhaitait en être un. Elle indiqua avoir alors consulté des psychologues et que ceux-ci avaient estimé que sa fille serait plus heureuse si elle pouvait vivre sa vie en tant qu'homme, ce qu'elle dit être également son avis. Le frère aîné de l'intéressé déclara lui aussi que sa sœur jouait avec des garçons lorsqu'elle était enfant, qu'elle avait commencé à se comporter comme un garçon à l'adolescence, qu'elle avait eu des petites amies, qu'elle était déterminée à changer de sexe par le biais d'une intervention chirurgicale, qu'elle avait tenté plusieurs fois de se suicider, qu'elle était toujours en thérapie et que, à sa connaissance, les médecins avaient décidé de procéder à l'opération.  
 Au terme de cette audience, le TGI adressa une demande d'information au médecin-chef du centre hospitalier où le requérant était soigné afin de savoir si celui-ci était transsexuel, si le changement de sexe s'imposait pour la préservation de sa santé mentale et s'il était dans l'incapacité définitive de procréer.
10. Le 23 février 2006, un comité médical du centre médical de l'université İnönü établit un rapport psychiatrique concluant que le requérant était transsexuel. Il estimait en outre qu'il convenait, d'un point de vue psychologique, qu'il menât désormais sa vie avec une identité masculine.
11. Le 28 février 2006, un comité médical de la branche des maladies féminines et des naissances de ce même centre établit un rapport concluant qu'Y.Y. était de phénotype féminin et transsexuel.
12. Le 7 avril 2006, le TGI constata que deux rapports médicaux en provenance de la faculté de médecine de l'université İnönü lui avaient été transmis. Il releva que dans un rapport du 23 février 2006, un diagnostic de transsexualité avait été posé et qu'il avait été conclu qu'il convenait, d'un point de vue psychologique, que l'intéressé menât désormais sa vie avec une identité masculine. Il releva également que dans un rapport du 28 février 2006, il fut conclu qu'Y.Y. était de phénotype féminin. Il estima cependant que ces rapports ne répondaient pas aux questions qu'il avait posées, à savoir si le changement de sexe s'imposait pour la préservation de la santé mentale de la partie demanderesse et si celle-ci était dans l'incapacité définitive de procréer. Aussi réitéra-t-il sa demande d'information.
13. Le 20 avril 2006, la directrice du service des maladies féminines et des naissances rattaché aux services de chirurgie de la faculté de médecine de l'université İnönü informa par écrit le médecin-chef du centre médical que le requérant avait été examiné à la suite d'une demande de consultation en chirurgie plastique en vue d'un changement de sexe. Elle indiquait qu'il avait été établi, après examen, qu'Y.Y. était doté d'organes génitaux externes et internes féminins, et n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer.
14. Le 21 avril 2006, un comité médical du service psychiatrique de la faculté de médecine de l'université İnönü informa par écrit le médecin-chef du centre médical que le requérant avait été examiné le 20 avril 2006. Après cet examen, il avait été conclu qu'il était nécessaire, d'un point de vue psychique, qu'il pût désormais mener sa vie sous une identité masculine.
15. Lors de l'audience du 5 mai 2006 devant le TGI, l'avocat du requérant contesta le rapport du 20 avril 2006 au motif que celui-ci n'avait pas été adopté par un organe collégial. Le TGI demanda en conséquence la production d'une nouvelle expertise sur la capacité de procréer du requérant. Un comité médical de la faculté de médecine de l'université de Çukurova fut chargé de sa préparation.
16. Le 11 mai 2006, deux médecins rattachés au service des maladies féminines et des naissances de la faculté de médecine de l'université de Çukurova procédèrent à une expertise légale et conclurent, après avoir examiné le requérant, que celui-ci avait la capacité de procréer.
17. Le 27 juin 2006, le TGI, se fondant sur les conclusions des différentes expertises, refusa d'accorder l'autorisation de changement de sexe demandée par le requérant au motif que celui-ci n'était pas, de manière définitive, dans l'incapacité de procréer et qu'il ne répondait dès lors pas à l'une des exigences de l'article 40 du code civil.
18. Le 18 juillet 2006, le requérant se pourvu en cassation contre ce jugement. Dans son mémoire, son avocat soulignait que son client se considérait depuis l'enfance non comme une femme mais comme un homme et que sa conviction à cet égard n'était pas un simple caprice, qu'il avait suivi une longue thérapie psychologique, qu'au terme de celle-ci il avait été diagnostiqué comme étant transsexuel et qu'il convenait, d'un point de vue psychologique, qu'il vécût en tant qu'homme. Il soutenait en outre que sa capacité de procréer n'empêchait aucunement son client de se percevoir comme un homme et qu'il s'agissait là d'un état de fait lié à sa nature sur lequel il n'avait pas de prise. Il soulignait également que, en Turquie comme dans les autres pays du monde, toutes les personnes qui, comme le requérant, ne parvenaient pas à concilier leur état biologique et leur état psychologique n'étaient pas uniquement des personnes

célibataires et dépourvues de la capacité de procréer. À cet égard, il ajoutait qu'il existait de nombreux exemples de personnes ayant une prédisposition au transsexualisme qui s'étaient mariées et avaient eu des enfants avant de recourir à une opération de conversion sexuelle. Il plaidait qu'il n'était pas juste de faire intervenir la capacité de procréer d'une personne transsexuelle, que celle-ci se considérât comme femme ou comme homme. Il soutenait en conséquence que les tribunaux, en refusant d'autoriser le requérant à avoir recours à la chirurgie de conversion sexuelle sur le fondement de l'article 40 du code civil – lequel n'était pas, selon lui, adapté aux réalités sociales –, avaient limité les droits et libertés de son client. Il alléguait également que le rejet de la demande du requérant fondé sur la capacité de celui-ci de procréer n'était pas conforme aux lois et il exprimait l'avis qu'il fallait retirer l'expression « définitivement incapable de procréer » inscrite dans la disposition en question.

19. Le 17 mai 2007, la Cour de cassation, estimant que la juridiction de première instance n'avait commis aucune erreur dans son appréciation des éléments de preuve, confirma le jugement rendu.
20. Le 18 juin 2007, l'avocat du requérant forma un recours en rectification de cette décision. Dans son mémoire, il soutenait qu'aucun des motifs présentés à l'appui du pourvoi du requérant n'avait été pris en compte et qu'aucune observation n'avait été formulée quant aux documents officiels et rapports qui avaient été versés au dossier. Il contestait également l'utilisation du rapport du 11 mai 2006 établi par le service des maladies féminines et des naissances de la faculté de médecine de l'université de Çukurova comme fondement de la décision de rejet litigieuse. Il alléguait à cet égard que le rapport en question n'était pas une expertise, qu'il avait été établi au terme d'un examen ayant consisté en un examen superficiel des organes génitaux de son client et ayant dès lors été insuffisant pour établir sa capacité de procréer. Il soutenait également que, même à supposer que les différents rapports médicaux eussent été suffisants pour établir la capacité de procréer de son client, la seule identité sexuelle que l'intéressé était en mesure d'assumer sur le plan tant physique que psychologique était une identité masculine. Il argüa que cette circonstance avait d'ailleurs été établie le 2 mars 2005 par le rapport du comité de la santé de l'université İnönü où son client suivait par ailleurs depuis longtemps une thérapie psychologique. À cet égard, il critiquait l'absence de prise en compte de cette démarche de son client. Enfin, il soutenait que le refus opposé à la demande par laquelle le requérant cherchait à obtenir l'autorisation de recourir à une intervention chirurgicale destinée à lui conférer le sexe que sa nature l'aurait poussée à avoir portait atteinte aux droits de l'intéressé.
21. Le 18 octobre 2007, la Cour de cassation rejeta la demande de rectification formée par le requérant après avoir relevé qu'aucun des motifs d'infirmité énoncés à l'article 440 du code de procédure civile n'était en cause en l'espèce.

## **B. Procédure devant les instances nationales après communication de la requête au Gouvernement**

22. Le 5 mars 2013, le requérant, se fondant sur l'article 40 du code civil, saisit à nouveau le TGI de Mersin d'une demande d'autorisation de chirurgie de changement de sexe. Dans sa requête introductive d'instance, son avocat indiquait que son client se considérait depuis son jeune âge non comme une femme mais comme un homme, qu'il avait pour cette raison fait l'objet d'un suivi psychologique depuis l'enfance et qu'il avait été établi par des rapports médicaux qu'il convenait, d'un point de vue psychologique, qu'il menât désormais sa vie avec une identité masculine. Il indiquait également que son identité biologique actuelle était en conflit avec le sexe auquel il estimait appartenir. Il argüait de la nécessité d'une conversion sexuelle pour préserver son intégrité psychologique et physique. Il mentionnait en outre que, le 27 mars 2012, Y.Y. avait subi une mastectomie des deux seins et utilisait différentes hormones aux fins d'augmenter son taux de testostérone. Il indiquait qu'il travaillait auprès de son frère en qualité de peintre-décorateur, qu'il se rendait régulièrement dans une salle de sport et qu'il avait l'apparence physique d'un homme. Il argüait que son client, maintenant âgé de 32 ans, s'était toujours considéré comme un homme, que les amis qu'il avait rencontrés après un certain âge ne le connaissaient qu'en tant qu'homme et qu'il n'utilisait pas le prénom figurant sur sa pièce d'identité. Il ajoutait que pour faire correspondre son apparence physique avec sa perception de lui-même, son client avait eu recours à toutes sortes de méthodes aux conséquences néfastes. Au quotidien, en particulier lorsqu'il devait présenter ses papiers d'identité aux institutions publiques, il serait victime d'agissements dénigrants et humiliants et se heurterait à de nombreuses difficultés en raison de la différence existant entre son apparence extérieure et l'identité mentionnée sur ses papiers. L'avocat du requérant concluait en demandant qu'il fût autorisé à entamer les formalités nécessaires à son changement d'identité au registre civil, que sa demande de changement de sexe fût acceptée, que l'autorisation de recourir à la chirurgie de changement de sexe lui fût accordée et que la procédure devant le TGI demeurât secrète.
23. Le 11 avril 2013, après anamnèse et examen du requérant, un comité composé de psychiatres du centre médical de l'université İnönü établit un rapport médical dont il ressortait que le requérant était transsexuel et que la préservation de sa santé mentale passait par son changement de sexe. Ce rapport mentionnait en outre que la question de savoir si l'intéressé était définitivement privé de la capacité de

procréer devait faire l'objet d'une expertise.

24. Le 6 mai 2013, un rapport médico-légal fut établi par un comité du service de médecine légale du centre médical de l'université İnönü. Ce rapport mentionnait que, lors de son examen le 11 avril 2013 au service de médecine légale, le requérant avait déclaré qu'il souhaitait être opéré pour changer de sexe, qu'il avait déjà, par le passé, fait des démarches en ce sens mais qu'il avait été débouté en justice, qu'il avait alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme et que son action avait depuis été réinitiée. Le rapport mentionnait en outre que, à l'examen médical, le requérant était de phénotype masculin (ensemble des caractéristiques extérieures), qu'il avait de la barbe et de la moustache, que ses tissus mammaires avaient été retirés chirurgicalement et qu'il poursuivait un traitement consécutif à cette opération, qu'il présentait une pilosité masculine sur les bras et les jambes, qu'il suivait un traitement hormonal, qu'il avait honte de la couleur de sa pièce d'identité de sorte qu'il l'avait recouverte avant de la placer dans son portefeuille et, enfin, qu'il avait déclaré qu'un changement s'imposait pour lui.

Le rapport énonçait en outre que ses examens sanguins révélaient un taux total de testostérone supérieur à 16 000 ngr/dl, taux que l'on supposait être lié au traitement hormonal qu'il prenait. Il fut estimé qu'il n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer.

Le rapport concluait comme suit :

- « 1. Est de constitution transsexuelle,
- 2. le changement de sexe est nécessaire pour sa santé mentale,
- 3. n'est pas dans l'incapacité définitive de procréer (dans sa nature féminine) (...) »

25. Le 21 mai 2013, le TGI de Mersin fit droit à la demande du requérant et autorisa l'opération chirurgicale de changement de sexe sollicitée. Dans sa motivation, le TGI estimait établi que le requérant était transsexuel, que la préservation de sa santé mentale nécessitait son changement de sexe, qu'il ressortait de l'audition des témoins de la partie requérante que, à tout point de vue, il vivait comme un homme et qu'il souffrait de sa situation, de sorte que, eu égard aux éléments de preuve et aux rapports produits, les conditions énoncées à l'article 40 § 2 du code civil étaient réalisées et qu'il fallait répondre favorablement à la demande. Le jugement stipule être prononcé à titre définitif.

*omissis*

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

44. Le requérant se plaint d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée. Il soutient que la contradiction existant entre sa perception de lui-même comme homme et sa constitution physiologique a été établie par des rapports médicaux. Dans son formulaire de requête, il ajoutait que, ayant demandé l'autorisation de mettre un terme à cette contradiction, il s'était heurté au refus des autorités internes, qui auraient fondé leur décision sur sa capacité de procréer.

Le requérant demandait en outre à être autorisé à subir une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Il critiquait à cet égard la teneur de l'article 40 du code civil et l'interprétation qui en avait été faite, lesquelles n'auraient pas répondu aux besoins que la disposition en cause est censée résoudre dans la mesure où l'exigence biologique qu'elle pose ne pourrait être satisfaite que par le biais d'une intervention chirurgicale. Or l'impossibilité d'avoir accès à une telle intervention chirurgicale prive définitivement, selon le requérant, les personnes de toute possibilité de résoudre la contradiction à laquelle elles se heurtent entre la perception de leur identité sexuelle et la réalité biologique.

Le requérant invoque l'article 8 de la Convention, *omissis*

45. Le Gouvernement repousse ces allégations.

#### A. Sur la recevabilité

*omissis*

## B. Sur le fond

### 1. Principes généraux

56. La Cour rappelle avoir déjà souligné à de multiples reprises que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Cette notion recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 22, série A no 91), mais elle englobe parfois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (*Mikulić c. Croatie*, no 53176/99, § 53, CEDH 2002 I). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45, *B. c. France*, 25 mars 1992, § 63, série A no 232-C, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A no 280 B, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 71, Recueil des arrêts et décisions 1997 I, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, 71, CEDH 1999 VI).
57. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (*Schlumpf c. Suisse*, no 29002/06, § 77, 8 janvier 2009). À cet égard, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 61, CEDH 2002 III).
58. La Cour rappelle en outre avoir affirmé à maintes reprises dans sa jurisprudence que, la dignité et la liberté de l'homme étant l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], no 28957/95, § 90, CEDH 2002 VI, *Van Kück c. Allemagne*, no 35968/97, § 69, CEDH 2003 VII, et *Schlumpf*, précité, § 101). De même a-t-elle reconnu qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle (*Christine Goodwin*, précité, § 77).
59. La Cour rappelle par ailleurs que la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, mais que les principes applicables dans le cas des premières sont comparables à ceux valables pour les secondes. Pour déterminer si une obligation – positive ou négative – existe, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ; dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, *B. c. France*, précité, § 44 et *Hämäläinen c. Finlande* [GC], no 37359/09, § 67, CEDH 2014).
60. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit la définition sexuelle d'une personne (*Schlumpf*, précité, § 104). À cet égard, la Cour a déjà examiné, à la lumière des conditions de vie actuelles, plusieurs affaires se rapportant aux problèmes rencontrés par les transsexuels et elle a approuvé l'amélioration constante des mesures prises par les États au titre de l'article 8 de la Convention pour protéger ces personnes et reconnaître leur situation (*L. c. Lituanie*, no 27527/03, § 56, CEDH 2007-IV).

### 2. Application de ces principes en l'espèce

#### a. Observations liminaires

61. À titre liminaire, la Cour souligne que dans les affaires susmentionnées elle avait été saisie de griefs présentés par des personnes transsexuelles opérées ou qui avaient subi certaines interventions chirurgicales en vue d'une conversion sexuelle, alors que, dans la présente affaire, à la date d'introduction de la requête, le requérant, transsexuel non opéré, s'était vu refuser l'autorisation judiciaire de recourir à une opération de changement de sexe, au motif qu'il n'était pas définitivement dans l'incapacité de procréer.
62. La présente affaire a ainsi pour objet un aspect des problèmes que peuvent rencontrer les personnes transsexuelles différent de ceux que la Cour a eu l'occasion d'examiner jusqu'à présent. Elle pose en effet la question des exigences préalables au processus de conversion sexuelle pouvant être imposées aux transsexuels, et la conformité de celles-ci à l'article 8 de la Convention. Les critères et principes développés dans la jurisprudence susmentionnée, qui avaient été formulés dans un contexte sensiblement différent du cas d'espèce, ne peuvent dès lors être transposés tels quels à la présente affaire. Ils peuvent cependant guider la Cour dans son appréciation des circonstances de l'espèce.

b. *Sur l'angle d'analyse de la question en litige*

i. *Arguments des parties*

63. Le requérant soutient avoir été victime d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée.
64. Le Gouvernement conteste quant à lui cette allégation et argüe que le refus d'autoriser une intervention chirurgicale de conversion sexuelle au motif que des conditions exigées par la loi ne sont pas remplies ne peut passer pour une ingérence dans le droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, selon le Gouvernement, la question de savoir si le respect effectif de la vie privée du transsexuel créé pour l'État une obligation positive en la matière doit se résoudre par la prise en compte du « juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ». À cet égard, il observe que, dans les arrêts *Rees c. Royaume-Uni* (17 octobre 1986, série A no 106) et *Cossey c. Royaume-Uni* (27 septembre 1990, série A no 184), la Cour a tenu compte, entre autres, du fait que « l'existence d'un juste équilibre ne pouvait astreindre l'État défendeur à remanier de fond en comble son système existant » pour conclure à l'absence d'une obligation de ce type à la charge de l'État défendeur.

ii. *Appréciation de la Cour*

65. La Cour observe que le requérant se plaint, à titre principal, du refus que lui opposèrent initialement les instances judiciaires nationales lorsqu'il demanda à accéder à la chirurgie de conversion sexuelle. À cet égard, il réitère que le principe de l'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps (*Pretty*, précité, § 66, et *K.A. et A.D. c. Belgique*, nos 42758/98 et 45558/99, § 83, 17 février 2005). Si l'article 8 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un droit inconditionnel à une chirurgie de conversion sexuelle, la Cour rappelle cependant avoir déjà constaté qu'il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme est un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées (*Christine Goodwin*, précité, § 81). Les services de santé de la plupart des États contractants reconnaissent cet état médical et garantissent ou autorisent des traitements, y compris des interventions chirurgicales de conversion sexuelle irréversibles (paragraphe 35-43 ci-dessus).
66. La Cour estime que le refus qui a été initialement opposé au requérant a eu indéniablement des répercussions sur son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel, aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée. Ce refus a ainsi constitué une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention.

c. *Sur la justification de l'ingérence en cause*

67. Pour déterminer si l'ingérence ainsi constatée emporte violation de l'article 8, la Cour doit rechercher si elle était justifiée au regard du paragraphe 2 de cet article, autrement dit si elle était « prévue par la loi » et « nécessaire, dans une société démocratique » pour atteindre l'un ou l'autre des « buts légitimes » énumérés dans ce texte.

i. *Sur la base légale de l'ingérence*

68. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'expression « prévue par la loi » requiert que la mesure incriminée ait une base en droit interne mais vise également la qualité de la loi en question, exigeant que celle-ci soit accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses conséquences (voir, parmi beaucoup d'autres, *Amann c. Suisse* [GC], no 27798/95, § 50, CEDH 2000 II, *Slivenko c. Lettonie* [GC], no 48321/99, § 100, CEDH 2003 X, et *Fernández Martínez c. Espagne* [GC], no 56030/07, § 117, CEDH 2014 (extraits)).
69. En l'espèce, la Cour note tout d'abord que la question de l'existence d'une base légale ne prête pas à controverse entre les parties. Le requérant expose ainsi que l'ingérence dont il fit l'objet était fondée sur l'article 40 du code civil. Le Gouvernement affirme quant à lui que les exigences de l'article 40 du code civil sont claires et qu'en l'espèce le TGI de Mersin ne s'est pas livré à une interprétation jurisprudentielle quant aux conditions requises par la loi. Se fondant sur les conclusions des différentes expertises réalisées, le TGI de Mersin a ainsi, selon le Gouvernement, rejeté la demande du requérant au motif que toutes les conditions exigées par la loi pour la conversion sexuelle n'étaient pas réunies du fait que le requérant n'était pas dans l'incapacité de procréer.
70. À cet égard, la Cour constate que la décision du TGI du 27 juin 2006, refusant au requérant l'autorisation de changement de sexe qu'il sollicitait, reposait sur l'article 40 du code civil. À la lecture de cette disposi-

tion, la Cour observe que le droit turc reconnaît aux personnes transsexuelles satisfaisant aux exigences de la loi non seulement le droit de changer de sexe mais aussi celui d'obtenir la reconnaissance juridique de leur nouveau sexe par la modification de leur état civil (paragraphe 26 ci-dessus). L'article 40 du code civil conditionne cependant cette possibilité à, entre autres, l'incapacité définitive de procréer, condition sur le fondement de laquelle la demande du requérant a été initialement refusée.

71. Dès lors, la Cour estime que l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit interne. Eu égard à la conclusion à laquelle elle parvient quant à la nécessité de cette ingérence (paragraphe 121-122 ci-après), elle n'estime cependant pas nécessaire de se prononcer sur la prévisibilité de cette disposition quant à ses conséquences.

ii. *Sur le but légitime de l'ingérence*

α) *Arguments des parties*

72. Le requérant soutient qu'aucun motif d'intérêt public ne s'opposait à sa demande d'intervention chirurgicale ou médicale aux fins d'un changement de sexe. À cet égard, il soutient que les arguments généraux présentés par le Gouvernement (tels que la prévention de la banalisation de ce type d'interventions, l'irréversibilité de celles-ci, les dérives de la prostitution, paragraphes 74-75 ci-après) pour justifier l'intérêt d'ordre public ayant présidé à l'ingérence en cause ne peuvent être considérés comme conséquents d'un point de vue scientifique, social et juridique.
73. Selon le Gouvernement, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les États ont le droit de contrôler les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui (*Pretty*, précité, et *Laskey, Jaggard et Brown*, précité). Il déduit de l'arrêt *Pretty* que plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids des considérations de santé et de sécurités publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle.
74. À cet égard, le Gouvernement argüe que le domaine de l'intervention chirurgicale de conversion sexuelle relève non seulement de la protection de l'intérêt général visant à éviter la banalisation des interventions chirurgicales de conversion sexuelle et les opérations inutiles, mais aussi de la protection des intérêts de l'individu qui souhaite pouvoir recourir à une opération irréversible et présentant un risque pour son intégrité physique et morale. Selon le Gouvernement, après l'intervention chirurgicale le transsexuel a certes perdu certaines caractéristiques de son sexe d'origine, mais il n'a pas acquis pour autant tous ceux du nouveau sexe. De plus, l'intéressé deviendrait définitivement dans l'incapacité de procréer. Toujours selon le Gouvernement, il faut également tenir compte des possibles regrets éprouvés par la suite par les personnes ayant eu recours à la chirurgie de conversion sexuelle, aux effets irréversibles.
75. Quant au risque de banalisation des interventions chirurgicales de conversion sexuelle, le Gouvernement expose qu'une telle banalisation serait dangereuse eu égard tant à leur caractère irréversible qu'à un possible détournement des possibilités médicales à cet égard par certains milieux (le milieu de la prostitution, par exemple).

β) *Appréciation de la Cour*

76. La Cour rappelle que l'énumération des motifs pouvant justifier une ingérence dans le droit au respect de la vie privée qui figure dans le second paragraphe de l'article 8 est exhaustive et que la définition de ces motifs est restrictive (*S.A.S. c. France* [GC], no 43835/11, § 113, CEDH 2014 (extraits)). Pour être compatible avec la Convention, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée d'un requérant doit donc être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère. À cet égard, la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention (*ibidem*).
77. Toutefois, en l'espèce, le requérant contestant la pertinence des objectifs invoqués par le Gouvernement (paragraphe 72 ci-dessus), la Cour estime qu'il convient de se prononcer de manière plus circonstanciée. À cet égard, elle observe que le Gouvernement soutient que l'encadrement des interventions chirurgicales de conversions sexuelles relève du domaine de la protection de l'intérêt général et vise plusieurs objectifs : éviter la banalisation de ces interventions et éviter que le recours à de telles interventions puisse être détourné par certains milieux, tel celui de la prostitution. Le Gouvernement se réfère en outre à la protection des intérêts de l'individu concerné eu égard aux risques que représentent ces interventions pour son intégrité physique et morale.
78. Les arguments du Gouvernement quant au risque de banalisation des interventions chirurgicales de conversion sexuelle de même que l'argument afférent à un possible détournement de ce type d'interventions par certains milieux ne sauraient, eu égard à leur formulation, emporter la conviction de la

Cour quant à pouvoir relever de la catégorie des buts légitimes énoncés au second paragraphe de l'article 8.

79. La Cour constate cependant que le Gouvernement se réfère également à l'irréversibilité des interventions chirurgicales de conversion sexuelle et aux risques que représente ce type d'intervention pour la santé. À cet égard, elle n'a pas de raisons de douter qu'en adoptant la législation litigieuse, le Gouvernement défendeur tendait à un but légitime au sens du second paragraphe de l'article 8 et elle admet que ce type d'interventions puisse être soumis à une régulation et à un contrôle de l'État pour des motifs relevant de la protection de la santé.
80. Cela admis, la Cour observe, à la lecture des observations du Gouvernement, que celui-ci ne se prononce pas spécifiquement quant à l'exigence d'infertilité/stérilité mentionnée dans la loi et sur le fondement de laquelle la demande du requérant fut tout d'abord rejetée. Pour autant, eu égard à ses conclusions quant à la nécessité de l'ingérence en cause (paragraphe 121-122 ci-après), la Cour n'estime pas utile de se prononcer de manière plus approfondie sur ce point.

iii. *Sur la nécessité de l'ingérence*

α) *Arguments du requérant*

81. Le requérant indique que très peu de personnes saisissent les tribunaux en vertu de l'article 40 du code civil pour demander à pouvoir vivre en harmonie physique et psychologique, et que, en revanche, seraient nombreuses les personnes se faisant opérer illégalement ou à l'étranger parce qu'elles ne rempliraient pas les conditions énoncées dans la loi.
82. Toujours du point de vue de l'intéressé, les traitements tendant à supprimer la capacité de procréer (stérilisation ou traitement hormonal) sont perçues comme banales dans le cas d'hommes ou de femmes qui ne souhaitent pas avoir d'enfant. Il conteste qu'une telle possibilité ne soit pas reconnue aux personnes transsexuelles et en conséquence, à lui-même.
83. Le requérant défend en outre la thèse selon laquelle l'article 40 du code civil ne devrait pas être interprété comme étant de nature à faire obstacle aux traitements hormonaux et aux procédures médicales de stérilisation des personnes demandant à changer de sexe. Bien qu'existant en Turquie, ce type de traitements ne lui aurait toutefois pas été accessible. Il argüe que, puisque les hommes et les femmes ne souhaitant pas avoir d'enfants ont accès à ce type de traitements ordinaires et irréversibles, il aurait également fallu que lui-même, transsexuel, y ait accès. Il soutient qu'il ne devrait pas avoir à vivre avec une contradiction entre son physique, tel qu'il est, et le sexe auquel il se sent appartenir. Il estime que, à la lumière des données scientifiques et sociales (figurant dans les rapports médicaux versés au dossier), le droit devrait lui offrir une solution.
84. Se référant à la position adoptée par la Cour dans l'affaire *Tavlı c. Turquie* (no 11449/02, §§ 35-37, 9 novembre 2006), il considère que la loi actuelle devrait être interprétée à l'aune de la réalité scientifique, biologique et sociale.
85. D'après le requérant, un nombre important de transsexuels ne sont pas dépourvus de manière définitive de la capacité de procréer. Face à cette situation, l'article 40 du code civil ne répond selon lui à « aucun besoin », car il ne contiendrait aucune disposition reposant sur des nécessités concrètes. Par exemple, il ne comporterait aucune mention d'« une période d'essai » ou d'« un traitement hormonal » ou de tout autre traitement. L'article 40 se référerait uniquement à une « opération » de changement de sexe et à aucune autre procédure médicale. Selon l'intéressé, il existe ainsi un véritable vide juridique en la matière. Les informations en matière de procédure médicale publiées par la caisse de sécurité sociale ne contiendraient pas non plus de dispositions sur la question.
86. Le requérant cite par ailleurs un article rédigé par deux universitaires spécialistes de droit civil portant sur une décision rendue par les juridictions civiles ayant rejeté une demande d'autorisation de changement de sexe au motif que la personne qui avait formulé cette demande était dotée d'organes reproducteurs. Les auteurs auraient relevé que la question de la conformité à la Constitution d'un tel refus n'avait pas été examinée et que les juridictions n'avaient pas plus recherché comment la situation aurait dû être examinée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.
87. En conclusion, le requérant estime que la procédure de changement de sexe pour les transsexuels non dépourvus de la capacité de procréer – soit, selon lui, la majorité des transsexuels – est inapplicable faute pour l'article 40 du code civil d'indiquer les méthodes de traitement à suivre et d'autres dispositions législatives en la matière. Selon le requérant, cette situation contraint les personnes transsexuelles à sortir du cadre légal et à avoir recours à des traitements médicamenteux ou des interventions chirurgicales échappant au contrôle systématique du juge et du médecin.

## β) Arguments du Gouvernement

88. Se référant aux affaires *Christine Goodwin* et *Van Kück* (précitées) ainsi que *Grant c. Royaume-Uni* (no 32570/03, CEDH 2006 VII), le Gouvernement souligne que la Cour a déjà examiné, à la lumière des conditions de vie actuelles, plusieurs affaires se rapportant aux problèmes rencontrés par les transsexuels et qu'elle a salué l'amélioration constante des mesures prises par les États au titre de l'article 8 de la Convention pour protéger ces personnes et reconnaître leur situation. Suivant l'analyse du Gouvernement, tout en leur accordant une certaine marge d'appréciation en la matière, la Cour a jugé que, en vertu des obligations positives que l'article 8 faisait peser sur eux, les États étaient tenus de garantir la reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés, notamment par la modification de leur état civil, avec les conséquences en découlant (il mentionne les arrêts *Christine Goodwin*, précité, §§ 71-93, et *Grant*, précité, §§ 39-44).
89. Le Gouvernement soutient que le système juridique turc remplit cette exigence : une personne transsexuelle opérée bénéficierait ainsi de la rectification de son état civil au registre et, après ce changement, elle mènerait sa vie en conformité avec sa nouvelle identité officielle.
90. Cependant, d'après le Gouvernement, dans les affaires susmentionnées, la Cour était saisie de griefs présentés par des personnes transsexuelles ayant subi des interventions chirurgicales de conversion sexuelle alors que la présente affaire porterait sur le refus des juridictions internes d'autoriser le requérant à recourir à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. À cet égard, il précise que, depuis 1988, le droit turc prévoit la possibilité de changer de sexe et la pleine reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des personnes transsexuelles ayant été opérées.
91. Quant aux conditions requises pour le changement de sexe, le Gouvernement renvoie à l'article 40 du code civil. Selon lui, la législation interne et ses modalités de mise en œuvre n'impliquent pas que le demandeur doive se soumettre à des procédures médicales préalables de stérilisation ou de thérapie hormonale pour accéder à la chirurgie de conversion sexuelle. En l'espèce, la demande du requérant aurait été examinée par le TGI de Mersin dans le cadre des exigences prévues par la loi.
92. Tout en admettant que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8, le Gouvernement soutient que la Cour n'a encore jamais énoncé que cet article comportait un droit à l'autodétermination en tant que tel (il s'appuie sur les arrêts *Schlumpf*, *Van Kück* et *Pretty*, précités). D'après le Gouvernement, on ne peut pas déduire de l'article 8 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour en la matière l'existence d'un droit inconditionnel au changement de sexe par le recours à une intervention chirurgicale, car un tel droit emporterait, selon lui, négation de la protection que la Convention vise à offrir.
93. Selon le Gouvernement, au vu de la gravité et de l'irréversibilité d'une opération de conversion sexuelle, de l'incertitude subsistant quant à la nécessité d'une telle intervention pour le traitement des troubles de l'identité sexuelle, du risque de banalisation de telles interventions chirurgicales et des dangers liés à une telle banalisation, l'État doit se voir reconnaître une ample marge d'appréciation pour réglementer les changements de sexe et déterminer les exigences à remplir avant toute intervention chirurgicale de conversion sexuelle.
94. Il indique que le TGI de Mersin, pour déterminer si toutes les exigences prévues par la loi pour le changement de sexe étaient ou non respectées, s'est appuyé sur l'une des conditions à remplir pour l'obtention de l'autorisation de changer de sexe, à savoir l'incapacité définitive de procréer, ainsi que sur les connaissances et constats des spécialistes.
95. Par ailleurs, eu égard à l'incertitude qui subsisterait quant à la nature profonde du transsexualisme et aux situations extrêmement complexes qui en résulteraient, le Gouvernement estime que la disposition légale incriminée en l'espèce prévoit des mesures juridiques appropriées en ce domaine. D'après son analyse, la Cour elle-même a noté que toute incertitude n'avait pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et que l'on s'interrogeait parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas (il invoque l'arrêt *B. c. France*, précité).
96. Le Gouvernement se dit convaincu que personne ne peut soutenir que pareille intervention chirurgicale est indispensable au traitement des troubles de l'identité sexuelle. Il poursuit en plaçant que la certitude du diagnostic de transsexualisme joue un rôle de la plus grande importance et qu'un tel diagnostic devrait être posé très soigneusement pour éviter toute confusion avec d'autres troubles psychiques analogues. Il soutient que l'opération de conversion sexuelle devrait être rendue non pas nécessaire uniquement par des impératifs psychologiques mais également par des impératifs médicaux.
97. Par ailleurs, les situations juridiques résultant du transsexualisme se révéleraient très complexes. Elles auraient trait en particulier à des questions de nature anatomique, biologique, psychologique et morale liées au transsexualisme et à sa définition ; au consentement et aux autres conditions à remplir avant toute opération ; aux conditions dans lesquelles un changement d'identité sexuelle peut être autorisé ; à des aspects internationaux ; aux effets juridiques, rétroactifs ou non, de pareils changements ; à la possibilité de choisir un autre prénom ; à la confidentialité des documents et des renseignements relatant le

changement ; à des incidences d'ordre familial. Sur ces divers points, le consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe ne serait pas encore assez large pour que la Cour énonce des conclusions déterminantes restreignant la marge d'appréciation concédée aux États et, partant, il s'agirait toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, en raison de la faible convergence de leurs vues en la matière, jouissent d'une grande marge d'appréciation.

98. Compte tenu des très graves risques que comportent à ses yeux les interventions chirurgicales de conversion sexuelle, le Gouvernement soutient que les conditions requises par le droit interne ne sauraient être critiquées, ni d'un point de vue juridique ni d'un point de vue médical. Il craint que l'attitude inverse puisse mener à des opérations pratiquées en l'absence de toute vérification préalable de leur nécessité médicale ou en l'absence de garanties médicales de succès.
99. Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, le Gouvernement soutient que le refus des juridictions internes d'autoriser le requérant à subir une intervention chirurgicale de conversion sexuelle ne peut être qualifié d'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, au sens de l'article 8 de la Convention, et que les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui doit leur être reconnue dans une affaire comme la présente espèce. Il n'y a donc pas eu, selon lui, violation de l'article 8.

#### γ) Appréciation de la Cour

100. Selon la jurisprudence constante de la Cour une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. À cet égard, il faut que les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (voir, entre autres, *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, § 88, CEDH 2012, et *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], no 48876/08, § 105, CEDH 2013 (extraits)).
101. S'il appartient aux autorités nationales d'apprécier les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en dernier lieu la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention. Il faut reconnaître à cet égard une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales compétentes. L'étendue de cette marge est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention et son importance pour la personne concernée, ainsi que la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. Cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus. Dès lors, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est plus restreinte. En revanche, elle est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger (*S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, §§ 101-102, CEDH 2008, et *Fernández Martínez*, précité, § 125).
102. En l'espèce, la Cour observe que la procédure qui s'est déroulée devant les juridictions nationales mettait directement en jeu la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination (*Van Kück*, précité, § 73). À cet égard, elle rappelle s'être déclarée à maintes reprises consciente de la gravité des problèmes que rencontraient les transsexuels et avoir souligné l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées (*Christine Goodwin*, précité, § 74).
103. Elle réitère en ce sens qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rendent les garanties non pas théoriques ou illusoire, mais concrètes et effectives. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (voir, parmi d'autres, *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], no 46295/99, § 68, CEDH 2002 IV).
104. Dans le contexte de la présente affaire, la Cour estime donc opportun de tenir compte de l'évolution du droit international et européen, de même que du droit et de la pratique en vigueur dans les différents États membres du Conseil de l'Europe, afin d'apprécier les circonstances de l'espèce, « à la lumière des conditions de vies actuelles » (pour une démarche similaire, voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A no 26).
105. À cet égard, la Cour observe que la possibilité pour les transsexuels d'entreprendre un traitement de conversion sexuelle existe dans de nombreux États européens, tout comme la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle. La Cour relève en outre que la réglementation ou la pratique en vigueur dans nombre de pays qui reconnaissent le changement de sexe conditionne, implicitement ou explicitement, la reconnaissance légale du nouveau sexe de préférence à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle et/ou à l'incapacité de procréer (paragraphe 43 ci-dessus).
106. Dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, § 85), la Cour a estimé que, conformément au principe de subsidiarité, il appartenait avant tout aux États contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer

- la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et que, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les États contractants devaient jouir d'une ample marge d'appréciation.
107. Elle estime qu'il en va indéniablement de même lorsque sont en cause les exigences légales régissant l'accès à des moyens médicaux ou chirurgicaux pour les personnes transsexuelles désireuses de se soumettre à des modifications corporelles liées à une réassignation de sexe.
  108. Cela dit, la Cour rappelle avoir déjà considéré qu'il convenait d'attacher moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés (*Christine Goodwin*, précité, § 85).
  109. Elle réitère en ce sens que la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu (*Christine Goodwin*, précité, § 90).
  110. À cet égard, elle souligne que, dans son annexe à la Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a affirmé que les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devaient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives (paragraphe 29 ci-dessus). Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa Résolution 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre, a appelé les États membres à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes transgenres et, en particulier, à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale (paragraphe 30 ci-dessus).
  111. La Cour observe également que certains États membres ont récemment modifié leurs législations ou leurs pratiques en matière d'accès aux traitements de conversion sexuelle et de reconnaissance légale de celle-ci en abolissant l'exigence d'infertilité/stérilité (paragraphe 43 ci-dessus).
  112. À cet égard, la Cour estime utile de relever la spécificité du droit turc en la matière. En effet, dans la majeure partie des États qui imposent comme condition préalable à une reconnaissance juridique du nouveau genre choisi un traitement hormonal ou une chirurgie de conversion sexuelle, la stérilité/l'infertilité est appréciée après le processus médical ou chirurgical de conversion sexuelle (paragraphe 42-43 ci-dessus). Or, si le droit turc subordonne le changement d'état civil à une transformation physique obtenue à la suite d'une opération de changement de sexe « réalisée en conformité avec l'objectif spécifié par l'autorisation judiciaire et avec les techniques médicales », l'incapacité de procréer est une exigence qui s'est révélée devoir être satisfaite aux termes de la décision litigieuse du TGI de Mersin, en amont du processus de changement de sexe, conditionnant ainsi l'accès du requérant à la chirurgie de conversion.
  113. Au vu des pièces du dossier, et notamment des témoignages des proches du requérant devant les instances nationales (paragraphe 9 ci-dessus), la Cour observe que celui-ci mène depuis de nombreuses années sa vie sociale en tant qu'homme. L'intéressé apparaît également avoir fait l'objet d'un suivi psychologique dès l'adolescence, avoir été diagnostiqué comme étant transsexuel par un comité d'experts en psychologie, lesquels ont par ailleurs conclu à la nécessité pour lui de poursuivre sa vie avec une identité masculine (paragraphe 7, 10 et 14 ci-dessus). En septembre 2005, au moment où il a sollicité pour la première fois l'autorisation judiciaire de recourir à une opération de changement de sexe, le requérant s'inscrivait donc déjà, depuis plusieurs années, dans un parcours de conversion sexuelle : il était suivie sur le plan psychologique et avait adopté depuis longtemps un comportement social masculin.
  114. En dépit de ces faits, les juridictions internes lui refusèrent tout d'abord l'autorisation requise pour le changement physique auquel il aspire. À cet égard, la Cour réitère qu'il peut y avoir une atteinte grave au droit au respect de la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle (*Christine Goodwin*, précité, § 77).
  115. Elle rappelle également avoir déjà affirmé que l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société (*Christine Goodwin*, précité, § 81, et *Schlumpf*, précité, § 110).
  116. En l'espèce, elle constate que les juridictions internes ont justifié leur refus initial de faire droit à la demande de l'intéressé par la seule circonstance qu'il n'était pas dans l'incapacité de procréer. Or, la

Cour ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe.

117. La Cour observe à cet égard, au vu des informations fournies par les parties, que le droit interne prévoit des procédures médicales de stérilisation volontaire (paragraphe 23-24 ci-dessus). Dans ses observations du 25 octobre 2010, le requérant soutenait quant à lui ne pas avoir accès, sauf à sortir du cadre légal existant, à ce type de traitements (paragraphe 83 et 87 ci-dessus). Il ajoutait qu'aucune disposition législative ne prévoyait la marche à suivre ou le type de traitements auxquels il pourrait se soumettre et qu'il existait dès lors un vide juridique en la matière (paragraphe 85-87 ci-dessus). Dans des observations complémentaires du 23 octobre 2013, son avocat arguait que son client, après avoir introduit la présente requête devant la Cour, avait fait usage d'hormones en dehors de tout contrôle judiciaire et médical (paragraphe 47 ci-dessus).
118. Tout en défendant la conformité à la loi du refus que les juridictions internes ont opposé à la demande du requérant à raison de sa capacité de procréer, le Gouvernement soutient que ni la législation contestée ni ses modalités de mise en œuvre ne requéraient que le requérant se soumette à des procédures médicales préalables de stérilisation ou de thérapie hormonale (paragraphe 91 ci-dessus). Or la Cour ne voit pas comment, sauf à se soumettre à une opération de stérilisation, le requérant aurait pu satisfaire à l'exigence d'infertilité définitive dès lors que, sur un plan biologique, il dispose de la capacité de procréer.
119. Quoiqu'il en soit, la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur la question de l'accessibilité éventuelle du requérant à des traitements médicaux qui lui auraient permis de satisfaire à cette exigence. En effet, en tout état de cause, elle considère que le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements.
120. Au demeurant, dans les circonstances de l'espèce et eu égard à la formulation du grief du requérant, il suffit à la Cour de constater que l'intéressé a contesté, aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, la mention dans la loi de l'incapacité définitive de procréer comme exigence préalable à une autorisation de changement de sexe.
121. La Cour estime en effet que cette exigence n'apparaît aucunement nécessaire au regard des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'encadrement des opérations de changement de sexe (paragraphe 74 et 75). En conséquence, à supposer même que le rejet de la demande initiale du requérant tendant à accéder à la chirurgie de changement de sexe reposait sur un motif pertinent, la Cour estime qu'il ne saurait être considéré comme fondé sur un motif suffisant. L'ingérence qui en résultât dans le droit du requérant au respect de sa vie privée ne saurait donc passer pour avoir été « nécessaire » dans une société démocratique.
122. Le changement d'attitude du TGI de Mersin qui, en mai 2013, a accordé au requérant l'autorisation de recourir à la chirurgie de changement de sexe en faisant abstraction des conclusions médicales selon lesquelles l'intéressé n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer (paragraphe 24 et 25 ci-dessus), vient assurément conforter ce constat.
123. Ainsi, la Cour estime qu'en déniaut au requérant, pendant de nombreuses années, la possibilité d'accéder à une telle opération, l'État a méconnu le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée. Elle conclut en conséquence à la violation de l'article 8 de la Convention.

*omissis*

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. Déclare la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention et irrecevable pour le surplus;
2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

*omissis*

## Corte costituzionale, sentenza 21 ottobre 2015, n. 221

RETTIFICAZIONE ANAGRAFICA - DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE - DIRITTO ALLA SALUTE - NON NECESSITÀ DEL TRATTAMENTO CHIRURGICO

Ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, è esclusa la necessità del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali e può essere richiesto solo laddove sia funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico data la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico.

*Riferimenti normativi*

artt. 2, 3, 32, 117 Cost.; art. 8 Cedu; legge 14 aprile 1982, n. 164; art. 31, comma 4, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

SENTENZA N. 221

ANNO 2015

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alessandro CRISCUOLO; Giudici: Giuseppe FRIGO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), promosso dal Tribunale ordinario di Trento, nel procedimento vertente tra D.B. e Pubblico ministero presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trento, con ordinanza del 20 agosto 2014, iscritta al n. 228 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 52, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visti l'atto di costituzione di D.B., nonché gli atti di intervento dell'Associazione Radicale Certi Diritti e dell'Associazione ONIG – Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, ed altri e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 20 ottobre 2015 il Giudice relatore Giuliano Amato;

uditi gli avvocati Massimo Luciani per D.B., Potito Flagella per l'Associazione ONIG – Osservatorio Nazionale sull'Identità di Genere, ed altri, e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

## Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 20 agosto 2014, il Tribunale ordinario di Trento ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti, «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 – questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso).

Tale disposizione prevede che «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere.

Viene, inoltre, denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute.

2. Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a decidere in ordine alla domanda di rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, avanzata da una persona non sposata e senza figli, intenzionata ad ottenere il riconoscimento di una nuova identità maschile.

Il Tribunale rimettente, chiamato a fare applicazione dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, esclude la possibilità di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari.

- 2.1. In particolare, il giudice a quo osserva che l'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), prevedendo che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», sembrerebbe consentire che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale (come lascerebbe intendere l'avverbio “quando”).

Il rimettente ritiene, tuttavia, che la previsione di tale eventualità non significhi che la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possano esservi casi concreti nei quali gli stessi siano già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero, ovvero per ragioni congenite).

Nel caso oggetto del giudizio a quo, il Tribunale dovrebbe rigettare la domanda di rettificazione, non essendo soddisfatto il requisito in questione. Di qui, la rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso all'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari.

- 2.2. Il Tribunale ritiene la questione non manifestamente infondata, in riferimento alla violazione dei parametri di cui agli artt. 2, 3, 32 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Quanto alla denunciata violazione degli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., il giudice a quo osserva che l'imposizione di un determinato trattamento medico, sia esso ormonale, ovvero di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali, costituirebbe una grave ed inammissibile limitazione del diritto all'identità di genere. Ad avviso del rimettente, il raggiungimento dello stato di benessere psico-fisico della persona si realizza attraverso la rettificazione di attribuzione di sesso, e non già con la riassegnazione chirurgica sul piano anatomico (dalla persona non sempre voluta, come accade per la parte attrice nel giudizio a quo).

Vengono richiamate le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno riconosciuto che il diritto all'identità di genere rientra a pieno titolo nella tutela prevista dall'art. 8 della CEDU, che sancisce il rispetto della vita privata e familiare. Si sottolinea, a questo riguardo, che la contrarietà di una norma interna alla CEDU si risolve in una questione di legittimità costituzionale, in riferimento alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Con specifico riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost., il giudice a quo evidenzia che la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto nell'alveo dei diritti inviolabili sia «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della persona-

lità», che gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere «per dovere di solidarietà sociale» (sentenza n. 161 del 1985); sia il diritto alla libertà sessuale, poiché, «Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto» (sentenza n. 561 del 1987).

La disposizione censurata, pur riconoscendo il diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, ne subordina l'esercizio alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari da realizzare tramite un doloroso e pericoloso intervento chirurgico. Ciò pregiudicherebbe in modo irreparabile l'esercizio del diritto stesso, finendo con il vanificarlo.

Di qui, l'insanabile contrasto tra il diritto individuale all'identità sessuale (e la relativa autodeterminazione) e l'imposizione del requisito della modifica dei caratteri sessuali primari, ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso.

- 2.2.1. Con riferimento alla violazione degli artt. 3 e 32 Cost., il Tribunale rimettente rileva l'irragionevolezza della previsione della previa modifica chirurgica dei caratteri sessuali primari.

Il giudice a quo ritiene che tale modificazione non sia sempre necessaria e che, anzi, alla luce dei diritti coinvolti, la persona debba avere il diritto di rifiutarla. Non vi sarebbe quindi ragionevolezza, né logicità, nel condizionare il riconoscimento del diritto della personalità in esame ad un incommensurabile prezzo per la salute della persona.

Una volta riconosciuto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso costituisce oggetto di un diritto della personalità, non sarebbe consentito al legislatore subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino a vanificarlo.

3. Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e comunque infondata.

- 3.1. L'Avvocatura generale osserva che il giudice a quo non avrebbe adeguatamente verificato la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa censurata, anche alla luce dell'intervenuta abrogazione del successivo art. 3 della stessa legge n. 164 del 1982, per la parte in cui prevedeva la verifica giudiziale dell'avvenuta esecuzione del trattamento chirurgico. Esso stabiliva, infatti, che «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio».

- 3.2. Viene, inoltre, evidenziato che la giurisprudenza di merito ha già offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, nel senso che – ai fini della rettificazione dell'attribuzione del sesso – non è sempre necessario un preventivo intervento medicochirurgico, modificativo dei caratteri sessuali.

Il trattamento medico-chirurgico sarebbe, infatti, necessario solo nel caso in cui occorra assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia laddove la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi sessuali. Viceversa, laddove non sussista tale conflittualità, l'intervento chirurgico non sarebbe necessario.

Al riguardo, la difesa erariale evidenzia che, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, la nozione di identità sessuale non è limitata ai caratteri sessuali esterni, ma può essere qualificata «come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando [...] il o i fattori dominanti» (sentenza n. 161 del 1985).

- 3.3. In prossimità dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato ha depositato una memoria in cui viene illustrata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, del 20 luglio 2015, n. 15138. In tale pronuncia viene affermata la non obbligatorietà, ai fini della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, dell'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011.

Anche alla luce di tale recente arresto della giurisprudenza di legittimità, la difesa erariale ha insistito perché sia dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per il mancato esperimento, da parte del giudice a quo, del tentativo di interpretazione conforme alla Costituzione.

4. Con atto depositato il 7 gennaio 2015, si è costituita nel giudizio D.B., parte privata ricorrente nel giudizio a quo, la quale ha chiesto che sia dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, in accoglimento della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Trento.

- 4.1. In via preliminare, la parte privata ritiene che il giudice a quo abbia utilizzato tutti gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione, dovendo tuttavia concludere nel senso che tale interpretazione sia impedita dal tenore letterale della disposizione.

Né rileverebbe, ai fini dell'apprezzamento del rispetto delle regole del processo costituzionale, la possibilità di un'interpretazione alternativa: ciò che conta è che il rimettente se la sia prospettata, ritenendo di non poterla accogliere. L'esistenza di tale interpretazione alternativa sarebbe infatti, ad avviso della parte privata, questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità.

- 4.2. Nel merito, vengono richiamate le argomentazioni svolte dal giudice rimettente a sostegno della fondatezza questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982, con riferimento a tutti i parametri evocati.
- 4.3. In prossimità dell'udienza pubblica, la difesa della parte privata ha depositato una memoria, nella quale ha riferito, in primo luogo, alcuni sviluppi del giudizio a quo.

A seguito di istanza di riassunzione parziale del giudizio principale presentata dalla stessa parte privata, il Tribunale ordinario di Trento ha disposto la separazione del procedimento relativo alla domanda, proposta in via subordinata, di autorizzazione all'intervento chirurgico e, con sentenza del 25 marzo 2015, ha autorizzato l'adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante intervento chirurgico.

Anche alla luce di tali sviluppi, la parte privata ha ribadito l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, richiamando la disposizione dell'art. 22 delle norme integrative, che stabilisce il principio della irrilevanza delle questioni pregiudiziali rispetto alle vicende del giudizio principale.

Nella medesima memoria, la difesa di D.B. ha illustrato la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, del 20 luglio 2015, n. 15138, in cui è stata affermata la non obbligatorietà, ai fini della rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, dell'intervento chirurgico demolitorio o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982.

*omissis*

## Considerato in diritto

1. Con ordinanza del 20 agosto 2014, il Tribunale ordinario di Trento ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti, «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 – questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso).

Tale disposizione prevede che «La rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

Ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere.

Viene, inoltre, denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità di genere, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute.

*omissis*

3. L'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale è infondata.
  - 3.1. L'Avvocatura generale dello Stato ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della questione, evidenziando che il giudice a quo non avrebbe adeguatamente verificato la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa censurata.
  - 3.2. Con riferimento alla necessità dell'intervento chirurgico, il giudice a quo esclude la possibilità di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari.

In particolare, il Tribunale rileva che l'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), preve-

dendo che «Quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», sembrerebbe consentire che il trattamento medico-chirurgico sia solo eventuale (come lascerebbe intendere l'avverbio «quando»).

Il rimettente ritiene, tuttavia, che la previsione di tale eventualità non significhi affatto che la rettificazione di attribuzione di sesso possa essere ottenuta a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì soltanto che possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali primari siano già modificati (ad esempio, per un intervento già praticato all'estero, ovvero per ragioni congenite).

A sostegno di questa interpretazione, il giudice a quo osserva che, altrimenti, non si comprenderebbe l'espressione «a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali», di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982. Il Tribunale ritiene che «Se il legislatore avesse inteso consentire alla persona la rettificazione di attribuzione di sesso a prescindere dalla modificazione dei suoi caratteri sessuali primari, non avrebbe menzionato tale modificazione nella parte finale della norma in esame».

- 3.3. La compiuta valutazione di tali argomenti, ancorché inidonea ad escludere possibili soluzioni difformi, appare indicativa del tentativo, in concreto effettuato dal giudice a quo, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione. Tale possibilità viene consapevolmente esclusa dal rimettente, il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile.

La possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice a quo non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità.

4. Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 non è fondata nei sensi di cui in motivazione.
- 4.1. La disposizione in esame costituisce l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU).

Come rilevato, infatti, da questa Corte nella sentenza n. 161 del 1985, la legge n. 164 del 1982 accoglie «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti [...]. La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

Tale portata generale e fortemente innovativa dell'intervento legislativo in esame emerge anche dalla formulazione letterale dell'art. 1, oggetto di censura, il quale stabilisce i presupposti per la rettificazione anagrafica del sesso, individuandoli nelle «intervenute modificazioni dei [...] caratteri sessuali». Viene, quindi, lasciato all'interprete il compito di definire il perimetro di tali modificazioni e, per quanto qui rileva, delle modalità attraverso le quali realizzarle.

Interpretata alla luce dei diritti della persona – ai quali il legislatore italiano, con l'intervento legislativo in esame, ha voluto fornire riconoscimento e garanzia – la mancanza di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali.

È questa la strada già indicata nella sentenza n. 161 del 1985, laddove si afferma che la disposizione in esame «riguarda tutte le ipotesi di rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso, in quanto accertato diverso da quello enunciato nell'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali dell'interessato, senza, peraltro, che il disposto in esame prenda in considerazione il modo in cui le modificazioni medesime si sono verificate, se naturalmente ovvero a seguito di intervento medico-chirurgico».

L'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri

specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere. L'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive.

Tale impostazione è stata fatta propria anche dalla recente giurisprudenza di legittimità. Nella sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138, la Corte di cassazione, sezione prima civile, ha affermato, infatti, che la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali non può che essere il risultato di «un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso». Il ricorso alla chirurgia costituisce uno dei possibili percorsi volti all'adeguamento dell'immagine esteriore alla propria identità personale, come percepita dal soggetto. D'altra parte, sottolinea la Corte di cassazione, «La complessità del percorso, in quanto sostenuto da una pluralità di presidi medici [...] e psicologici mette ulteriormente in luce l'appartenenza del diritto in questione al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale, in modo da consentire un adeguato bilanciamento con l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche».

Rimane così ineludibile un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo. Rispetto ad esso il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona.

In questa prospettiva va letto anche il riferimento, contenuto nell'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011, alla eventualità («Quando risulta necessario») del trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali. In tale disposizione, infatti, lo stesso legislatore ribadisce, a distanza di quasi trenta anni dall'introduzione della legge n. 164 del 1982, di volere lasciare all'apprezzamento del giudice, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alle specificità del caso concreto.

Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica.

La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione – come prospettato dal rimettente –, ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico.

Il percorso ermeneutico sopra evidenziato riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 della CEDU) e, al tempo stesso, di strumento per la piena realizzazione del diritto, dotato anch'esso di copertura costituzionale, alla salute.

#### PER QUESTI MOTIVI

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale ordinario di Trento, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 21 ottobre 2015.

*F.to:*

Alessandro CRISCUOLO, Presidente  
Giuliano AMATO, Redattore  
Gabriella Paola MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 5 novembre 2015.

Il Direttore della Cancelleria  
*F.to:* Gabriella Paola MELATTI

## Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 2016, n. 76

ADOZIONE – RICONOSCIUTA ALL'ESTERO – COPPIA DI GENITORI DELLO STESSO SESSO – TRASCRIZIONE IN ITALIA – QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE – INAMMISSIBILITÀ

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Bologna in materia di riconoscimento di un'adozione disposta all'estero non è ammissibile per incorretta individuazione del quadro normativo di riferimento poiché il caso di una minore statunitense, nata negli USA attraverso inseminazione artificiale e adottata nel 2004 da una cittadina statunitense, non ricade nell'ambito dell'art. 36, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184, trattandosi di un'adozione interna a uno Stato straniero ed essendo a tal fine irrilevante la circostanza per cui la ricorrente nel giudizio principale abbia acquisito nel 2013 anche la cittadinanza italiana.

*Riferimenti normativi*

Artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost.; artt. 8 e 14 Cedu; artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184.

SENTENZA N. 76

ANNO 2016

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giuseppe FRIGO; Giudici : Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), promosso dal Tribunale per i minorenni di Bologna sul ricorso proposto da B.E.M. con ordinanza del 10 novembre 2014, iscritta al n. 259 del registro ordinanze 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 4, prima serie speciale, dell'anno 2015.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri e dell'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI;

udito nella camera di consiglio del 24 febbraio 2016 il Giudice relatore Nicolò Zanon.

### Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza del 10 novembre 2014 il Tribunale per i minorenni di Bologna ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), «nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento

della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)», per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

2. Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a definire un giudizio promosso dalla signora B.E.M., al fine di ottenere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione deliberata, in data 22 gennaio 2004, dal Tribunale di Prima Istanza dello Stato dell'Oregon, Contea di Multnomah, negli Stati Uniti d'America, con la quale era stata disposta l'adozione piena della minore J.B.S.E. in favore della ricorrente, con responsabilità genitoriale congiunta a quella della madre biologica J.E.A.

Il rimettente riferisce che la minore J.B.S.E. è nata da J.E.A. in data 4 ottobre 2003, in seguito ad inseminazione artificiale, allorché J.E.A. già conviveva con B.E.M., nell'ambito, dunque, di uno specifico progetto di genitorialità delle due madri (biologica e adottiva). Subito dopo la nascita di J.B.S.E., B.E.M. ha presentato domanda di adozione al Tribunale dello Stato dell'Oregon che, dopo aver accertato l'idoneità della richiedente a svolgere il ruolo di madre e l'idoneità del nucleo familiare ad ospitare la bambina, ne ha statuito appunto l'adozione. In seguito, in data 6 giugno 2013, J.E.A. e B.E.M. hanno contratto matrimonio agli effetti della legge degli Stati Uniti d'America. Il 27 marzo 2013 il Consolato Generale d'Italia con sede a San Francisco ha attestato che B.E.M., cittadina statunitense, è anche cittadina italiana per discendenza. L'intero nucleo familiare risiede ora a Bologna. Ricorda, infine, il giudice a quo che la ricorrente non ha presentato domanda finalizzata ad ottenere l'adozione di J.B.S.E., bensì ha richiesto, anche in nome della figlia adottata, il riconoscimento, in Italia, del provvedimento statunitense di adozione della minore.

3. Il Tribunale per i minorenni di Bologna ricorda, quindi, come i provvedimenti di adozione siano riconoscibili, in Italia, ai sensi dell'art. 41 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), il quale rinvia agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge, ferme restando le norme speciali in materia di adozione dei minori (in particolare, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983). Con riferimento alla fattispecie oggetto del suo giudizio, il rimettente rileva che sussistono «tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale» richieste dalla legge per il riconoscimento del provvedimento straniero, in quanto lo stesso si è perfezionato negli Stati Uniti d'America secondo legalità e sulla base della competenza dell'autorità adita. Ritiene, tuttavia, che, nel caso di specie, osti al riconoscimento della sentenza pronunciata all'estero la sua contrarietà all'ordine pubblico, limite previsto dalle disposizioni citate.

Assume, infatti, il Tribunale che, sulla scorta di una lettura – «da ritenersi prevalente e maggioritaria, di fatto corrispondente a “diritto vivente”» degli artt. 41 della legge n. 218 del 1995 e 44, comma 1, lettera b), della legge n. 184 del 1983 (relativo, quest'ultima disposizione, all'adozione, in casi particolari, del figlio del coniuge) – debba escludersi che un minore possa essere adottato da persona che sia coniuge del genitore nell'ambito di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, costituendo la necessaria diversità dei sessi un presupposto implicito e inderogabile della disciplina adottiva, «così cogente da dovere essere collocato nell'ambito di quelli che si connotano per partecipazione all'area semantica dell'Ordine pubblico interno».

Ad avviso del giudice rimettente, tale interpretazione delle disposizioni sopra citate costituirebbe l'approdo di un “diritto vivente” formatosi nell'applicazione degli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983. Viene ricordata, in particolare, una pronuncia della Corte di cassazione (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572), secondo la quale l'adozione disposta ai sensi dell'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983 – ossia l'adozione pronunciata all'estero su istanza di cittadini italiani che dimostrino, al momento della pronuncia, di avere soggiornato continuativamente nel Paese straniero e di avervi avuto la residenza da almeno due anni – non avrebbe introdotto alcuna deroga al principio generale enunciato al comma 3 del precedente art. 35, ove si stabilisce che il riconoscimento del provvedimento di adozione di un minore pronunciato all'estero non può avere luogo ove contrario «ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori». Tra questi principi – secondo il giudice a quo – vi sarebbe anche quello secondo cui l'adozione è permessa solo a coniugi «uniti in matrimonio» ai sensi dell'art. 6 della legge n. 184 del 1983 (matrimonio che, nell'ordinamento italiano, è consentito solo a persone di sesso diverso).

4. Tanto premesso, il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene di non potersi discostare dall'orientamento giurisprudenziale indicato. Al tempo stesso, afferma di non condividerlo, se applicato alla fattispecie oggetto del suo giudizio, trattandosi di genitori (per quanto dello stesso sesso) con venten-

nale convivenza, poi confluita in un matrimonio regolarmente celebrato all'estero, in cui il coniuge del genitore ha adottato il figlio di quest'ultimo.

Il giudice a quo muove, infatti, dal presupposto che il matrimonio contratto all'estero tra persone del medesimo sesso non possa più essere considerato contrario all'ordine pubblico, in quanto detto matrimonio, nel nostro ordinamento, pur improduttivo di effetti giuridici, non sarebbe inesistente (è citata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 15 marzo 2012, n. 4184). Inoltre, il giudice a quo evoca alcune decisioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe affermato che la coppia formata da persone dello stesso sesso è da considerare "famiglia" (sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria, e sentenza 19 febbraio 2013, X e altri contro Austria). Infine – ricorda sempre il rimettente – la stessa Corte costituzionale avrebbe riconosciuto che la coppia omosessuale rientra tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 170 del 2014).

Il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene pertanto che la disciplina «in materia di riconoscimento dell'adozione perfezionatasi all'estero» sia censurabile sotto due distinti profili.

In primo luogo, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983 violerebbero gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto, per la sola omosessualità dei genitori, esse impedirebbero in modo assoluto alla famiglia formata all'estero di continuare ad essere "famiglia" anche in Italia. Il giudice a quo ricorda come la Corte costituzionale abbia affermato che, pur spettando al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni omosessuali, è ad essa riservata la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (sentenza n. 138 del 2010). Il rimettente, pur riconoscendo l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio e della famiglia, ritiene che non possa essere totalmente sacrificato il contrapposto interesse della coppia omogenitoriale a che l'unione dei membri della famiglia non sia cancellata in modo completo e irreversibile.

La questione non riguarda qui – precisa il Tribunale rimettente – il rapporto di coniugio tra persone dello stesso sesso, ma esclusivamente il rapporto genitoriale e l'interesse preminente del minore al suo riconoscimento.

In secondo luogo, il giudice a quo ritiene che la disciplina censurata contrasti con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della CEDU, in quanto il divieto assoluto di riconoscimento della decisione straniera cancellerebbe «in modo netto e irrazionale» la possibilità, per il giudice italiano, di condurre un vaglio sull'effettivo interesse del minore, vanificando principi di matrice internazionale ed europea.

Il rimettente, su tale aspetto, ricorda anzitutto i principi espressi in alcuni trattati internazionali: la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, comma 1); la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (art. 24, comma 2). Dai trattati in questione emergerebbe la necessità che, in ogni atto comunque riguardante il minore, il suo interesse debba sempre essere considerato preminente. Disposizioni come quelle censurate impedirebbero, invece, al giudice di verificare quale sia l'interesse del fanciullo e, dunque, si porrebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, e con gli artt. 2, 30 e 31 Cost., che assicurano al minore il diritto fondamentale ad una famiglia.

Inoltre, l'impossibilità di riconoscere il provvedimento di adozione, formatosi all'estero, in favore di una famiglia omogenitoriale, si paleserebbe in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU. Il giudice a quo ricorda i principi espressi dalla Corte EDU nella sentenza 19 febbraio 2013, X e altri contro Austria, e nella sentenza 28 giugno 2007, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo. In particolare, in quest'ultima decisione, la Corte EDU avrebbe riscontrato una violazione dell'art. 8 della CEDU da parte dell'autorità che si era rifiutata di riconoscere una sentenza straniera di adozione piena, poiché, quando si è già formata di fatto una famiglia, è inammissibile un rigetto della richiesta di riconoscimento della sentenza straniera che contrasti con l'interesse del minore nel caso concreto: la Corte EDU avrebbe, cioè, affermato che, «quando si è già formata di fatto una famiglia, è inammissibile un rigetto della richiesta di *exequatur* che contrasti con l'interesse del minore nel caso concreto».

5. Espone, infine, il giudice a quo che le questioni prospettate sarebbero rilevanti, in quanto, in assenza di una declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate, sarebbe preclusa allo stesso rimettente una valutazione del superiore interesse del minore ad ottenere il riconoscimento, anche nell'ordinamento italiano, del vincolo di filiazione già regolarmente costituito per un ordinamento giuridico straniero. In assenza di una pronuncia di accoglimento – secondo il giudice a quo – il ricorso andrebbe senz'altro rigettato.

6. Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha spiegato intervento nel presente giudizio di legittimità costituzionale con atto depositato il 17 febbraio 2015, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza.

In particolare, l'Avvocatura generale dello Stato ritiene che il Tribunale per i minorenni di Bologna, omettendo la doverosa ricerca di una soluzione costituzionalmente orientata della fattispecie sottoposta al suo giudizio, avrebbe erroneamente trascurato la possibilità di riconoscere la sentenza straniera secondo una disposizione diversa da quelle censurate, e cioè l'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, la quale consente l'adozione «in casi particolari», avuto specifico riguardo alla «constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

Dopo aver ricordato che, sulla base di tale disposizione, è stata ammessa l'adozione internazionale da parte di una persona singola, quando la stessa corrisponda all'interesse del minore (è ricordata l'ordinanza della Corte costituzionale n. 347 del 2005), e assumendo che tale condizione rilevi «per analogia» anche nel caso di «persona same sex coniugata in altro Paese con il genitore biologico», l'Avvocatura generale dello Stato ritiene che, essendo ammessa l'adozione internazionale da parte di persona singola, dovrebbe a maggior ragione concludersi che possa essere riconosciuta una decisione in tal senso assunta dal giudice straniero.

Né – secondo l'Avvocatura generale dello Stato – tale riconoscimento sarebbe impedito dall'obbligo, stabilito dall'art. 35, comma 3, della legge n. 184 del 1983, di osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale in materia di famiglia e minori. In particolare, riguardo al matrimonio contratto all'estero fra persone dello stesso sesso, la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri ricorda che la Corte di cassazione, pur avendo escluso che tale matrimonio possa essere trascritto negli atti dello stato civile, avrebbe, tuttavia, riconosciuto come lo stabile nucleo fondato su una relazione omosessuale vanti un diritto alla protezione della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della CEDU, e che da ciò deriverebbe anche la possibilità di adire il giudice a tutela di specifiche situazioni (è citata la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 15 marzo 2012, n. 4184). Tale indirizzo giurisprudenziale sarebbe armonico rispetto alle decisioni della Corte EDU (in particolare, alla sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf contro Austria). Sono, infine, richiamate anche le sentenze della Corte costituzionale n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014, le quali avrebbero affermato la «rilevanza anche giuridica dell'unione omosessuale».

D'altra parte – prosegue l'Avvocatura generale dello Stato – la questione dell'adozione ad opera di persone singole e quella della relazione matrimoniale non suscettibile di riconoscimento sarebbero contigue, ma non coincidenti, aprendosi spazi per la soluzione dell'una indipendentemente dalla disciplina della seconda. La giurisprudenza di merito avrebbe già applicato l'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 al caso dell'adozione, da parte di una donna, della figlia naturale della sua compagna e coniuge, in relazione ad un matrimonio celebrato all'estero (è citata la sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma 30 luglio 2014, n. 299). La clausola dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo – se interpretata tale impossibilità come causata da impedimenti di “diritto”, oltretutto da ostacoli “di fatto” – sarebbe utilizzabile come «“porta aperta” sui cambiamenti che la nostra società ci propone». Tale soluzione si imporrebbe a maggior ragione nei casi in cui si tratti solo di riconoscere un rapporto adottivo già istituito all'estero, quando essa appaia corrispondere agli interessi del minore preso in considerazione.

Non sarebbe, infine, d'ostacolo alla soluzione proposta la decisione della Corte di cassazione secondo la quale non potrebbero essere trascritti nei registri dello stato civile provvedimenti esteri di adozione legittimante, se non con riguardo a coniugi uniti in matrimonio (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572). In quel caso – sempre secondo l'Avvocatura generale dello Stato – era stata rilevata la portata ostativa dell'effetto legittimante del provvedimento da trascrivere, ma non era stata esclusa la possibilità di riconoscere l'adozione del singolo con effetti non legittimanti. E, del resto, la Corte di cassazione avrebbe, in altra occasione, ammesso finanche la possibilità di adozioni legittimanti, se corrispondenti all'interesse del minore (è citata la sentenza della sezione prima civile, 18 marzo 2006, n. 6078).

7. In data 16 febbraio 2015 l'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI ha depositato «atto di costituzione e intervento nel giudizio di legittimità costituzionale», chiedendo che le questioni sollevate dal Tribunale per i minorenni di Bologna siano ritenute fondate.

In apertura dell'atto, la citata Associazione riconosce che la giurisprudenza costituzionale tendenzialmente esclude l'ammissibilità dell'intervento di soggetti che non siano parti del giudizio principale o portatori di un interesse immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. È sollecitata, però, un'apertura della giurisdizione costituzionale al contributo di enti esponenziali volti alla tutela di diritti fondamentali dei cittadini, come già avvenuto, in parte, grazie ad alcune decisioni della Corte costituzionale (sono citate le sentenze n. 45 del 2005, 76 del 2001 e 314 del 1992, nonché le ordinanze n. 250 del 2007 e n. 389 e n. 50 del 2004). La difesa e l'affermazione dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali, anche con riguardo specifico a giudizi celebrati innanzi alle Corti

nazionali e sovranazionali, costituisce d'altra parte – osserva l'interveniente – uno specifico obiettivo statutario dell'Associazione.

L'atto di intervento prosegue con una diffusa esposizione delle ragioni che imporrebbero il riconoscimento della sentenza statunitense cui si riferisce il giudizio principale, e comunque esponendo le ragioni che dovrebbero indurre la Corte costituzionale all'accoglimento della questione sollevata dal giudice a quo.

## Considerato in diritto

1. Il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), «nella parte in cui – come interpretati secondo diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)», per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. sarebbero violati perché le disposizioni censurate determinerebbero un'irragionevole compressione del diritto fondamentale del minore alla conservazione del nucleo familiare in cui è stabilmente inserito.

Le disposizioni censurate, inoltre, contrasterebbero con l'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, nella parte in cui questi ultimi impediscono ad un'autorità pubblica di interferire nella vita familiare – e, in particolare, di ostacolare la vita familiare di un nucleo che si è già formato – salvo che tale ingerenza sia prevista dalla legge, persegua uno o più degli scopi previsti dalla norma convenzionale, e sia necessaria, in una società democratica, al fine di raggiungere tali finalità.

2. In via preliminare, deve essere dichiarato inammissibile l'intervento dell'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI. Tale associazione chiede che il suo intervento sia dichiarato ammissibile, in quanto la difesa e l'affermazione dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali e transessuali, anche con riguardo a giudizi celebrati innanzi alle Corti nazionali e sovranazionali, costituisce uno specifico obiettivo statutario dell'associazione.

Non può che essere ribadito, tuttavia, il costante orientamento di questa Corte, secondo il quale non possono partecipare al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale i soggetti che non siano parti nel giudizio a quo, né siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (ex plurimis, da ultimo, in relazione alla richiesta di intervento da parte di soggetti rappresentativi di interessi collettivi o di categoria, sentenze n. 221, n. 178 e n. 37 del 2015, n. 162 del 2014; ordinanze n. 156 del 2013 e n. 150 del 2012).

Nel caso in esame, appare evidente come la posizione giuridica di tale associazione non risulti suscettibile di essere pregiudicata in alcun modo dall'esito del giudizio di costituzionalità, in quanto il rapporto sostanziale dedotto in causa concerne solo profili attinenti alla posizione dei soggetti privati parti del giudizio a quo.

3. La questione è inammissibile, non già per gli argomenti addotti dall'Avvocatura generale dello Stato, peraltro inconferenti rispetto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate, bensì per le diverse ragioni di seguito illustrate.
- 3.1. In primo luogo, trascurando di compiere una corretta ricognizione del quadro normativo di riferimento, il Tribunale per i minorenni affronta in modo contraddittorio la questione relativa all'esistenza della propria *potestas iudicandi* sulla fattispecie sottoposta a giudizio.

Nel suo iter logico-argomentativo, il giudice rimettente opera, infatti, un immediato ma indistinto riferimento all'art. 41 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione.

L'articolo appena citato, tuttavia, nei suoi due commi, prevede due ben diversi procedimenti per giungere a tale riconoscimento.

Il comma 1 stabilisce, quale regola di carattere generale, un riconoscimento "automatico" dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, attraverso il rinvio agli artt. 64, 65 e 66 della medesima legge,

relativi, rispettivamente, alle sentenze straniere, ai provvedimenti stranieri e ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione.

Il comma 2, invece, stabilendo che «[r]estano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori», opera un riferimento alla disciplina contenuta nella legge n. 184 del 1983 e dunque, anzitutto, agli artt. 35 e 36 di tale legge, i quali prevedono che il riconoscimento in parola sia subordinato ad un vaglio da parte del Tribunale per i minorenni.

Il giudice a quo non distingue tra questi due diversi procedimenti di riconoscimento. Dapprima, infatti, egli afferma che la sentenza statunitense di adozione – che è chiamato a riconoscere – risponde a «tutte le condizioni di carattere procedurale e processuale» previste dagli artt. 64, 65 e 66 della legge n. 218 del 1995, quelle a cui rinvia il comma 1 dell'art. 41 della medesima legge; immediatamente dopo, però, aggiunge che l'adozione non può essere dichiarata efficace in Italia perché non risponde ai requisiti previsti dalla normativa interna in materia di adozione di minori, in particolare, a quelli previsti agli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983, richiamati dal comma 2 del citato art. 41.

La contraddittorietà di tale percorso argomentativo risulta evidente, poiché l'applicazione della legislazione speciale in materia di riconoscimento della sentenza di adozione internazionale di minori – che richiede un previo vaglio giudiziale, ad opera del Tribunale per i minorenni – non può che escludere il contemporaneo rinvio alle disposizioni ordinarie sul riconoscimento “automatico” dei provvedimenti stranieri.

La giustificazione che il giudice a quo fornisce in ordine all'esistenza della propria *potestas iudicandi* esibisce così un difetto di motivazione sulla rilevanza: se egli avesse ritenuto che la sentenza straniera dovesse essere riconosciuta “in modo automatico”, ai sensi del comma 1 dell'art. 41 della legge n. 218 del 1995, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda, poiché, in tale ipotesi, il provvedimento straniero potrebbe essere direttamente presentato all'ufficiale di stato civile per la trascrizione; se, invece, avesse adeguatamente motivato in ordine al fatto che la legge n. 218 del 1995 gli consentiva di svolgere un “giudizio” ai fini del riconoscimento della sentenza di adozione pronunciata all'estero, avrebbe dovuto fare riferimento unicamente all'art. 41, comma 2, della legge n. 218 del 1995 e alle pertinenti disposizioni della legge n. 184 del 1983.

- 3.2. In realtà, richiamando la disposizione da ultimo citata, il giudice a quo ha erroneamente ritenuto applicabile al caso oggetto del suo giudizio la disciplina in tema di riconoscimento delle sentenze di adozione internazionale di minori, riconducendo la fattispecie da cui origina il giudizio principale all'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983, che estende il controllo giudiziale del Tribunale per i minorenni ad una particolare ipotesi di adozione di minori stranieri in stato di abbandono da parte di cittadini italiani.

Tale disposizione – relativa al riconoscimento di decisioni di adozione assunte in Stati che risultano parti della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993, ratificata e resa esecutiva con legge 31 dicembre 1998, n. 476, o che abbiano stipulato specifici accordi bilaterali con lo Stato italiano – stabilisce che «[l]'adozione pronunciata dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione».

Il rimettente, ricordando come la Corte di cassazione (sezione prima civile, 14 febbraio 2011, n. 3572) abbia ritenuto che, anche in tale ipotesi, il giudice debba verificare se la sentenza pronunciata all'estero contrasti con i «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori» – limite contenuto nel comma 3 dell'art. 35 – solleva le questioni di legittimità costituzionale in esame, assumendo che proprio quel limite impedirebbe il riconoscimento della sentenza pronunciata negli Stati Uniti d'America come un'adozione in casi particolari del figlio del coniuge (ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b, della legge n. 184 del 1983) nell'ambito di una coppia dello stesso sesso.

Queste, dunque, le ragioni del sollevato dubbio di legittimità costituzionale, che, peraltro, nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione coinvolge, nella loro interezza, gli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983; mentre, nella motivazione, si appunta soltanto sul comma 4 dell'art. 36 e sul comma 3 dell'art. 35.

La fattispecie da cui ha avuto origine il giudizio di costituzionalità non è, però, correttamente riconducibile all'art. 36, comma 4, della legge n. 184 del 1983.

Il Tribunale per i minorenni di Bologna ritiene evidentemente determinante il fatto che la ricorrente sia – al momento del ricorso – cittadina italiana. Non considera, tuttavia, che, al momento dell'adozione, ella era solo cittadina americana e che l'adozione pronunciata negli Stati Uniti d'America nel 2004 riguardava una bambina di cittadinanza americana. Ha quindi erroneamente ricondotto la fattispecie oggetto del proprio giudizio ad una disposizione – appunto il citato art. 36, comma 4 – volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero.

L'inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo determina, dunque, un'erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte (*ex plurimis*, ordinanze n. 264 del 2015 e n. 116 del 2014).

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale per i minorenni di Bologna, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 febbraio 2016.

*F.to:*

Giuseppe FRIGO, Presidente  
Nicolò ZANON, Redattore  
Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 7 aprile 2016.

Il Cancelliere

*F.to:* Roberto MILANA

## Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 26 maggio 2016, n. 12962

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – STABILE CONVIVENZA TRA MADRE BIOLOGICA E MADRE SOCIALE – RELAZIONE INDUBBIAMENTE GENITORIALE – CONFLITTO DI INTERESSE – INSUSSTITENZA – ADOZIONE EX ART. 44 LETTERA D L. 4/5/1983 N. 184 – IMPOSSIBILITÀ GIURIDICA DI AFFIDAMENTO PREADOTTIVO – IRRILEVANZA DELL’ORIENTAMENTO SESSUALE – REALIZZAZIONE IN CONCRETO DELL’INTERESSE DEL MINORE

In ipotesi di richiesta di adozione coparentale da parte del convivente del genitore sociale, non vi è conflitto di interesse fra la madre ed il proprio figlio minore e non vi è dunque necessità di nomina di un curatore speciale; la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all’applicazione dell’art. 44 lettera d) della legge n. 184 del 1983, per l’adozione in casi particolari, dovendosi ritenersi sufficiente l’impossibilità “di diritto” di procedere all’affidamento preadottivo; laddove l’interesse del minore si realizzi nel vedere riconosciuti i legami affettivi che ha consolidato con il genitore sociale che se ne prende cura insieme con il genitore biologico nell’ambito di un nucleo familiare caratterizzato da una stabile relazione di coppia, risulta irrilevante tanto l’orientamento sessuale dei genitori quanto lo *status* coniugale della coppia.

*Riferimenti normativi:*

art. 44 lett. d), Legge 4 maggio 1983, n. 184; art. 8 Cedu

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

*omissis*

ha pronunciata la seguente

SENTENZA

*omissis*

### Fatti di causa

1. *...omissis...*, legata da una relazione sentimentale e di convivenza con *...omissis...* fin dal 2003, ha proposto dinanzi al Tribunale per i minorenni di Roma, ai sensi dell’art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), domanda di adozione della minore *...omissis...*, evidenziando che: - la nascita di *...omissis...* è stata il frutto di un progetto genitoriale maturato e realizzato con la propria compagna di vita; - la decisione di scegliere *...omissis...*, più giovane, ai fini della gravidanza è stata dettata dalle maggiori probabilità di successo delle procedure di procreazione medicalmente assistita effettuata in *...omissis...*; - *...omissis...* ha vissuto sin dalla nascita con lei e la sua compagna, in un

contesto familiare e di relazioni scolastiche e sociali analogo a quello delle altre bambine della sua età, nel quale sono presenti anche i nonni ...*omissis*... e alcuni familiari della ricorrente.

Il Tribunale adito - acquisito l'assenso della madre della minore alla adozione e sentito il Pubblico Ministero minorile, il quale ha espresso parere sfavorevole -, con la sentenza n. 299/2014 del 30 luglio 2014, ha disposto farsi luogo all'adozione ...*omissis*... da parte di ...*omissis*..., con conseguente aggiunta del cognome di quest'ultima a quello della minore.

Tale decisione è stata basata sulle seguenti argomentazioni: a) non è ravvisabile nel nostro ordinamento, diversamente dall'adozione "legittimante", il divieto per la persona singola di adottare ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettere d), della legge n. 184 del 1983; b) nessuna limitazione normativa può desumersi dall'orientamento sessuale della richiedente l'adozione in casi particolari; c) con la menzionata disposizione, il legislatore ha inteso favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura, prevedendo un modello adottivo con effetti più limitati rispetto a quello di cui all'art. 6 della stessa legge n. 184 del 1983; d) la *ratio legis* deve essere individuata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore, da intendersi come limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto; e) la condizione dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo, contenuta nella lettera d) del comma 1 dell'art. 44, deve essere interpretata non già restrittivamente, come impossibilità "di fatto", bensì come impossibilità "di diritto", così da comprendere anche minori non in stato di abbandono ma relativamente ai quali nasca l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità; f) tale ultimo requisito è sussistente nella specie, non trovandosi ...*omissis*... in stato di abbandono e risultando, di conseguenza, non collocabile in affidamento preadottivo in ragione della presenza della madre, perfettamente in grado di occuparsene; g) la minore, in virtù dello stabile legame di convivenza tra ...*omissis*..., ha sviluppato una relazione di tipo genitoriale con quest'ultima, relazione che, attraverso il paradigma dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, può avere riconoscimento giuridico entro i limiti dettati dal peculiare modello adottivo applicabile; h) non sussistono, al riguardo, ostacoli normativi costituiti dall'assenza del rapporto matrimoniale e dalla riscontrata natura del rapporto tra la madre della minore e ...*omissis*..., in quanto persone dello stesso sesso; i) le indagini richieste dall'art. 57 della stessa legge n. 184 del 1983 hanno consentito di rilevare la piena rispondenza dell'adozione al preminente interesse della minore.

2. A seguito dell'impugnazione proposta dal Pubblico Ministero minorile avverso tale sentenza, la corte d'Appello di Roma, sezione minorenni - in contraddittorio con ...*omissis*..., che ha resistito all'appello; respinta, con ordinanza del 3 febbraio-9 aprile 2015, l'istanza di nomina di un curatore speciale della minore; disposta ed espletata la "verifica", di cui all'art. 57 della legge n. 184 del 1983 -, con la sentenza n. 7127/2015 del 23 dicembre 2015, ha rigettato l'appello.

In particolare, nel confermare la menzionata pronuncia del Tribunale, la Corte:

a) in ordine all'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi tra la minore e la madre, legale rappresentante della stessa in giudizio, ed alla conseguente necessità della nomina di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., nel ribadire quanto osservato con la citata ordinanza reiettiva del 3 febbraio-9 aprile 2015, ha ritenuto che non vi fosse, nel caso concreto, incompatibilità d'interessi e di posizioni tra la minore e la madre in merito all'esito della causa ed ha sottolineato che la norma richieda il preventivo assenso del genitore;

b) in ordine alla dedotta illegittimità dell'interpretazione della *condicio legis*, relativa alla "*constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo*", ha affermato che: nell'intenzione del legislatore, tale disposizione risponde all'esigenza di rafforzare legami di fatto esistenti in ambito familiare/parentale e di trovare una soluzione per situazione nelle quali non sia possibile l'adozione legittimante; insorto contrasto in dottrina ed in giurisprudenza, nella prima fase di applicazione della norma, tra l'interpretazione "restrittiva" - secondo la quale l'impossibilità di affidamento preadottivo presuppone una situazione di abbandono, in quanto solo tale condizione rende possibile un affidamento preadottivo - e l'interpretazione "estensiva" - secondo la quale può prescindere dalla condizione di abbandono -, quest'ultima interpretazione è quella nettamente prevalente nella giurisprudenza minorile, avendo trovato autorevole avallo ermeneutico nella sentenza della Corte Costituzione n. 383 del 1999, per la quale l'art. 44, primo comma, lettera c), nella versione *ratione temporis* (1999) applicabile, formalmente e sostanzialmente corrispondente alla vigente lettera d), non richiede la preesistenza di una situazione di abbandono del minore, trattandosi di una sorta di clausola residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all'art. 7, relativi alle condizioni necessarie per procedere all'adozione legittimante; in conclusione, deve aderirsi all'interpretazione secondo la quale è sufficiente l'impossibilità giuridica dell'affidamento preadottivo, la quale può verificarsi anche in mancanza di una situazione di abbandono;

c) in particolare, ha osservato che: nessuna delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari, previste dall'art. 44, comma 1, richiede il preventivo accertamento di una situazione di abbandono, in quanto la *ratio* ad esse sottesa è volta alla salvaguardia di legami affettivi e relazionali preesistenti ed

alla risoluzione di situazioni personali nelle quali l'interesse del minore ad un'ideale collocazione familiare è preminente e si realizza mediante l'instaurazione di "vincoli giuridici significativi" con chi si occupa stabilmente di lui; l'interpretativa estensiva non può ritenersi preclusa dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 22292 del 2013, perché relativa ad una fattispecie nella quale l'applicabilità dell'art. 44, comma 1, lettera d), è stata esclusa per essere già in atto un affidamento preadottivo conseguente ad una dichiarazione di adottabilità;

d) con riferimento al caso di specie, ha affermato che: l'impossibilità dell'affidamento preadottivo è incontestabile, esistendo un genitore con la piena consapevolezza del suo ruolo ed una figlia minore che ha maturato un rapporto interpersonale, affettivo ed educativo con la partner convivente della madre, tale da acquisire un'autonoma particolare rilevanza e da giustificare il riconoscimento giuridico attraverso una forma legale corrispondente a ciò che si verifica nella vita quotidiana delle relazioni familiari della minore medesima; la natura residuale dell'art. 44, comma 1, lettera d), risponde pienamente a tali esigenze; il Tribunale ha accertato, in concreto, l'esistenza di un profondo legame della minore con ...omissis..., instaurato fin dalla nascita e caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, interno ed esterno, qualificanti il rapporto genitoriale e filiale; si tratta non già di dare vita ad una forma di genitorialità non consentita dalla legge, ma di prendere atto di una situazione relazionale preesistente e di dare ad essa una forma giuridica secondo i parametri consentiti dalla legge sull'adozione, senza alcuna sovrapposizione al rapporto che lega la madre della minore e ...omissis...; le indagini svolte ai sensi dell'art. 57 della legge n. 184 del 1983 hanno consentito di accertare la piena capacità affettiva ed educativa della ...omissis... - che mantiene un solido rapporto anche con il proprio fratello e con il suo nucleo familiare di origine, nel quale la minore è coinvolta -, nonché la condizione di benessere in cui la minore vive, comprendente aspetti ludici, sociali, scolastici, ricreativi, affettivi, culturali e materiali che la stessa ...omissis... concorre a determinare.

3. Avverso questa sentenza il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Roma ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di censura.

Resiste, con controricorso, ...omissis...

## Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo (con cui deduce: "Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'art. 78 c.p.c. - nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa"), il Pubblico Ministero ricorrente critica la sentenza impugnata, sostenendo che: a) la situazione di conflitto d'interessi si manifesta nello stesso ricorso introduttivo, laddove è esplicitato che la nascita di ...omissis... è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente, "dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di entrambe, e quindi anche della madre della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso" (crf. Ricorso, pag 4); b) tale conflitto è "potenziale", dal momento che la madre agisce nel proprio interesse e ritiene che tale interesse coincida con quella della minore, sicché la decisione impugnata, anche se formalmente tesa a salvaguardare l'interesse della minore, appare sostanzialmente ispirata da una concezione "adultocentrica"; c) l'assenso della madre all'adozione non è risolutivo, trattandosi di una condizione della procedura prevista per qualsiasi tipologia di adozione in casi particolari; d) pertanto, sarebbe stato necessario scindere le due posizioni, quella di portatrice di un interesse morale all'adozione e quella di legale rappresentante dell'adottanda, appunto con la nomina di un curatore speciale della minore.

Con il secondo motivo (con cui deduce: "Errore nella applicazione della legge ex art. 44 lett. d legge 184/83), il ricorrente critica ancora la sentenza impugnata, quanto all'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lettera d) data dalla Corte d'Appello, sostenendo che: a) la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale - la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo - al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale; b) al riguardo, il richiamo della sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999 non appare pertinente, in quanto tale sentenza è relativa ad una fattispecie concernente la domanda di adozione speciale rivolta da parenti entro il quarto grado che già si occupano ed accudiscono il minore, così impedendo la dichiarazione di abbandono; c) invece, la sentenza della Corte di Cassazione n. 22293 del 2013 afferma correttamente che non può dilatarsi la nozione d'impossibilità di affidamento preadottivo al punto da ricomprendervi

l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, con la conseguenza che l'impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante.

1.1. Nell'odierna udienza di discussione, il sostituto Procuratore Generale ha chiesto: 1) in via preliminare, la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, perché involgente una questione di massima di particolare importanza; 2) in via subordinata, l'accoglimento del ricorso, ritenendo inapplicabile alla fattispecie dedotta nel presente giudizio l'art. 44, comma 1, lettera *d*) della legge n. 184 del 1993, in quanto tutta la disciplina normativa relativa all'adozione, comprensiva dell'art. 44, è rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata, abbandonata ed abusata, mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei; inoltre, l'interpretazione della *condicio legis* "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera *b*) dello stesso art. 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio; ancora, la Corte d'Appello di Roma non ha neanche tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della lettera *b*) dell'art. 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto, né ha ritenuto di sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale, ma ha ritenuto applicabile la lettera *d*) nonostante il carattere derogatorio e di stretta interpretazione della norma; infine, a fronte di un'ampia varietà di situazioni familiari stabili meritevoli di tutela, deve ritenersi rimessa al legislatore la scelta in ordine ai valori ed ai diritti da tutelare.

2. Preliminarmente, quanto alla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale, il Collegio osserva innanzitutto che, secondo il consolidato e condiviso orientamento di questa Corte (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 4219 del 1985, 359 del 2003, 8016 del 2012), l'istanza di parte volta all'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell'art. 376 cod. proc. civ. (nella specie, ai sensi del terzo comma dello stesso art. 376) e dell'art. 139 disp. att. cod. proc. civ., costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale, che non solo non è soggetto ad un dovere di motivazione, ma non deve neppure necessariamente manifestarsi in uno specifico esame e rigetto di detta istanza.

Fermo restando quanto ora ribadito, può in ogni caso osservarsi che la Corte di cassazione ha pronunciato a sezione semplice su numerose questioni variamente collegate a temi socialmente e/o eticamente sensibili, in tema sia di "direttive di fine vita" (sentenza n. 21748 del 2007), sia di limiti al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive (sentenze n. 4148 del 2012 e 2004 del 2015, sia di adozione da parte della persona singola (sentenze nn. 6078 del 2006 e 3572 del 2011), sia di surrogazione di maternità nella forma della gestazione affidata a terzi (sentenza n. 24001 del 2014). Deve, pertanto, ritenersi che non tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità sono per ciò solo qualificabili come "di massima particolare importanza" nell'accezione di cui all'art. 374, secondo comma, cod. proc. civ.

3. *In limine*, il Collegio precisa che, nella specie, il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la minore alla richiedente l'adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge n. 184 del 1983, non è riconducibile ad alcune delle forme di cosiddetta "surrogazione di maternità" realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna che l'ha partorita, in applicazione dell'art. 269, terzo comma, cod. civ.

4. Il ricorso non merita accoglimento.

4.1. Il primo motivo non è fondato.

Con esso (cfr., *supra*, n. 1), la critica del ricorrente si incentra sulla prefigurabilità di un conflitto "potenziale" (così qualificato dallo stesso ricorrente) tra l'interesse della madre ad ottenere riconoscimento giuridico dell'unione con la propria partner e quello, autonomo, della minore adottanda, conflitto dal quale scaturirebbe la necessità della nomina di un curatore speciale della minore medesima.

La questione che tale motivo pone non ha precedenti specifici e consiste nello stabilire se, nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia, la domanda proposta da una delle persone componenti la coppia per l'adozione del figlio minore dell'altra, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge n. 184 del 1983, determini *ex se* un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra la madre e il minore adottando.

Al riguardo, è indispensabile premettere il quadro normativo di riferimento interno e convenzionale concernente la rappresentanza e la partecipazione del minore ai giudizi che lo riguardano.

La generale previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 78 cod. proc. civ. - "Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è un conflitto di interessi col rappresentante" - deve integrarsi, con specifico riferimento al minore, con gli artt. 3 e 12 della Convenzione sui diritti del

fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva dalla legge 27 maggio 1991, n. 176, nonché con gli artt. 4 e 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva dalla legge 20 marzo 2003, n. 77.

In particolare, la Convenzione di New York - dopo aver affermato, nell'art. 3, par. 1, il fondamentale principio, secondo cui *"In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"* -, con l'art. 12, par. 2, stabilendo che *"[...] si darà [...] al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in modo compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale"*, sancisce l'autonomia dei diritti e degli interessi del minore anche nei procedimenti giurisdizionali.

A sua volta, l'art. 4, par. 1, della Convenzione di Strasburgo dispone che *"Salvo quando disposto dall'articolo 9, il fanciullo ha il diritto di chiedere, personalmente o per il tramite di altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale delle procedure dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono, qualora il diritto interno privi coloro che hanno responsabilità di genitore, della facoltà di rappresentare il fanciullo per via di un conflitto d'interesse con lo stesso"*. E il successivo art. 9 par. 1, stabilisce che *"Nelle procedure che interessano un fanciullo, se, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitore si vedono privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lo stesso, l'autorità giudiziaria può designare un rappresentante speciale per il fanciullo in tali procedure"*.

Tale quadro normativo convenzionale esige, dunque, che possa essere rappresentata autonomamente la posizione del minore nei giudizi che lo riguardano e si riferisce in particolare a quelle relativi ad interventi sulla responsabilità genitoriale ed a quelli adottivi, riservando tuttavia ai legislatori nazionali di stabilirne le modalità.

La scelta operata dal legislatore italiano è fondata sulla predeterminazione normativa di alcune peculiari fattispecie nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo (cfr., ad esempio, artt. 244, sesto comma, 247, secondo, terzo e quarto comma, 248, terzo e quinto comma, 249, terzo e quarto comma, 264, cod. civ.), mentre tutte le altre concrete fattispecie di conflitto d'interessi potenziale, che possa insorgere nei giudizi riguardanti i diritti dei minori, sono regolate dall'art. 78, secondo comma, cod. proc. civ.: ciò significa che il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato.

L'impostazione binaria ora illustrata è coerente con l'interpretazione complessiva del sistema di tutela della effettiva rappresentanza degli interessi del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dagli orientamenti della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, la Corte costituzionale, già nell'ordinanza n. 528 del 2000, allude alla necessità di verificare l'esistenza nel nostro ordinamento di norme che consentano la nomina del curatore speciale del minore nei giudizi che hanno ad oggetto la potestà genitoriale (artt. 333 e 336 cod. civ., *ratione temporis* applicabili), ancorché non via sia una previsione puntuale al riguardo nelle norme codicistiche richiamate. La stessa indicazione è contenuta nella sentenza n. 1 del 2002, nella quale viene espressamente precisato che il menzionato art. 12 della Convenzione di New York integra la disciplina contenuta nell'art. 336 cod. civ. (nella versione *ratione temporis* applicabile) in modo da consentire, *"se del caso"*, la nomina di un curatore speciale. Nelle sentenza n. 83 del 2011, la corte è esplicita nell'affermare che, se di regola la rappresentanza sostanziale e processuale del minore è affidata al genitore, qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, spetta al giudice procedere alla nomina del curatore anche d'ufficio, *avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, primo comma, della Convenzione di Strasburgo [...] previa prudente valutazione delle circostanze del caso concreto"* (n. 5 del *Considerato in diritto*).

Coerentemente con i principi soprarichiamati - fondati sul rafforzamento del potere-dovere del giudice del merito di verificare in concreto l'esistenza di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del genitore-rappresentante legale e quelli del minore -, sono state individuate, anche ai fini della delimitazione del sindacato di legittimità di questa Corte, le ipotesi di conflitto d'interessi, rilevabili in astratto ed in via generale, distinguendole dalle situazioni concrete che volta a volta il giudice del merito ha il poter-dovere di esaminare, anche alla luce delle norme convenzionali sopra indicate e del sistema potenziato di tutela processuale della posizione del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 (di modifica della legge n. 184 del 1983, le cui norme processuali sono entrate in vigore il 1° luglio 2007). Al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 7281 del 2010, con la quale, in ordine ad un giudizio di adottabilità, si è ritenuto che il conflitto d'interessi tra genitori e minore, ai sensi dell'art. 8, ultimo comma, e 10, secondo comma, della legge n. 184 del 1983, sia *in re ipsa*, con conseguente obbligo per il giudice di provvedere alla nomina del curatore speciale, mentre relativamente al rapporto tra tutore e minore la valutazione in concreto di una situazione d'incompatibilità debba essere

frutto di valutazione svolta caso per caso dal giudice (cfr., in senso conforme, le sentenze n. 2290, 16553 e 16870 del 2010, 11420 del 2014).

L'apprezzamento dell'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi, che non sia previsto normativamente in modo espresso (come ad esempio, nel disconoscimento di paternità, dal citato art. 244, ultimo comma, cod. civ.) o non sia ricavabile dall'interpretazione coordinata delle norme che regolano il giudizio (come nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità), è rimesso in via esclusiva al giudice di merito e non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità: al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 5533 del 2001, secondo la quale il conflitto d'interessi tra genitore e figlio minore si determina non "in presenza di un interesse comune, sia pure distinto ed autonomo, di entrambi al compimento di un determinato atto, ma soltanto allorché i due interessi siano nel caso concreto incompatibili tra loro". Il medesimo principio è affermato nella motivazione della sentenza n. 21651 del 2011, proprio con riferimento ad una fattispecie di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), della legge n. 184 del 1983, laddove non si esclude "in linea di principio" l'applicabilità dell'art. 78, secondo comma, cod. proc. civ., ma si afferma, richiamando la precedente pronuncia n. 2489 del 1992, che "il conflitto deve essere concreto diretto ed attuale, e sussiste se al vantaggio di un soggetto corrisponde il danno dell'altro".

Alla luce dei richiamati principi, emerge chiaramente l'infondatezza del motivo in esame. Rilevato che viene censurata - sotto il profilo della violazione di norme di diritto di cui all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ. - l'"Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'art. 78 c.p.c.", sul rilievo che "nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa", anche se da ritenersi non in atto ma potenziale, deve escludersi che possa trarsi in via ermeneutica, in carenza d'indici normativi specifici, un'incompatibilità d'interessi ravvisabile in generale quale conseguenza dell'applicazione dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Questa peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolari mira infatti - come meglio risulterà nel corso dell'esame del secondo motivo (cfr., *infra*, n. 4.2.) - a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali. La *ratio* dell'istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalle legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato. All'interno di tale paradigma non può ravvisarsi una situazione d'incompatibilità d'interessi *in re ipsa*, desumibile cioè dal modello adottivo astratto, tra il genitore-legale rappresentante ed il minore adottando.

Al riguardo, deve aggiungersi che non può non cogliersi, nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando previsto dall'art. 46 della legge n. 184 del 1983, un indice normativo contrario alla configurabilità, in via generale ed astratta, di una situazione di conflitto d'interessi anche solo potenziale. Tale situazione può, invece, riscontrarsi in concreto nel corso del procedimento di adozione di cui all'art. 44, sicché il giudice, se sollecitato da una delle parti o dal pubblico ministero, deve verificarne l'esistenza nella fattispecie dedotta in giudizio. Nella specie, la Corte d'Appello, con l'ordinanza del 9 aprile 2015 (cfr., *supra*, Fatti di causa, n. 2.) ha trattato espressamente la questione, escludendo la necessità della nomina di un curatore speciale, sia in considerazione della radicale diversità della situazione *sub iudice* rispetto a quelle che caratterizzano le dichiarazioni di adottabilità, nelle quali viene in luce proprio l'inedoneità dei genitori e l'inadempimento ai doveri discendenti dal vincolo di filiazione, sia in relazione alla valutazione in concreto della comunanza - e non dell'incompatibilità - degli interessi del genitore e del minore, sia, infine, in considerazione della necessità dell'assenso preventivo all'adozione da parte del genitore stesso.

La censura, in conclusione, è da respingersi sotto il profilo della violazione di legge, dal momento che il conflitto d'interessi denunciato non è *in re ipsa* ma va accertato in concreto con riferimento alle singole situazioni dedotte in giudizio.

Può, infine, osservarsi che l'unica ragione posta a sostegno della denunciata incompatibilità d'interessi è stata individuata nell'interesse della madre della minore al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale. Al riguardo, tuttavia: o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia omoaffettiva) ad essere potenzialmente contrastante, *in re ipsa*, con l'interesse del minore, incorrendo però in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico; oppure si deve escludere *tout court*, come già ampiamente argomento, la configurabilità in via generale ed astratta di una situazione di conflitto d'interessi. E, comunque, anche a voler qualificare il vizio denunciato all'interno del paradigma di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. (ancorché non espressamente dedotto), la Corte d'Appello ha compiutamente esaminato il profilo indicato, ne ha trattato in modo completo ed ha espresso, di conseguenza, una valutazione finale insindacabile.

4.2. Anche il secondo motivo è privo di fondamento.

Il suo esame sarà incentrato sull'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi normativa di adozione in casi particolari disciplinata nell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983. In particolare, l'indagine ermeneutica sarà concentrata sul contenuto da attribuire alla disposizione "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*", condizione questa - in cui deve trovarsi il minore adottando - indispensabile per l'applicazione di tale fattispecie di adozione.

- 4.2.1. Al fine di pervenire ad un'interpretazione coerente con la lettera e la *ratio* dell'istituto, oltreché con il contesto costituzionale e convenzionale all'interno del quale devono collocarsi i diritti del minore, è necessario esaminare il testo dell'art. 44 nella sua interezza nonché la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di questa Corte.

Il testo originario della norma era il seguente: "*I minori possono essere adottato anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'articolo 7: a) da persone unite al minore, orfano di padre e madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo [primo comma]. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi [secondo comma]. Nei casi di cui alle lettere a) e c) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi [terzo comma]. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare [quarto comma]*".

L'art. 25 della menzionata legge 28 marzo 2001, n. 149, ha sostituito l'intero art. 44, inserendo, in particolare una nuova ipotesi adottiva relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lettera c). Per effetto di questa interpolazione, l'adozione "*quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" risulta attualmente contrassegnata dalla lettera d). Inoltre, le successive modifiche hanno riguardato la soppressione - ad opera dell'art. 100, comma 1, lettera t), del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, nel comma 2 dello stesso art. 44, dell'attributo "*legittimi*" dopo "*figli*", nonché l'inserimento - ad opera dell'art. 4, comma 1, della legge 19 ottobre 2015, n. 173 (*Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*) -, nell'art. 44, comma 1, lettera a), dopo le parole "*stabile e duraturo*", relative al rapporto del minore orfano di padre e di madre con parenti fino al sesto grado, delle parole "*anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento*".

Il testo vigente dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 risulta, pertanto, il seguente: "*1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare*".

E', infine, indispensabile tenere presente che il tribunale per i minorenni, per ogni ipotesi di adozione non legittimante, oltre all'acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46, primo comma, cit.), deve svolgere l'indagine prevista dal successivo art. 57, il quale dispone: "*Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore [primo comma]. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia [secondo comma]. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore [terzo comma]*". La lettera a) del terzo comma è stata sostituita ad opera dell'art. 29 della legge n. 149 del 2001, che ha esteso l'accertamento da svolgere anche alla "*idoneità affettiva*".

- 4.2.2. Alla luce di tale quadro normativo, l'interpretazione della condizione costituita dalla "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*", non può essere scissa né dall'esame complessivo dell'istituto dell'adozione in casi particolari né dalle modifiche normative *medio tempore* intervenute, al fine di verificare se la sua *ratio* originaria possa ritenersi tuttora intatta oppure sia mutata in conseguenza dell'evoluzione del quadro normativo.

Il Procuratore generale ricorrente ed il sostituto Procuratore generale d'udienza aderiscono nettamente alla richiamata "*tesi restrittiva*" (cfr., *supra*, nn. 1 e 1.1.), che si fonda sulla qualificazione della "*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*" come "*impossibilità di fatto*": secondo tale tesi, l'inveramento della condizione richiede ineludibilmente la preesistenza di una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore.

Al riguardo, possono individuarsi tre ragioni giustificative di questa lettura della norma: 1) la valorizzazione dell'*intentio legis*: l'originaria lettera c), ora lettera d), del comma 1 dell'art. 44, anche secondo alcuni orientamenti dottrinali espressi nella fase di prima applicazione della norma, doveva essere rivolta a scongiurare l'affidamento a terzi di minori da parte dei genitori mediante l'aggravamento del rigoroso regime dell'adozione legittimante; tale *ratio* originaria ha, di conseguenza, permeato l'istituto, limitandone anche attualmente l'applicazione a minori in condizioni di prolungata istituzionalizzazione, alla quale non sia seguito, e verosimilmente non possa seguire, l'affidamento preadottivo; 2) l'utilizzazione del sintagma "*constatata impossibilità*" richiama una situazione di fatto preesistente; 3) la contraria interpretazione "estensiva" - come sottolineato anche dal sostituto Procuratore Generale nella sua requisitoria d'udienza - condurrebbe a dichiarare l'adozione in casi particolari tutte le volte che ciò corrisponda all'interesse del minore adottando, con conseguente aggravamento della condizione limitativa imposta dalla legge.

Il Collegio non condivide tale opzione interpretativa.

L'esame critico del suo fondamento va svolto, come già detto, muovendo dal quadro normativo costituito dalla legge n. 184 del 1983 e dagli altri rilevanti interventi innovativi in tema di filiazione, dianzi delineati. L'analisi deve essere completata con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, ed in particolare dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "*best interest*" del minore.

Deve sottolinearsi che l'art. 44, al primo comma, stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dalle lettere a), b), c) e d) dello stesso art. 44. Infatti, tale norma dispone che "*I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7*" e il richiamato art. 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo art. 8, comma 1. Risulta pertanto, anche dal mero esame testuale delle norme sopraindicate, che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando.

La conferma dell'assunto si trae anche dal successivo art. 11, comma 1, nella parte in cui stabilisce che, relativamente al minore orfano di entrambi i genitori e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità, "*salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44*".

Le altre differenze di regime giuridico tra le due diverse categorie di adozione, hanno invece una portata applicativa più limitata. Il limite dovuto alla differenza d'età si applica soltanto alle ipotesi *sub a)* e *d)* e l'estensione alla persone non sposate non riguarda l'ipotesi relativa all'adozione del figlio del coniuge, regolata dalla lettera *b)*.

Deve, pertanto, essere pienamente valorizzata ai fini ermeneutici la portata generale della prescrizione contenuta nel primo comma dell'art. 44, secondo la quale - si ribadisce - la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lettera *d)*.

Sostenere invece che, per integrare la condizione della "*constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo*", debba sempre sussistere la situazione di abbandono, oltretutto contrastante con l'art. 44, comma 1 - nella parte in cui ne esclude la necessità per tutte le ipotesi descritte dalla norma, senza distinzione tra le singole fattispecie, come invece si riscontra nel terzo comma dell'art. 44 relativamente agli altri requisiti relativi all'età o all'insussistenza dello *status* coniugale -, condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lettera *d)*, l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nel citato art. 8, comma 1, della legge n. 184 del 1983.

Già sul piano dell'esame testuale delle norme l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso (oltretutto a differenze di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo) non priva d'influenza sul piano sistematico. Al riguardo, deve ritenersi che vi siano due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore, e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione.

All'interno di questa diversa categoria di genitorialità adottiva prevista dal nostro ordinamento, deve rilevarsi che delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari descritte nell'art. 44, quella contrassegnata dalla lettera *d)* è caratterizzata da un grado di determinazione inferiore alle altre tre: nella prima, infatti, vengono esattamente definite le situazioni del minore (orfano di padre e madre) e dell'adottante (parente entro il sesto grado con preesistente rapporto stabile e duraturo con il minore); nella seconda, ugualmente, il minore adottando deve essere figlio, anche adottivo, di un coniuge e l'adottante non può che essere l'altro coniuge; nella terza, il minore deve essere orfano di entrambi i geni-

tori e portatore di *handicap*, mentre non è richiesta alcuna condizione in ordine all'adottante; nella lettera *d*), invece, nessun requisito viene indicato per definire i profili dell'adottante e dell'adottando, essendo soltanto prevista la *condicio legis* della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo".

L'impostazione di cui alle considerazioni che precedono è del tutto coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999.

Con questa pronuncia, infatti, la Corte - nel dichiarare non fondata, in riferimento agli artt. 3 e 30, secondo comma, Cost., anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, primo comma, lettera *c*), della legge n. 184 del 1983 (testualmente corrispondente alla vigente lettera *d* dello stesso art. 44: cfr., *supra*, n. 4.2.1.) - ha affermato, tra l'altro, che:

a) "[...] l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione del minore "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7". In questa logica di apertura, la lettera *c*) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere *a*) e *b*)";

b) "Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera *c*) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento. In realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima legge n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera *c*)";

c) "Una ulteriore conferma della adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'art. 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili si trae dal disposto del primo comma del precedente art. 11 [...]. E' evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

L'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del "best interest" del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati.

In particolare, quanto ai predetti interventi legislativi, la riforma della filiazione, di recente attuata mediante la legge delega 10 dicembre 2012, n. 219, ed il già citato d. lgs. n. 154 del 2013, ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli *status* filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprecrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita. Inoltre, il medesimo principio, rafforzato dal canone dell'assunzione di responsabilità in ordine alle scelte genitoriali fatte consapevolmente, è a fondamento dell'art. 9, commi 1 e 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40: in queste norme è stabilito, infatti, che un rapporto di filiazione - sorto per effetto dell'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla legge, ove il consenso all'accesso a tali pratiche sia ricavabile da atti concludenti - non può essere messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno. Ancora, la salvaguardia della continuità affettiva costituisce la *ratio* della già menzionata, recentissima legge n. 173 del 2015, tanto da costituire il titolo della novella, recante appunto "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare". Infine, anche l'istituto dell'adozione in casi particolari è stato significativamente lambito dalle riforme legislative sopra indicate: infatti, con riferimento con l'indagine da svolgersi ai sensi del menzionato art. 57, comma 3, lettera *a*) - nel testo sostituito dall'art. 29 della legge n. 149 del 2001 - il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della "idoneità affettiva" del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante-minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono.

In conclusione, l'interpretazione della espressione "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte d'Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigenti, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quello "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono (art. 8, comma 1).

4.2.3. Al riguardo, deve osservarsi che la sentenza di questa Sezione n. 22292 del 2013, con orientamento confermato dalla successiva n. 1792 del 2015, non è in contrasto con la scelta ermeneutica assunta dal Collegio. Le due pronunce definiscono la nozione d'impossibilità dell'affidamento preadottivo in relazione alla richiesta di adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), da parte di una coppia affidataria riferita ad un minore che era già in affidamento preadottivo presso altra coppia, perché in corso il procedimento volto all'adozione legittimante. In questo peculiare conflitto, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non potesse desumersi dall'allegato contrasto della scelta dell'adozione legittimante con l'interesse del minore. La *condicio legis* in questione viene, pertanto, esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio. La menzionata legge n. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle due richiamate pronunce.

L'interpretazione della "*impossibilità di affidamento preadottivo*" all'interno di conflitti quale quello sopra delineato non osta, in conclusione, alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche l'impossibilità "di diritto", e con essa tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatasi con altri soggetti, che se ne prendano cura.

4.2.4. Il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere della corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso Moretti e Benedetti contro Italia - ricorso n. 16318 del 2007 - deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione istaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio è stato affermato nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358 del 2012 - la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento).

La Corte, infine, nel caso X ed altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007), ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner (o adozione cosiddetta "coparentale") la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della Convenzione in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali. La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "*motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale*" (par. 151 della sentenza). Il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o l'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato, ed il consenso dei medesimi in ordine all'estensione del diritto all'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso non è immediatamente rilevante (parr. 147, 148, 149), se in concreto si verifica una situazione, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni "*serie*" (non essendovi evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013).

Ne consegue che, coerentemente con i principi sopra affermati, poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d), possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("*la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo*"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, primo comma, n. 2), non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.

Deve sottolinearsi peraltro che, rispetto alla situazione descritta nel par. 91 della sopra citata sentenza X e altri contro Austria, il consenso degli Stati aderenti alla Cedu all'adozione legittimante da parte di persone dello stesso sesso e all'adozione cosiddetta coparentale è notevolmente cresciuto rispetto ai dati indicati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza medesima: infatti, attualmente, in quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso, mentre in Germania è possibile l'adozione del figlio del partner, così come in Croazia, Estonia e Slovenia, ma non l'adozione *tout court*.

- 4.2.5. Si rileva, infine, che la legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non si applica, *ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio.
5. La circostanza che la parte soccombente è un ufficio del Pubblico Ministero comporta - in conformità con il costante principio, secondo cui l'ufficio del Pubblico Ministero non può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio nell'ipotesi di soccombenza, trattandosi di organo propulsore dell'attività giurisdizionale al quale sono attribuiti poteri, diversi da quelli svolti dalle parti, meramente processuali ed esercitati per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico (cfr., *ex plurimis* e da ultima, la sentenza n. 19711 del 2015) - che non v'è luogo a provvedere sulle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

...omissis...

## Corte di appello di Milano, decreto 13 marzo 2015

MATRIMONIO CONTRATTO ALL'ESTERO TRA CITTADINI ITALIANI DELLO STESSO SESSO – CELEBRATO ALL'ESTERO – RIFIUTO DI TRASCRIZIONE – LEGITTIMITA'

Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è trascrivibile negli atti dello stato civile poiché, pur non essendo contrario all'ordine pubblico internazionale - inteso come insieme di principi a carattere universale volti alla tutela di diritti fondamentali dell'Uomo -, è comunque inidoneo, quale atto di matrimonio, a produrre qualsiasi effetto giuridico in tale ordinamento sulla base della normativa vigente non potendosi peraltro, attraverso l'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, affermare l'esistenza del diritto di persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio; una diversa conclusione produrrebbe, nel nostro ordinamento, un quadro di incertezza non compatibile con l'assetto e la funzione stessa della trascrizione.

*Riferimenti normativi*

Art. 29 Cost.; art. 12 Cedu

REPUBBLICA ITALIANA  
CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE DELLE PERSONE, DEI MINORI E DELLA FAMIGLIA

*omissis*

### **premesse**

che con ricorso *ex* articolo 95 DPR 396/2000 *omissis*, già sposati in data 31 luglio 2012 in Brasile e successivamente coniugati con matrimonio civile in Portogallo il 24 giugno 2013, hanno chiesto al Tribunale di Milano di dichiarare l'illegittimità del rifiuto di trascrizione dell'atto di matrimonio e di ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano di effettuarne la trascrizione negli appositi registri;

che il Tribunale di Milano, a seguito di udienza svoltasi dinanzi al giudice delegato, nella quale depositavano atto di intervento l'associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford e i signori *omissis* e venivano sentiti questi ultimi, come pure i ricorrenti, con decreto del 17/23 luglio 2014, respingeva il ricorso;

che il Tribunale, richiamando integralmente un proprio decreto emesso in analoga fattispecie in data 2 luglio 2014, perveniva alla indicata conclusione ritenendo che l'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non potesse essere trascritto nei registri dello stato civile perché non idoneo a spiegare effetti giuridici nel nostro ordinamento sulla base dell'attuale vigente normativa; considerando che, anche alla luce della evoluzione giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, in materia, non poteva comunque affermarsi l'esistenza del diritto di persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio "...come diritto riconosciuto dalla nostra costituzione e dallo stesso ordinamento sovranazionale..";

che il primo giudice, a sostegno di tale affermazione, richiamava

- la sentenza 138/2010 nella quale la Corte Costituzionale affermava che il riconoscimento giuridico di una unione omosessuale non comportava di necessità un'equiparazione della unione omosessuale al matrimonio, così come emergeva anche dalle legislazioni di altri Stati che avevano regolamentato con diverse modalità il diritto di persone dello stesso sesso a vivere una condizione di coppia riconosciuta; sicché, secondo la Consulta spettava al Parlamento, "...nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette...";

- le indicazioni della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, secondo cui la "garanzia" del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso è totalmente riservata al potere legislativo degli Stati contraenti della Convenzione e/o membri dell'Unione Europea;

- i più recenti approdi della Corte di Cassazione che, pur indicando come superata la pregressa tesi della "inesistenza giuridica" dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso (Cass. 4184/2012), ha individuato la ragione della sua non trascrivibilità nella inidoneità a produrre, quale atto di matrimonio, effetto giuridico nell'ordinamento italiano, in ragione della mancanza di una normativa *ad hoc*;

che avverso tale decreto hanno proposto reclamo i ricorrenti e gli intervenienti, chiedendo i ricorrenti, in riforma della decisione del Tribunale, di dichiarare l'illegittimità del rifiuto di trascrizione dell'atto di matrimonio da loro contratto e, per l'effetto, di ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano di provvedere alla trascrizione richiesta; chiedendo gli intervenienti, in via preliminare di rito, di dichiarare la nullità dell'impugnato decreto e di dichiarare l'ammissibilità degli interventi; nel merito, di accogliere la domanda dei ricorrenti;

*omissis*

### **considerato**

che, a sostegno della chiesta modifica del decreto, la difesa dei ricorrenti ha argomentato l'erroneità della decisione del Tribunale sotto plurimi profili. In particolare, rilevando che:

- nell'ordinamento italiano, la diversità di sesso tra i coniugi non è richiesta da alcuna norma: né da quelle codicistiche che disciplinano i requisiti di stato e capacità dei nubendi (art. 84, 85, 86 c.c.), né dalle disposizioni del regolamento di Stato Civile DPR 396/2000; né infine dalle norme applicabili al matrimonio celebrato all'estero (art. 115, c. 1, c.c.; art. 27 legge 218/1995). Sicché, non costituendo la diversità di sesso elemento essenziale della fattispecie "matrimonio", il matrimonio de quo "*..validamente celebrato, è valido in relazione all'art. 115 c.c. e ha prodotto effetti nel nostro ordinamento..*";

- la Corte di legittimità, decidendo con sentenza 4184/2012 fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, superando l'interpretazione "originalista" dell'articolo 29 della Costituzione proposta dalla Consulta con decisione 138/2010, e prendendo atto della evoluzione della giurisprudenza della CEDU, aveva escluso che il matrimonio tra persone dello stesso sesso dovesse ritenersi giuridicamente "inesistente"; sicché, rimosso ogni ostacolo al riconoscimento dell'unione omosessuale, "*..l'intero ordinamento giuridico deve essere reinterpretato alla luce di questa presa di posizione..*";

- nell'assenza nel nostro ordinamento di qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni omosessuali, il rifiuto di trascrizione del matrimonio contratto all'estero violerebbe il "diritto alla vita familiare" dei ricorrenti, comportando anche possibile lesione del diritto del *omissis* alla libera circolazione nell'Unione Europea;

- la trascrizione ha il solo scopo di pubblicità di un atto di per sé già valido sulla base del principio *locus regit actum*, sicché il rifiuto contrasta con la costante giurisprudenza che afferma la piena efficacia dei matrimoni contratti all'estero da italiani o stranieri, secondo le forme ivi stabilite;

- alla stregua dell'evoluzione normativa giurisprudenziale, l'eterosessualità dei coniugi non costituisce canone di ordine pubblico, né interno, né internazionale;

che gli intervenienti, preliminarmente dedotta la nullità del decreto impugnato per carenza di motivazione, hanno censurato la decisione del Tribunale che non aveva considerato l'idoneità, secondo la normativa europea, del matrimonio contratto all'estero a produrre effetti nell'ordinamento italiano; la non contrarietà di tale matrimonio all'ordine pubblico; la sussistenza delle condizioni richieste per la trascrizione del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso; la rilevanza della trascrizione nella Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo;

### **rilevato**

che è priva di fondamento, oltre che di pratico rilievo, la questione della nullità del decreto per mancanza di motivazione, avendo il Tribunale ampiamente motivato, sia pur riportando l'intera argomentazione adottata in altro procedimento per analoga fattispecie: trattandosi di questione da decidere in punto di solo diritto, prescindendo da qualsiasi specificità dei casi, la modalità motivazionale è adeguata e sufficiente;

che i motivi di impugnazione, pur diversamente argomentati dalle parti, sono sovrapponibili, sicché saranno unitariamente esaminati, e che risultano declinati sia nel senso di proporre la possibilità della trascrizione perché conseguente alla asserita validità ed efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia nel senso di affermare comunque la trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso, con riferimento all'efficacia parziale che dal matrimonio deriverebbe, o a limitati effetti della trascrizione stessa;

**ritenuto**

quanto al rilievo per cui la diversità di sesso non è espressamente enunciata fra i requisiti richiesti per la celebrazione del matrimonio, che non può condividersi l'approccio atomistico ai singoli articoli, richiedendo la materia una lettura sistematica del quadro giuridico di riferimento, peraltro nella irrinunciabile consapevolezza che per il legislatore del 1942 l'introduzione della diversità di sesso tra i requisiti elencati all'articolo 84 c.c. sarebbe stata quasi un fuor d'opera, essendo quella diversità, nella realtà sociale, culturale e giuridica dell'epoca, un presupposto implicito dell'istituto matrimoniale;

che, infatti, la diversità di sesso, seppur non indicata espressamente agli articoli 84 e seguenti del codice civile tra le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, trova riferimento in numerose altre norme la cui struttura richiama lessicalmente i due contraenti del matrimonio, indicati per l'appunto come "marito" e "moglie", in una prospettiva di senso delle norme stesse (cfr. artt. 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis c.c., e corrispondenti disposizioni relative ai casi di scioglimento del matrimonio). Si tratta di plurimi riferimenti normativi che escludono che quelle norme siano inclusive del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Peraltro, la connotazione eterosessuale del matrimonio, nella vigente disciplina legislativa, trova riscontro proprio nei plurimi pregressi ricorsi alla Consulta con i quali è stata dedotta l'illegittimità costituzionale delle norme in questione (in ordine agli articoli 2, 3, 29 e 117 della Costituzione; 12 e 14 CEDU; 9 Carta di Nizza). Si richiamano il ricorso deciso con sentenza 138/2010, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità della questione sollevata in riferimento all'articolo 2, perché diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata, ed è stata dichiarata l'infondatezza della questione sollevata in riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29; nonché i successivi ricorsi con i quali sono state proposte analoghe eccezioni di incostituzionalità dichiarate infondate con le ordinanze 276/2010 e 4/2011, anche sul rilievo che non risultavano allegati profili diversi o ulteriori, idonei a superare gli argomenti addotti nella precedente pronuncia. La connotazione eterosessuale del matrimonio non è smentita nemmeno dalla più recente decisione 170/2014 - con la quale la Consulta ha dichiarato, in riferimento all'art. 2 della Costituzione l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui tali norme non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi consentisse, comunque, ove entrambi lo richiedessero, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata - risultando da tale decisione che la regolamentazione dell'unione omosessuale resta comunque demandata alle scelte discrezionali del legislatore;

che non può, pertanto, ragionevolmente negarsi che il matrimonio disciplinato dal legislatore del 1942, e non rivisitato sotto il profilo in esame da successive riforme del diritto di famiglia, sia quello tra persone dello stesso sesso e che solo a queste il vigente istituto sia attualmente riservato;

**considerato**

che non potrebbe pervenirsi a diversa conclusione nemmeno sulla base delle argomentazioni dei commentatori che, sviluppando alcuni passaggi della sentenza della Consulta 138/2010 - laddove la Corte esclude la cristallizzazione dei concetti di famiglia e di matrimonio, concetti dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e quindi da interpretarsi "*..tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi..*" - e richiamandone la lettura operata dalla Cassazione nella sentenza 4184/2012, sottolineano che il paradigma eterosessuale del matrimonio non risulti costituzionalizzato nell'articolo 29. La qualificazione della famiglia come società naturale starebbe proprio ad indicare positivamente la sua naturale attitudine ad essere formazione sociale in continua evoluzione e che, per realizzare tale finalità, la stessa nozione di famiglia data dalla norma deve essere adeguata all'evoluzione delle regole sociali;

che, pur valorizzando il contenuto di norma "aperta" attribuibile all'articolo 29, la cui regolazione normativa non è inesorabilmente legata alla definizione di matrimonio accolta dal legislatore del 1942, e riconducendo il paradigma eterosessuale sul piano della legislazione primaria, permane comunque l'effetto preclusivo costituito dall'attuale disciplina legislativa, costituzionalmente compatibile;

**rilevato**

che le ragioni dei reclamanti non possono condurre alla modifica del decreto impugnato sulla base di vincoli comunitari e della proposta lettura convenzionalmente orientata delle norme di riferimento, che comporterebbero l'affermazione del riconoscimento del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso;

che, infatti, la regola *gender-neutral* ("*..Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia..*") posta dall'articolo 9 della Carta di Nizza che è provvista di effetto diretto, godendo la Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, riserva comunque agli Stati la disciplina di quei diritti, che sono "*..garantiti secondo*

le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.", così evidenziando la carenza del principio di attribuzione nella materia matrimoniale, non disciplinata dal diritto europeo, ma dalle sole norme di diritto interno, e la conseguente impossibilità di configurare obblighi a livello statale discendenti dai diritti stabiliti all'articolo 9 della Carta;

che al riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del diritto al matrimonio non può pervenirsi alla stregua di una interpretazione convenzionalmente orientata delle norme CEDU che, nel significato attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come norme interposte integranti il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, c.1, entrano a far parte del materiale normativo cui deve conformarsi la nostra legislazione;

che i reclamanti richiamano la sentenza "Schalk e Kopf / Austria" del 24 giugno 2010 con la quale la Corte EDU, pervenendo ad un'innovativa lettura dell'articolo 12 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 9 della Carta, ha ritenuto che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 CEDU non debba intendersi limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto. Con la stessa sentenza, la Corte, modificando una propria precedente valutazione dei diritti delle unioni omosessuali, ha anche affermato che la relazione di una coppia dello stesso sesso, convivente in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione, oltre che di "vita privata", anche di "vita familiare" nell'accezione dell'articolo 8 della Convenzione, e che le coppie omosessuali, avendo la stessa capacità di quelle eterosessuali di costituire relazioni impegnative, si trovano in una situazione simile "...quanto alla loro esigenza di riconoscimento e protezione giuridici della situazione..";

### ritenuto

tuttavia, che gli approdi della Corte di Strasburgo, di rilevante impatto evolutivo anche ai fini della valutazione dell'esistenza e validità nel nostro ordinamento di un matrimonio omosessuale, non consentono nella loro argomentata complessità, l'estensione, per via di interpretazione adeguatrice, del diritto di contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso

che, infatti, la Corte EDU ha considerato che, pur in presenza di un emergente consenso generale europeo nei confronti del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, non vi era su tale questione, riguardante "...diritti in evoluzione..", un accordo consolidato degli Stati membri, specie con riferimento al matrimonio, istituto radicato in contesti sociali e culturali che possono differire molto da una società all'altra; che perciò diversi erano i tempi di intervento degli Stati; che non vi era uniformità nelle discipline apprestate, come concretamente dimostrato dal fatto che, alla data della decisione europea, il riconoscimento delle coppie omosessuali era avvenuto in 7 Stati mediante l'accesso al matrimonio e in 13 Stati a mezzo di cosiddette unioni registrate, con effetti e contenuto di diversa ampiezza. Andava perciò riconosciuto un certo margine di discrezionalità "...nella scelta del momento dell'introduzione delle modifiche legislative.." (par.105) e "...per quanto riguarda il preciso status conferito dal mezzo di riconoscimento alternativo..." (par.108); e, con particolare riferimento al matrimonio, affermava la Corte che "...per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale..." (par.62);

che, in definitiva, dalla decisione della Corte EDU si desume che sussiste obbligo per gli Stati membri di fornire strumenti giuridici di riconoscimento e tutela per le unioni omosessuali, dovendo essere garantita alle stesse, alla stregua dell'articolo 8 della Convenzione, una protezione della vita privata e familiare; ma non sussiste obbligo di consentire l'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso: "...gli stati sono tuttora liberi, a norma dell'articolo 12 della Convenzione, nonché dell'articolo 14 in relazione all'articolo 8, di limitare l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali.." (par.108);

che tale approccio al problema (cd teoria del margine d'apprezzamento) è confermato anche in successive decisioni della Corte: nella decisione del 15 marzo 2012 (ricorso "Gas e Dubois / Francia"), si afferma che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli stati l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali; che il diritto al matrimonio non può neanche essere ricavato dall'articolo 14 congiuntamente all'articolo 8; e che anche quando gli Stati decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra forma di riconoscimento giuridico, essi beneficiano di un certo margine di apprezzamento per decidere la natura esatta dello status conferito; nella decisione del 16 luglio 2014 (ricorso "Hämäläinen / Finlandia") ancora si ribadisce che, pur in presenza di ulteriori estensioni da parte di Stati contraenti del matrimonio a partner omosessuali, l'articolo 12 non può essere interpretato come se esso ponga in capo agli Stati l'obbligo di concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali;

che, di contro, nessun argomento può trarsi a sostegno del reclamo dalle decisioni adottate nel giugno 2014 dalla Corte EDU nelle cause "Labassee / France" e "Mennesson / France", avendo assunto in quei casi decisivo rilievo il preminente interesse del minore; che la "...riserva assoluta di legislazione nazionale.." (così, la Corte di Cassazione 4184/12), contenuta nella giurisprudenza di Strasburgo comporta quindi una lettura delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non compatibile con l'interpretazione richiesta dai reclamanti;

**rilevato**

che i reclamanti assumono la trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero svolgendo argomentati rilievi in ordine all'ordine pubblico, profilo che è rimasto nello sfondo della decisione del Tribunale - nella stessa prospettiva svolta dalla Corte di legittimità nella sentenza 4184/12, la questione è stata ritenuta "assorbita" dalle altre argomentazioni - e che è, invece, richiamato a sostegno del rifiuto di trascrizione, con riferimento al contenuto di Circolari del Ministero dell'interno e del Massimario per l'Ufficiale dello Stato Civile dello stesso Ministero, che affermano la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso, facendo peraltro la circolare 55/2007 esplicito riferimento all'ordine pubblico interno;

che, in accordo con quanto sottolineato dai reclamanti, la Corte ritiene che nella materia in esame il riferimento andrebbe fatto alla nozione di ordine pubblico internazionale, come insieme di principi a carattere universale, comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di diritti fondamentali dell'uomo, spesso sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali, e quindi cornice "aperta" nella quale acquistano preminente rilievo i principi che assicurano la tutela e l'implementazione di fondamentali diritti della persona;

che la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso concretizza il riconoscimento di principi di uguaglianza e di non discriminazione e che tale rilievo, unitamente alle indicazioni normative e all'evoluzione giurisprudenziale più sopra richiamate, nonché al fatto che l'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio è consentito da numerosi paesi dell'Unione Europea, e anche da Stati europei oltre i confini dell'Unione, inducono a ritenere che gli effetti del matrimonio omosessuale non contrastino con l'ordine pubblico internazionale, come sopra inteso;

**considerato**

che, tuttavia, l'impedimento alla trascrizione nasce dall'attuale contesto normativo nazionale che non riconosce come matrimonio quello contratto tra persone dello stesso sesso, secondo le articolate argomentazioni della Cassazione (Cass. 4184/12, poi richiamata in Cass. 2400/2015). La Corte di legittimità, compiuto un *revirement* consentito dalla affermata inclusione del diritto al matrimonio omosessuale nell'articolo 12 CEDU, e ritenuta non più adeguata alla realtà giuridica la concezione secondo cui la diversità di sesso è presupposto quasi naturalistico della stessa esistenza e della validità del matrimonio, considera il matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso esistente e valido, ma non idoneo a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento, e, perciò, nemmeno trascrivibile. Osserva, infatti, la Cassazione - e questa Corte è dello stesso avviso - che la questione della trascrivibilità o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso, contratto all'estero da cittadini italiani, "*..dipende dalla soluzione della più generale questione.. se la Repubblica Italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso.. il diritto fondamentale di contrarre matrimonio..*"

che l'inidoneità - più in esteso: inidoneità dell'atto alla produzione degli effetti giuridici che gli sono propri - categoria non ignota al diritto, si caratterizza nella prospettiva della Corte come una inefficacia in senso stretto, non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell'ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione al quadro normativo e giurisprudenziale europeo del quale l'ordinamento stesso fa parte, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa;

che, richiamato anche il principio di tipicità delle attività dell'ufficiale dello stato civile e degli atti oggetto di trascrizione, deve essere condivisa, in base ai rilievi svolti, la decisione del Tribunale, in quanto, nell'attuale quadro normativo, il matrimonio tra coppie dello stesso sesso non corrisponde alla tipologia del matrimonio delineato nel nostro ordinamento e non è perciò trascrivibile;

che il rilievo non è superabile nell'ottica con la quale i reclamanti insistono nella trascrizione facendo riferimento a possibile produzione di effetti del matrimonio in Italia "*..in base alle norme europee e di diritto internazionale privato che richiamano ordinamenti in cui è possibile il matrimonio tra persone dello stesso sesso..*", anche considerando che, all'indubbio valore simbolico della trascrizione, si accompagnerebbe, tuttavia, in un ordinamento che non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso come atto da trascrivere, un quadro di incertezza non compatibile con l'assetto e la funzione della trascrizione;

che prospettano ipotetiche questioni di mero fatto, peraltro non connesse di necessità alla trascrizione, i rilievi con i quali i reclamanti sottolineano che la mancanza della trascrizione renderebbe più gravoso l'esercizio dei diritti assicurati dalla normativa europea che presuppone uno status coniugale in Italia; rilevando, peraltro, questa Corte che la questione della libera circolazione negli stati europei non è direttamente influenzata dalla trascrizione del matrimonio, trovando soluzione nelle disposizioni del D.Lgs 30/2007, a norma del quale lo stato di coniugio non deve essere valutato secondo il diritto del nostro paese, quale stato ospitante, ma secondo l'ordinamento straniero in cui il vincolo è stato contratto (indicazione peraltro contenuta nella Circolare del Ministero dell'interno 8996 del 26/10/2012);

**ritenuto**

che il decreto impugnato debba essere nel merito confermato, non potendo evidentemente condurre a diversa conclusione l'argomento con cui si sottolinea l'assenza nel nostro paese di tutela giuridica per le coppie dello stesso sesso, che non possono accedere al matrimonio e alle quali non sono riconosciuti diritti nell'ambito di alcuna forma di partenariato;

che non può essere colmato per via giudiziaria il vuoto normativo conseguente alla inerzia del legislatore che ancora non si è adeguato alle plurime indicazioni dei giudici nazionali, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e anche del Parlamento Europeo, le cui risoluzioni hanno incoraggiato gli Stati membri dell'Unione a contribuire alla riflessione sul riconoscimento del matrimonio e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, in quanto questione politica, sociale e di diritti umani e civili.

PQM

La Corte d'Appello di Milano, sezione persone, minori e famiglia,

*omissis*

respinge nel merito il reclamo, confermando nel resto il decreto impugnato.

Milano, 13 marzo 2015

*Il presidente estensore*  
Bianca La Monica

## Corte di appello di Milano, decreto 16 ottobre 2015.

ADOZIONE – RICONOSCIUTA ALL'ESTERO – COPPIA DI CITTADINE ITALIANE DELLO STESSO SESSO UNITE IN MATRIMONIO ALL'ESTERO – RIFIUTO DI TRASCRIZIONE DELL'ADOZIONE – ILLEGITTIMITÀ

L'adozione piena con effetti legittimanti da parte di una cittadina italiana, ritenuta non coniugata per lo Stato italiano, della figlia della *partner* dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, deve ritenersi conforme all'ordine pubblico internazionale e, come tale, *ex artt.* 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato ha effetto nell'ordinamento italiano e deve essere trascritta nei registri dello stato civile; non è invece trascrivibile l'accordo regolatore dell'affidamento, del mantenimento e dei rapporti della minore con le due donne, sottoscritto dalle due madri successivamente al loro divorzio, il quale resta comunque riconosciuto in Italia in base alle disposizioni di cui agli artt. 21 e segg. del Reg. CE 2201/2003.

*Riferimenti normativi*

Art. 30 Cost.; art. 8 Cedu; Artt. 25 e 44 della legge 14 aprile 1983 n. 184; artt. 65 e 66 della legge 31 maggio 1995, n. 218; artt. 21 e segg. Reg. CE 2201/2003

REPUBBLICA ITALIANA  
CORTE D'APPELLO DI MILANO

SEZIONE DELLE PERSONE, DEI MINORI E DELLA FAMIGLIA

*omissis*

### Rilevato che:

1. Appare accertato, sulla base delle dichiarazioni in atti rese dalla ricorrente e dalla resistente SS, che CC, cittadina italiana, ha intrecciato a partire dal 1999 una relazione affettiva con SS, anch'ella italiana; quest'ultima, a seguito di fecondazione eterologa assistita, ha partorito *omissis*, da lei sola riconosciuta; la coppia CC-SS ha convissuto, formando una famiglia di fatto in Spagna, nelle isole Canarie, e le due donne hanno cresciuto, mantenuto ed educato insieme la bambina sin dalla sua nascita;
2. le due donne l'8.5.2009 si sono unite in matrimonio civile secondo la legge spagnola che consente il matrimonio tra persone del medesimo sesso (vedi atto di matrimonio in atti);
3. su richiesta di ambedue le coniugi, il "Juzgado de Primera Instancia e Instruccion" *omissis* ha emesso l'ordinanza in atti, ormai definitiva, con cui è stata dichiarata l'adozione della minore *omissis* da parte di CC, in quanto coniuge della madre biologica della bambina, in base alla legislazione spagnola (artt. 175 e segg. del Codice Civile), e che ha attribuito alla CC la piena responsabilità genitoriale (*patria potestad*) nei confronti di *omissis*;
4. con sentenza del 25.2.2013, in atti, su domanda congiunta delle coniugi, la stessa autorità giudiziaria spagnola ha dichiarato sciolto mediante divorzio il matrimonio tra la CC e la SS con approvazione dell'accordo regolatore intervenuto il 21.12.2012 tra le parti, già approvato dal PM, riguardante sia i rapporti economici tra le due donne, sia l'affido della figlia delle stesse, stabilito in via congiunta, la regolamentazione dei rapporti tra la bambina e ciascuna genitrice, il contributo di ciascuna madre al mantenimento e alle spese di cura, educazione e istruzione della bambina;
5. CC si è rivolta al Tribunale per i Minorenni di Milano, con ricorso presentato il 10.12.2013, chiedendo il riconoscimento agli effetti civili interni dell'ordinanza di adozione spagnola della figlia *omissis*, con riconoscimento degli effetti legittimanti della predetta adozione e con ordine all'Ufficiale di Stato Civile di trascrizione del provvedimento; con decreto 18 marzo/4 aprile 2014, il TM di Milano ha respinto la do-

- manda della CC; ha rilevato che nel caso di specie si discute non già di un'adozione internazionale, ma di un'adozione nazionale realizzata all'estero da parte di cittadina italiana di altra minore italiana figlia della coniuge, disciplinata in Italia dall'art. 44, comma 1°, lett. b) L.184/83; che la competenza del TM in materia di adozione all'estero riguarda esclusivamente l'adozione legittimante del minore straniero in stato di effettivo abbandono all'estero e che non sussistono pertanto i presupposti di cui all'art. 41, comma 2°, L. 218/95, per una deroga dalla regola generale riguardante la competenza della Corte d'Appello con riguardo al riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri; ha infine invitato la ricorrente a richiedere la trascrizione dell'ordinanza di adozione direttamente all'Ufficiale di stato Civile di *omissis*;
6. la CC ha presentato quindi istanza di trascrizione, ma l'Ufficiale di stato Civile del Comune di *omissis*, con provvedimento del 10.6.2014 ha rifiutato di procedere, rilevando che *"il caso specifico non rientra in alcuna delle previsioni di cui all'art. 44 della legge 184/1983, ed, in particolare, nella fattispecie di cui al comma 1, lett. b)....Al momento i matrimoni tra persone dello stesso sesso non vengono riconosciuti in Italia, pertanto l'adottante per il nostro ordinamento non risulta essere coniuge della madre dell'adottata e quindi il tipo di adozione riconosciuta all'estero (Spagna) non è da ritenersi riconducibile alla ipotesi di adozione di minore in casi particolari..."*.
  7. con ricorso depositato il 3.9.2014 e ritualmente notificato, unitamente al decreto di fissazione udienza, a cura della ricorrente sia all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di *omissis* sia a SS, la CC ha chiesto a questa Corte di riconoscere ai fini della legge italiana l'ordinanza spagnola di adozione della figlia *omissis* e di ordinare la trascrizione del provvedimento al Comune di *omissis*; ha altresì chiesto ordinarsi all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di *omissis* la trascrizione sia dell'atto di matrimonio intervenuto con la SS, sia della sentenza di divorzio, sia dell'accordo regolatore del divorzio con riguardo ai punti 2,3 e 4, con riconoscimento ai fini della legge italiana di tutti i predetti atti, e con rifusione delle spese di giudizio;
  8. nessuno si è costituito per l'Ufficiale di Stato Civile del Comune di *omissis*; si è costituita invece SS, che nulla ha contestato con riguardo alla convivenza familiare con la CC e la figlia *omissis* sin dalla nascita di quest'ultima, né sull'intervenuto matrimonio, sull'accordo tra le coniugi sia in ordine al divorzio, sia in ordine alle condizioni riguardati l'affido della figlia comune *omissis* di cui all'atto, anche da lei liberamente sottoscritto, il 21.12.2012; nulla ha contestato neppure con riguardo alle domande della CC, su cui si è rimessa al giudizio della Corte e ha chiesto di essere esonerata da qualsivoglia condanna alle spese di giudizio;
  9. all'udienza del 16.10.2015, sentiti i difensori delle parti che si sono riportati alle loro conclusioni in atti, preso atto della rinuncia da parte della ricorrente alla domanda di condanna della SS alle spese di giudizio, la Corte si è riservata di decidere;
  10. osserva ora questo collegio che la domanda di trascrizione e di riconoscimento agli effetti dell'ordinamento italiano dell'atto di matrimonio contratto dalla CC e dalla SS in Spagna in data 8 maggio 2009, (sulla cui fondatezza peraltro la ricorrente si è limitata a richiamare una pronuncia riguardante un caso simile emessa dal Tribunale di Grosseto il 9.4.2014) non può essere accolta e ciò sulla base della attuale legislazione italiana e della giurisprudenza in materia della Corte di Cassazione e di questa stessa Corte, che recentemente si è pronunciata sulla trascrivibilità del matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso con decreto 13 marzo/6 novembre 2015, Presidente rel. La Monica, n. cronol. 2286/2015;
  11. vengono qui richiamate le condivise motivazioni del predetto decreto nel quale si legge che, nell'ordinamento italiano, *"la diversità di sesso, seppur non indicata espressamente agli articoli 84 e seguenti del codice civile tra le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, trova riferimento in numerose altre norme la cui struttura richiama lessicalmente i due contraenti del matrimonio, indicati per l'appunto come "marito" e "moglie", in una prospettiva di senso delle norme stesse (cfr. artt. 107, 108,143,143 bis e 156 bis c.c., e corrispondenti disposizioni relative ai casi di scioglimento del matrimonio). Si tratta di plurimi riferimenti normativi che escludono che quelle norme siano inclusive del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Peraltro, la connotazione eterosessuale del matrimonio, nella vigente disciplina legislativa, trova riscontro proprio nei plurimi pregressi ricorsi alla Consulta con i quali è stata dedotta l'illegittimità costituzionale delle norme in questione (in ordine agli articoli 2, 3, 29 e 117 della Costituzione; 12 e 14 CEDU; 9 Carta di Nizza). Si richiamano il ricorso deciso con sentenza 138/2010, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità della questione sollevata in riferimento all'articolo 2, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata, ed è stata dichiarata l'infondatezza della questione sollevata in riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29; nonché i successivi ricorsi con i quali sono state proposte analoghe eccezioni di incostituzionalità dichiarate infondate con le ordinanze 276/2010 e 4/2011, anche sul rilievo che non risultavano allegati profili diversi o ulteriori, idonei a superare gli argomenti addotti nella precedente pronuncia. La connotazione eterosessuale del matrimonio non è smentita nemmeno dalla più recente decisione 170/2014 - con la quale la Consulta ha dichiarato, in riferimento all'art. 2 della Costituzione l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui tali norme non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi consentisse, comunque, ove entrambi lo richiedessero, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata - risultando da tale decisione che la regolamentazione*

dell'unione omosessuale resta comunque demandata alle scelte discrezionali del legislatore; ...non può, pertanto, ragionevolmente negarsi che il matrimonio disciplinato dal legislatore del 1942, e non rivisitato sotto il profilo in esame da successive riforme del diritto di famiglia, sia quello tra persone dello stesso sesso e che solo a queste il vigente istituto sia attualmente riservato; ...non potrebbe pervenirsi a diversa conclusione nemmeno sulla base delle argomentazioni dei commentatori che, sviluppando alcuni passaggi della sentenza della Consulta 138/2010 -laddove la Corte esclude la cristallizzazione dei concetti di famiglia e di matrimonio, concetti dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e quindi da interpretarsi "...tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi.." - e richiamandone la lettura operata dalla Cassazione nella sentenza 4184/2012, sottolineano che il paradigma eterosessuale del matrimonio non risulti costituzionalizzato nell'articolo 29. La qualificazione della famiglia come società naturale starebbe proprio ad indicare positivamente la sua naturale attitudine ad essere formazione sociale in continua evoluzione e che, per realizzare tale finalità, la stessa nozione di famiglia data dalla norma deve essere adeguata all'evoluzione delle regole sociali; ...pur valorizzando il contenuto di norma "aperta" attribuibile all'articolo 29, la cui regolazione normativa non è inesorabilmente legata alla definizione di matrimonio accolta dal legislatore del 1942, e riconducendo il paradigma eterosessuale sul piano della legislazione primaria, permane comunque l'effetto preclusivo costituito dall'attuale disciplina legislativa, costituzionalmente compatibile";

12. la Corte d'Appello di Milano ha altresì affermato che neppure la normativa comunitaria e convenzionale, così come interpretata dalla Corte EDU, impone il riconoscimento nell'ordinamento italiano del diritto al matrimonio a persone dello stesso sesso; "la regola gender-neutral ("...Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia..") posta dall'articolo 9 della Carta di Nizza che è provvista di effetto diretto, godendo la Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, riserva comunque agli Stati la disciplina di quei diritti, che sono "...garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio..", così evidenziando la carenza del principio di attribuzione nella materia matrimoniale, non disciplinata dal diritto europeo, ma dalle sole norme di diritto interno, e la conseguente impossibilità di configurare obblighi a livello statale discendenti dai diritti stabiliti all'articolo 9 della Carta; ...al riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del diritto al matrimonio non può pervenirsi alla stregua di una interpretazione convenzionalmente orientata delle norme CEDU che, nel significato attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come norme interposte integranti il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, c.1, entrano a far parte del materiale normativo cui deve conformarsi la nostra legislazione; con " la sentenza "Schalk e Kopf / Austria" del 24 giugno 2010, ...la Corte EDU, pervenendo ad un'innovativa lettura dell'articolo 12 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 9 della Carta, ha ritenuto che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 CEDU non debba intendersi limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto, (ma) ha considerato che, pur in presenza di un emergente consenso generale europeo nei confronti del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, non vi era su tale questione, riguardante "...diritti in evoluzione..", un accordo consolidato degli Stati membri, specie con riferimento al matrimonio, istituto radicato in contesti sociali e culturali che possono differire molto da una società all'altra; che perciò diversi erano i tempi di intervento degli Stati; che non vi era uniformità nelle discipline apprestate, come concretamente dimostrato dal fatto che, alla data della decisione europea, il riconoscimento delle coppie omosessuali era avvenuto in 7 Stati mediante l'accesso al matrimonio e in 13 Stati a mezzo di cosiddette unioni registrate, con effetti e contenuto di diversa ampiezza. Andava perciò riconosciuto un certo margine di discrezionalità "...nella scelta del momento dell'introduzione delle modifiche legislative.." (par.105) e "...per quanto riguarda il preciso status conferito dal mezzo di riconoscimento alternativo..." (par.108); e, con particolare riferimento al matrimonio, affermava la Corte che "...per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale..." (par.62);... in definitiva, dalla decisione della Corte EDU si desume che sussiste obbligo per gli Stati membri di fornire strumenti giuridici di riconoscimento e tutela per le unioni omosessuali, dovendo essere garantita alle stesse, alla stregua dell'articolo 8 della Convenzione, una protezione della vita privata e familiare; ma non sussiste obbligo di consentire l'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso: "...gli stati sono tuttora liberi, a norma dell'articolo 12 della Convenzione, nonché dell'articolo 14 in relazione all'articolo 8, di limitare l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali.." (par.108); ...tale approccio al problema (cd teoria del margine d'apprezzamento) è confermato anche in successive decisioni della Corte: nella decisione del 15 marzo 2012 (ricorso "Gas e Dubois / Francia"), si afferma che l'articolo 12 della Convenzione non impone agli stati l'obbligo di aprire il matrimonio alle coppie omosessuali; che il diritto al matrimonio non può neanche essere ricavato dall'articolo 14 congiuntamente all'articolo 8; e che anche quando gli Stati decidono di offrire alle coppie omosessuali un'altra forma di riconoscimento giuridico, essi beneficiano di un certo margine di apprezzamento per decidere la natura esatta dello status conferito; nella decisione del 16 luglio 2014 (ricorso "Hämäläinen / Finlandia") ancora si ribadisce che, pur in presenza di ulteriori estensioni da parte di Stati contraenti del matrimonio a partner omosessuali, l'articolo 12 non può essere interpretato come se esso ponga in capo agli Stati l'obbligo di concedere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali; ...l'impedimento alla trascrizione nasce dall'attuale contesto normativo nazionale che non riconosce come matrimonio quello contratto tra persone dello stesso sesso, secondo le articolate argomentazioni della Cassazione (Cass. 4184/12, poi richiamata in Cass. 2400/2015). La Corte di legittimità, compiuto un revirement consentito dalla affermata inclusione del diritto al matrimonio omosessuale nell'articolo 12 CEDU, e ritenuta non più adeguata alla realtà giuridica la concezione secondo cui la diversità di sesso è presupposto quasi

*naturalistico della stessa esistenza e della validità del matrimonio, considera il matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso esistente e valido, ma non idoneo a produrre effetti giuridici nel nostro ordinamento, e, perciò, nemmeno trascrivibile. Osserva, infatti, la Cassazione - e questa Corte è dello stesso avviso - che la questione della trascrivibilità o meno del matrimonio tra persone dello stesso sesso, contratto all'estero da cittadini italiani, "...dipende dalla soluzione della più generale questione.. se la Repubblica Italiana riconosca e garantisca a persone dello stesso sesso.. il diritto fondamentale di contrarre matrimonio..." l'inidoneità - più in esteso: inidoneità dell'atto alla produzione degli effetti giuridici che gli sono propri - categoria non ignota al diritto, si caratterizza nella prospettiva della Corte come una inefficacia in senso stretto, non conseguenza di altro vizio, e si propone come reazione dell'ordinamento nei confronti di un negozio di cui si riconosce, in relazione al quadro normativo e giurisprudenziale europeo del quale l'ordinamento stesso fa parte, la intrinseca validità, oltre che la consistenza sociale, ma i cui effetti vitali sono però preclusi nel nostro paese dalla mancata previsione legislativa; ... richiamato anche il principio di tipicità delle attività dell'ufficiale dello stato civile e degli atti oggetto di trascrizione, ...nell'attuale quadro normativo, il matrimonio tra coppie dello stesso sesso non corrisponde alla tipologia del matrimonio delineato nel nostro ordinamento e non è perciò trascrivibile";*

13. dalla impossibilità di trascrizione di un matrimonio valido ed efficace all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso, per le ragioni esposte, discende inevitabilmente l'impossibilità della trascrizione in Italia della sentenza spagnola che di tale matrimonio ha statuito lo scioglimento per divorzio; anche la domanda diretta ad ottenere la trascrizione e il riconoscimento della sentenza che ha pronunciato lo scioglimento del matrimonio tra la CC a la SS deve pertanto essere respinta;
14. non può neppure essere accolta la domanda della ricorrente di trascrizione dell'accordo regolatore, approvato dal giudice spagnolo del divorzio, sottoscritto dalle parti il 21.12.2012, trattandosi di accordo tra genitori, omologato da un giudice, in base al diritto spagnolo, relativo all'affido di una figlia minore, che non costituisce atto di stato civile (e infatti non riguarda né una nascita, né un matrimonio, né la cittadinanza), per il quale la legge, ed in particolare, il DPR 396/2000, che regola l'ordinamento dello stato civile, non prevede nessuna forma di trascrizione;
15. la Corte ritiene invece meritevole di accoglimento la domanda di riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano e di conseguente trascrizione nei registri dello Stato Civile, in base al disposto di cui all'art. 28 del predetto DPR, dell'ordinanza del giudice spagnolo che con pronuncia ormai definitiva, resa il 21 maggio 2010, ha dichiarato l'adozione piena di *omissis* da parte di CC, con effetti legittimanti e che con la medesima ordinanza, corretta con successiva ordinanza in data 1.6.2010, ha attribuito alla minore i cognomi CC SS;
16. il provvedimento straniero di adozione, di volontaria giurisdizione, come correttamente rilevato dal TM di Milano, coinvolge un'adottante di cittadinanza italiana e una minore adottata, pure di cittadinanza italiana, perché figlia riconosciuta da madre biologica italiana e non riconosciuta dal padre biologico; non si verte quindi in materia di adozione internazionale di minore, regolata, ex art. 41, 2° comma L. 218/95, dalla legge speciale 184/83, titolo terzo; il provvedimento spagnolo non riguarda neppure l'adozione di una minore dichiarata adottabile perché in stato di abbandono all'estero e/o in Italia; *omissis* è una ragazzina che sin dalla nascita, avvenuta dodici anni fa, come riconosciuto sia dalla CC sia dalla madre che l'ha partorita è stata adeguatamente amata, curata, mantenuta, educata ed istruita da entrambe le donne che hanno realizzato l'originario progetto di genitorialità condivisa, nell'ambito di una famiglia fondata sulla comunione materiale e spirituale di due persone di sesso femminile;
17. l'ufficiale di Stato Civile del Comune di *omissis* ha correttamente osservato che l'adozione realizzata dalla CC non costituisce un'ipotesi di adozione disciplinata dall'art. 44, lett. b) della L. 184/1983, in quanto, come più sopra si è scritto, per l'ordinamento italiano la CC e la SS non erano unite da vincolo matrimoniale efficace in Italia al momento dell'adozione; dal tenore del rifiuto di trascrizione, espresso dal predetto Ufficiale, emerge che detto provvedimento di adozione è stato ritenuto indissolubilmente determinato e dipendente dal matrimonio delle due madri, valido all'estero, ma non riconoscibile in Italia e che pertanto l'ordinanza spagnola di adozione di *omissis* debba necessariamente seguire le sorti del loro atto di matrimonio;
18. la ricorrente, sia nell'istanza di trascrizione al Comune di *omissis*, sia nel ricorso a questa Corte, ha espressamente chiesto di riconoscere la validità anche per l'ordinamento italiano dell'atto di adozione della minore da parte di persona non coniugata o comunque come atto indipendente e separato dal matrimonio contratto in precedenza con la madre biologica della bambina; sul punto l'Ufficiale di Stato Civile non ha fornito nessuna motivazione; la Corte è quindi chiamata ad esaminare il provvedimento in questione ai fini della riconoscibilità, ex artt. 64 e segg. della L. 218/95, nell'ordinamento giuridico italiano, indipendentemente da ogni valutazione riguardante il matrimonio spagnolo delle parti;
19. gli artt. 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato, prevedono che i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione hanno effetto nell'ordinamento italiano e sono quindi riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando producono effetti nell'ordinamento dello stato

- in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa;
20. l'ordinanza di adozione della minore di cui si discute ha piena efficacia in Spagna ed è stata emessa da un'autorità giudiziaria spagnola, su istanza della CC, con l'accertato pieno consenso della madre della bambina;
21. occorre a questo punto valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persona, ritenuta non coniugata per lo Stato Italiano, della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale, secondo l'insegnamento della Cassazione, la quale con la recente sentenza 19405/2013 ha statuito che "È... acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico ...- in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato - non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017). In altri termini, come posto in rilievo da Cass., 26 aprile 2013, n. 10070 (nel richiamare anche Cass., 6 dicembre 2002, 17349 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico a fini internazionalprivatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo". Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del modus operandi del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principi desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione Europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario"). Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - o Carta di Nizza - che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello";
22. nel nostro ordinamento, la Costituzione non detta i criteri fondamentali ai quali il legislatore debba attenersi in materia di adozione di minori, indicando però all'articolo 30 il principio cardine per cui "...la Legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale...". Oltre alle norme contenute nella L. 184/1993, che disciplinano espressamente l'adozione nazionale e internazionale, trovano efficacia e acquistano rilievo ai fini che interessano:
- a) la disposizione di cui all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con L. 176/1991, che prevede che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, ...l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente";
- b) l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, parte integrante del Trattato dell'Unione entrato in vigore il 1.12.2009, che al secondo e al terzo comma espressamente prevede che "In tutti gli atti relativi ai minori..., l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente" e che "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse";
- c) l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che statuisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto del sua vita privata e familiare...Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per ...la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui";
- d) l'art. 14 della CEDU che assicura che "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso..., l'origine nazionale o sociale,...la nascita o ogni altra condizione";
- e) l'art. 23 del Reg CE 2201/2003 che espressamente statuisce che in materia di riconoscimento di provvedimenti europei relativi alla responsabilità genitoriale, questi non possono essere riconosciuti

- solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;
23. la legge italiana in materia di adozione prevede all'art. 6 che essa è consentita ai coniugi uniti in matrimonio, non separati, neppure di fatto, una volta accertata la loro affettiva idoneità e capacità ad educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare; la stessa legge, però, all'art. 25 prevede che l'adozione possa essere disposta, nell'esclusivo interesse del minore, nei confronti anche del solo coniuge che, per libera scelta, come consentito nel nostro ordinamento, nel corso di un affidamento preadottivo alla coppia, abbia deciso di porre fine alla convivenza coniugale con il coniuge e di separarsi; anche alla stregua di tale previsione normativa deve quindi concludersi che non possa ritenersi contraria all'ordine pubblico interno un'adozione da parte di una persona singola;
  24. l'art. 44, lettera d), consente l'adozione, sia pure con effetti non legittimanti, di un minore da parte di una persona non coniugata, qualora sia stata constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo; è stato correttamente rilevato dall'autorità giudiziaria minorile (vedi sentenza n. 626/2007 del TM di Milano, sentenze n. 299/2014 e n. 291/2015 del TM di Roma), che *"l'impossibilità di affidamento preadottivo può essere un'impossibilità non solo di fatto, che consente di realizzare l'interesse preminente dei minori in stato di abbandono, ma non collocabili in affidamento preadottivo, ma anche un'impossibilità di diritto, che permette di tutelare l'interesse dei minori (anche non in stato di abbandono), al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi"*; sulla base di tale principio i giudici di merito del TM di Milano e della Corte d'Appello di Firenze (sentenza n. 1274/2012) hanno disposto l'adozione di figli minori anche tra conviventi, e il TM di Roma, con le due ultime recentissime sentenze sopra citate, ha ritenuto conforme all'interesse del minore, nel rispetto dei principi sanciti dagli artt. 8 e 14 della CEDU, disporre l'adozione in casi particolari da parte di una persona non coniugata del figlio della partner del medesimo sesso;
  25. appare evidente dunque che anche nell'ordinamento italiano non sussiste un divieto assoluto di adozione di un minore, in stato di abbandono o non, da parte di persona non coniugata (vedi, conforme, TM di Bologna, decreto 21 marzo/17 aprile 2013);
  26. la Corte di Cassazione poi, con sentenza n. 601/2013, ha recentemente affermato come costituisca mero pregiudizio ritenere che *"sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale"* e come ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurarli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita;
  27. la Corte EDU ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione, di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e alle relazioni instaurate con le figure genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare, e ciò ha fatto anche nelle sentenze in cui si è occupata di riconoscimento della sussistenza di una vita familiare tra il minore e figure genitoriali nelle ipotesi di maternità "surrogate" non consentite dagli ordinamenti nazionali (vedi le sentenze Menesson c. Francia, ric. n. 65192, Labassee c. Francia ric. n. 65941, emesse nel 2014; Paradiso e Campanelli c. Italia del 27 gennaio 2015);
  28. in tale contesto normativo di riferimento, così come interpretato dai giudici italiani e dai giudici sovranazionali, non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e del provvedimento di adozione;
  29. nel caso in esame, come più sopra già si è scritto, appare accertato che la giovane *omissis* è stata concepita e partorita dalla madre SS nell'ambito di un progetto di vita familiare e di genitorialità condivisa instaurato con la CC già a partire dal 1999, ben tre anni prima della nascita della minore; che *omissis* ha vissuto con entrambe sin dalla nascita, per quasi dieci anni e sino alla cessazione della convivenza tra le due donne, avvenuta nel 2012 in Spagna, che da loro è stata allevata, curata e mantenuta e che con loro ha evidentemente costruito stabili e forti relazioni affettive ed educative riconosciute dalle stesse donne, tanto che nel dicembre 2012, in previsione del loro divorzio, la CC e la SS riconoscevano come adeguato per la bambina un regime di affidamento congiunto e la previsione di tempi uguali di permanenza della figlia presso ciascuna; la madre biologica, SS, costituendosi nel presente giudizio, non ha in nessun modo contestato l'esistenza di rapporti significativi tra *omissis* e la CC e la necessità per il benessere della bambina del mantenimento della relazione affettiva ed educativa con la ex compagna; si è lamentata delle difficoltà di collaborazione con la CC con riguardo alle scelte in ordine alla futura residenza prevalente

della bambina, alle scuola e alla cura delle allergie di cui *omissis* soffre, riportando un conflitto che spesso contraddistingue le coppie di genitori che si separano o divorziano, ma che non pare in nessun modo recare serio pregiudizio al benessere psico-fisico della minore e al suo diritto fondamentale di continuare a godere dell'apporto materiale e affettivo delle due persone che da molti anni si sono assunte la responsabilità genitoriale nel suo interesse;

30. l'adozione "piena" da parte della CC di una minore che ha un unico genitore biologico che l'ha riconosciuta e che non si trova in uno stato di abbandono, comporta il riconoscimento in capo all'adottante di tutti i doveri e i diritti che derivano dalla filiazione naturale; tale situazione giuridica appare idonea ad attribuire alla minore un insieme di diritti molto più ampio e vantaggioso di quello garantito dall'adozione disciplinata dagli artt. 44 e segg. della L. 184/1983, anche nei confronti della famiglia d'origine dell'adottante, con la quale *omissis* sembra aver sempre mantenuto rapporti affettivi e di vicinanza significativi, come emerge dall'accordo regolatore del 21.12.2012, sottoscritto dalle due madri; nessuna violazione dell'ordine pubblico internazionale comporta il riconoscimento di tali diritti, posto che *omissis*, con l'adozione della CC effettuata in base alla legge spagnola, mantiene intatti i propri diritti nei confronti della madre biologica e della sua famiglia d'origine e può godere, con sicuro vantaggio, del sostegno materiale non solo della madre adottiva, ma anche dei parenti della stessa;
31. la Corte ritiene dunque che il provvedimento spagnolo con cui è stata disposta l'adozione di *omissis* da parte di CC non sia contrario all'ordine pubblico e come tale debba essere riconosciuto nell'ordinamento italiano e trascritto nei registri dello Stato Civile del Comune di *omissis*, presso cui è stato formato l'atto di nascita della minore;
32. come più sopra si è rilevato, l'accordo regolatore del 21.12.2012, sottoscritto dalle due madri e omologato dal giudice spagnolo, riguardante l'affido, il collocamento, i rapporti della minore con le due donne e il contributo di ciascuna di queste ultime al mantenimento della figlia, non è atto trascrivibile in Italia; il provvedimento di omologazione del giudice spagnolo però, in base alle disposizioni di cui agli artt. 21 e segg. del Reg. CE 2201/2003, deve ritenersi riconosciuto anche in Italia, alla luce dei principi stabiliti nell'art. 23 dello stesso Reg., atteso che le decisioni concordate tra i genitori, recepite nel provvedimento giudiziale, riguardanti l'affido della minore, non sono contrarie all'ordine pubblico interno, prevedendosi un affido congiunto e significativi e regolari rapporti tra la minore e ciascun genitore; la decisione dell'autorità spagnola, all'interno di procedimento di divorzio su ricorso congiunto delle due madri, si è fondata sull'accordo tra le due, ritenuto meritevole di accoglimento, allorché la minore aveva solo nove anni, non prevedendo la legge italiana la necessità di audizione di un figlio minore in ipotesi di separazione consensuale o divorzio congiunto dei genitori;
33. in considerazione della particolarità e della novità delle questioni trattate, appare giusto compensare integralmente tra tutte le parti le spese di giudizio;

## PQM

La Corte, in contraddittorio tra le parti così provvede:

1. Rigetta le domande della CC riguardanti il riconoscimento e la trascrizione dell'atto di matrimonio contratto in Spagna con SS e della sentenza di divorzio emessa in Spagna nei confronti di entrambe;
2. Rigetta la domanda relativa alla trascrizione dell'accordo regolatore del 21.12.2012, recepito nella sentenza di divorzio intervenuta tra le parti;
3. Dichiara l'efficacia nella Repubblica Italiana dell'Ordinanza emessa il 21.5.2010 dal Juzgado de Primera Instancia e Instruccion *omissis*, con cui è stata dichiarata l'adozione della minore *omissis* da parte di CC, e con cui è stato disposto che i cognomi dell'adottata sono SS;
4. Ordina all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di *omissis* di procedere alla trascrizione e all'annotazione di legge della ordinanza di cui al capo 3;
5. Dà atto che l'accordo regolatore intervenuto tra la CC e la SS, riguardante le condizioni relative alla responsabilità genitoriale nei confronti della figlia *omissis*, recepito e omologato dal giudice spagnolo con la sentenza di divorzio emessa il 25 febbraio 2013 dal Tribunale di primo Grado e per le Indagini Preliminari di *omissis* nel procedimento di divorzio congiunto n. 6/2013, è riconosciuto in Italia ex artt. 21 e segg. Reg. CE 2201/2003;
6. ompensa tra le parti le spese di giudizio.

Milano, 16.10.2015

*Il consigliere estensore*  
Maria Cristina Canziani

*Il presidente*  
Bianca La Monica

## Corte di appello di Napoli, ordinanza del 30 marzo 2016

ADOZIONE COPARENTALE DISPOSTA ALL'ESTERO CON EFFETTI LEGITTIMANTI (O PIENI) – COPPIA DELLO STESSO SESSO UNITA IN MATRIMONIO ALL'ESTERO – RIFIUTO DI TRASCRIZIONE DELL'ADOZIONE – ILLEGITTIMITA'

Non esistendo alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra persone coniugate e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso, una volta che il giudice francese abbia valutato in concreto che il riconoscimento di tale adozione corrisponde all'interesse superiore del minore, nulla osta al riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano delle relative sentenze di adozione legittimante; di conseguenza, gli ufficiali dello stato civile devono trascrivere R., ai sensi dell'art. 28 lett. f) e g) d.p.r. n. 396/00, le sentenze di adozione, compresa l'aggiunta del cognome delle rispettive adottanti al cognome degli adottati.

### Riferimenti normativi

Artt. 65 e 66 art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218; artt. 27 e 28 d.p.r. n. 396/2000

REPUBBLICA ITALIANA

La Corte d'Appello di Napoli  
*sezione persona e famiglia*

riunita in camera di consiglio in persona dei magistrati:

dott. Antonio Casoria Presidente  
dott. Alessandro Cocchiara Consigliere rel.  
dott. Massimo Sensale Consigliere

letto il ricorso, depositato in data 29.12.15, con il quale G (c.f. Xx), nata il xxx, a Tourcoing, Francia, cittadina francese (e iure sanguinis italiana) e H (c.f. Xx), nata il xxx a Lille, Francia, cittadina francese, in proprio e quali rappresentanti dei figli minori, A. (allo stato civile francese ora A) nato il xxx ad X (c.f. Xx) e L (allo stato civile francese ora risultante come L), nata il xxx (c.f. Xxx), tutti residenti in Xxxx rappresentate e difese dall'avv. Alexander Schuster del foro di Trento e dall'avv. Giuseppe Di Meo (presso il quale elett.te domiciliario in Avellino, via Maffucci n. 12), giusta procura allegata in busta telematica, hanno chiesto: "1) in via principale: a) riconoscere ad ogni effetto le adozioni, piene e legittimanti, pronunciate con due sentenze del 12.5.2014, emesse dal Tribunal de Grande Instance de Lille (sent. N. 14/01157 che stabilisce l'adozione piena –*adoption plénière*– di diritto francese da parte di H della minore L e sent. N. 14/01162 che stabilisce l'adozione piena –*adoption plénière*– di diritto francese da parte di G del minore A; b) per gli effetti ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di X la trascrizione delle suddette sentenze ex art. 28 co. 2°, lett. g), d.p.r. n.396/2000 e annotazioni susseguenti, in particolare con riguardo alle rettificazioni dei cognomi dei minori; 2) il via subordinata: disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE per sapere se l'art. 20, co. 2°, lett. a) e l'art. 21 TFUE, letto congiuntamente agli art. 21 (non discriminazione) e 24 (diritti del minore) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, osti ad una legislazione di uno Stato membro che neghi il riconoscimento del legame di filiazione di un cittadino di altro Stato membro con un minore in quanto figlio adottivo giusta sentenza di tale altro Stato membro, a cagione del fatto che i genitori sono dello stesso genere e, quindi, direttamente per motivo del loro orientamento sessuale";

letta la memoria difensiva del Sindaco del Comune di X, quale ufficiale dello stato civile, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Napoli, via A. Diaz n.11,

che ha chiesto “la reiezione del ricorso in quanto improponibile inammissibile ed infondato, con vittoria di spese ed onorari”;

rilevato che il sindaco del Comune di X, nella qualità di ufficiale dello stato civile, non si è costituito;

lette le note conclusive del P.G. in sede, dott. Maurizio Villari, che ha chiesto: “voglia la Corte pronunciare la delibazione delle sentenze in rubrica”;

letti gli atti e sentiti il relatore e i rispettivi procuratori delle parti, nonché il P.G., sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza del 30.3.2016, ha emesso la seguente

#### ORDINANZA

Va innanzi tutto respinta l’eccezione “di nullità assoluta o inesistenza della comparsa di costituzione e risposta depositata telematicamente in data 16.3.2016 in quanto il certificato di firma digitale risulta revocato in data 4.2.16 come da rapporto di verifica del Consiglio Nazionale del Notariato”, sollevata dalla difesa delle ricorrenti.

Se è vero che l’art. 21 co.3 decr. Leg.vo n. 82/2005 stabilisce che “3. L’apposizione ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione”, è altrettanto vero che dal fascicolo telematico la difesa Erariale risulta ritualmente costituita con comparsa firmata digitalmente dall’avv. Giuseppe Capodanno e che dal predetto rapporto di verifica risulta “non revocato e in corso di validità” il certificato “Actalis CA per Firma Digitale Qualificata 2”, che è quella appunto apposta sulla comparsa in mancanza della quale il sistema non avrebbe nemmeno accettato la comparsa ed il fascicolo telematico della difesa Erariale.

Va premesso in fatto che, per quanto si evince dagli atti (e in particolare dalle domande di adozione presentate dalle ricorrenti al giudice francese, nel cui circondario le medesime avevano mantenuto una residenza, in un immobile acquistato nell’anno 1989), G e H (entrambe di cittadinanza francese e la prima *jure sanguinis* anche italiana) intrapresero una relazione amorosa stabile e continua, di dominio pubblico, sin dagli anni ‘80 e nel corso degli anni ‘90 si trasferirono in Italia, dove avevano trovato un posto di insegnanti di francese presso l’università di Salerno, mantenendo però significativi rapporti con le rispettive famiglie residenti in Francia. In data 15.3.2000 le predette stipularono innanzi al Console Général de France a Napoli “un patto civile di solidarietà” previsto dalla legislazione francese. Nell’ambito di un progetto familiare condiviso che contemplava la filiazione e le relative responsabilità genitoriali, G, con una pratica di inseminazione artificiale realizzata in Belgio, in data xxxx partorì la figlia L, nata ad Avellino ed il cui atto di nascita venne iscritto al n. Xx, parte I, serie A dei registri dello stato civile del Comune di xx. H, con una pratica di inseminazione artificiale realizzata in Spagna, in data xxxx partorì A., nato ad xx ed il cui atto di nascita venne iscritto al n. X, parte II, serie B, dei registri dello stato civile del Comune di Xxxx. H ha accudito L considerandola e trattandola come propria figlia e quest’ultima l’ha sempre considerata come mamma e ha considerato A come fratello e al contempo G ha accudito e considerato quest’ultimo come figlio e fratello di L.. In data 5.10.2013, le ricorrenti hanno contratto matrimonio innanzi all’ufficiale dello stato civile del Comune di xxx (Francia) in virtù della legge francese n. 404 del 17.5.2013, a coronamento appunto della relazione amorosa stabile e continua, di dominio pubblico intrattenuta da oltre 30 anni. A seguito delle istanze depositate il 4.2.2014, il Tribunale civile di Lille, in data 12.5.2014, ha emesso le seguenti sentenze di adozione legittimante: n.14/01162 con il seguente dispositivo: “il xxxx a X (Italia) è nato un bambino di sesso maschile di nome e cognome A, figlio di G, coniuge H, nata il 27 gennaio 1963 a Tourcoing, insegnante e di H, coniuge G, nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante, sua moglie, entrambi residenti in via xxxxx (Italia)”; n. 14/01157 con il seguente dispositivo: “il xxxx a X (Italia) è nato un bambino di sesso femminile di nome e cognome L, figlia di H, coniuge G, nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante e di G nata il 27 gennaio 1963 a Tourcoing, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via xxx (Italia)”. Dette sentenze sono divenute definitive e dichiarate esecutive come da attestazioni in calce della cancelleria del Tribunale di Lille.

In data 25.5.2015, G e H chiesero all’ufficiale dello stato civile del Comune di Xx la trascrizione delle predette sentenze di adozione e il Sindaco con provvedimento del 10.6.2015 rigettò l’istanza poiché le sentenze di adozione richiamavano “come evento relativo alla filiazione” il matrimonio dei genitori in data 5.10.2013 a Tourcoing, che era improduttivo di effetti in Italia come confermato dal Tribunale di Avellino con il decreto di rigetto dell’opposizione al rifiuto della trascrizione del predetto matrimonio.

Per completezza di esposizione va aggiunto che il matrimonio delle ricorrenti è stato poi trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Xx a seguito del provvedimento di questa Corte dell’8.7.2015 (comunque non ancora definitivo pendendo ricorso per cassazione dell’amministrazione) e che il Comune di Aa con provvedimento del 15.1.2016 (quindi successivo al deposito del ricorso in esame) ha rigettato la richiesta di G volta ad ottenere l’aggiunta al cognome della figlia L del cognome della madre adottiva H, poiché andrebbe prima riconosciuta dal competente Tribunale per i Minorenni la sentenza di adozione legittimante francese e perché non sarebbe nemmeno trascrivibile l’atto di nascita della

minore così come rettificato in Francia e nel quale la minore è indicata come figlia di due madri, perché contrario all'ordine pubblico "nonostante la sentenza della Corte di Appello di Napoli del 13.3.2015 che ha autorizzato la trascrizione dell'atto di matrimonio tra le due mamme, cittadine francesi, celebrato in Francia". Di qui la notifica, entro il termine assegnato, del ricorso introduttivo anche al Sindaco del Comune di X quale ufficiale di stato civile (come si è detto il Sindaco non si è costituito).

Dunque le ricorrenti hanno chiesto il riconoscimento delle predette sentenze di adozione ai sensi dell'art. 67 della L. n.218/95 il quale recita: "1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 1-bis. Le controversie di cui al comma 1 sono disciplinate dall'articolo 30 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150".

Nella specie per quanto innanzi detto è evidente che "la contestazione", quale presupposto per ricorrere alla procedura sommaria di riconoscimento, è da ravvisarsi appunto sia nel diniego espresso dal Comune di X alla trascrizione delle sentenze di adozione, sia nel provvedimento di diniego espresso dal Comune di X all'aggiunta del cognome della madre adottiva di L, fondato anch'esso sulla pretesa contrarietà all'ordine pubblico della trascrivibilità del matrimonio della madre biologica e della madre adottiva e della necessità di un preventivo riconoscimento da parte del giudice minorile della relativa sentenza di adozione francese. E' evidente che entrambi gli ufficiali dello stato civile, interpellati dalle ricorrenti per ottenere, sia pure a fini diversi, il riconoscimento de plano degli effetti delle predette sentenze ex art. 65 L. n.218/95, non hanno inteso applicarle e dare seguito agli adempimenti di trascrizione ex art. 28 d.p.r. n. 396/00, sicché l'unico rimedio per ottenere il pieno riconoscimento delle sentenze era ed è appunto il ricorso al procedimento in esame.

Non ha alcun rilievo preclusivo né tanto meno fondante i presupposti della pretesa giurisdizione del G.A., come sostenuto dalla difesa Erariale, la circostanza che le ricorrenti non abbiano inteso impugnare i provvedimenti dell'ufficiale dello stato civile ex art. 95 d.p.r. n.396/2000, poiché trattasi di tutele in ipotesi alternative (anzi quello ex art. 67 cit. è imprescrittibile: App. Milano 27.7.1999), mentre l'eventuale riconoscimento chiesto incidentalmente nel giudizio ex art. 95 cit. avrebbe avuto un'efficacia limitata a quel giudizio (art. 67, 3° co. cit.).

Quanto alla legittimazione passiva nell'azione in parola deve precisarsi che poiché quella attiva è attribuita a chiunque vi abbia interesse e cioè sia le persone che riceverebbero effetti favorevoli dal riconoscimento della sentenza straniera sia quelle che ne risentirebbero effetti sfavorevoli e che potrebbero avere interesse a vedere affermata l'impossibilità del riconoscimento (tant'è che si ammette anche la possibilità di un accertamento negativo della riconoscibilità), deve ritenersi che legittimati passivamente siano appunto coloro che sono portatori di un interesse contrario al riconoscimento e nella specie gli ufficiali dello stato civile che lo hanno "contestato" nella sede amministrativa. Quindi, deve ritenersi che l'evocazione in giudizio dei predetti ufficiali dello stato civile non sia una semplice *denuntiatio litis*, come preteso dalla difesa delle ricorrenti e che sia valida, considerato che comunque il ricorso notificato anche agli ufficiali dello stato civile contiene tutte le indicazioni prescritte dall'art. 702 bis c.p.c. e in particolare l'avvertimento di cui al n. 7 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c..

Altra questione pregiudiziale per la verità avvertita dalla difesa delle ricorrenti nell'atto introduttivo (ma già prospettata dal provvedimento del sindaco del Comune di Serino) e comunque riproposta dalla difesa Erariale è quella della competenza (per materia o funzionale) al riconoscimento della sentenza straniera di adozione, posto che l'art. 41 L. n.218/95 recita: "1. I provvedimenti stranieri in materia di adozione sono riconoscibili in Italia ai sensi degli articoli 64, 65 e 66. 2. Restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori", allorché si consideri che il secondo comma è stato letto come la "regola", sicché il primo comma costituirebbe l'eccezione relegata alle ipotesi di adozioni di maggiori di età o in casi particolari di cui all'art. 44 L. n.184/83, con la conseguenza che, in questa materia, il procedimento da instaurare è quello di cui alla L. n. 476 del 1998 che disciplina l'adozione internazionale e non quello di cui alla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e seguenti. Sennonché deve ritenersi che tale disposizione (41, 2° co. cit.), predicando il perdurante vigore (e la prevalenza) della disciplina speciale dell'adozione internazionale di minori rispetto alle previsioni di carattere generale di cui alla riforma del diritto internazionale privato, comporta l'applicabilità della L. 31 dicembre 1998, n. 476 (recante ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori adottata all'Aja il 29 maggio 1993), che ha radicalmente modificato la disciplina dell'adozione internazionale, sostituendo al procedimento di deliberazione del provvedimento straniero dettato dalla L. n. 184 del 1983, art. 32, una complessa procedura che si snoda in più fasi, analiticamente disciplinate dai novellati artt. 29 e ss., ed affida al tribunale per i minorenni i poteri previsti in dette norme, disponendo, tra l'altro, all'art. 36, comma 1, che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione può avvenire "soltanto con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge". L'art. 41 L. n. 218 del 1995 è inteso a salvaguardare la specialità della materia dell'adozione internazionale rispetto al procedimento di deliberazione ordinario proprio in ragione della specificità delle procedure che vedono coinvolte le

autorità del paese di provenienza e del paese di adozione del minore. Procedure intese a garantire che l'adozione internazionale si realizzi con il rispetto degli standard fissati a livello internazionale dalla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei bambini e per la cooperazione nell'adozione internazionale recepita in Italia con L. 31 dicembre 1998, n. 476.

Nella specie, però non si tratta di adozione internazionale secondo la convenzione de L'Aja ma di adozione nazionale straniera francese (evidentemente del tutto ignota sia all'epoca della convenzione che della legge nazionale italiana del 1998) da parte di due donne coniugate (entrambe francesi ed una sola anche italiana) dei rispettivi figli biologici (entrambi francesi e solo L. anche italiana *jure sanguinis*), che secondo la loro legge personale (art. 343 e ss. code civil) possono adottare in forma piena o legittimante un minore compreso il figlio minore dell'altro coniuge. Dunque, si tratta di adozioni nazionali avvenute al di fuori degli schemi (e all'epoca ignote) dell'adozione internazionale che giustificherebbe la competenza funzionale del T.M. secondo la citata disposizione. Di ciò se ne ha indiretta conferma nella declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità, sollevata dal T.M. di Bologna, appunto della legge sulle adozioni in materia di riconoscimento di una sentenza straniera di adozione del figlio della compagna dello stesso sesso pronunciata tra stranieri.

Dunque, deve farsi applicazione degli artt. 65 e 66 della legge in materia di diritto internazionale privato, che prevedono che i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia, come quelli di volontaria giurisdizione, hanno effetto nell'ordinamento italiano e sono quindi riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, quando producono effetti nell'ordinamento dello stato in cui sono stati pronunciati, non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti della difesa.

Le sentenze di adozione dei minori di cui si discute hanno piena efficacia in Francia e sono state emesse da un'autorità giudiziaria francese, su istanza delle attuali ricorrenti, con l'accertato pieno consenso delle rispettive madri (e coniugi) dei bambini.

Occorre a questo punto valutare se l'adozione con effetti legittimanti da parte di persone, ritenute coniugate per lo Stato Francese, della figlia della partner dello stesso sesso, pronunciata legittimamente in uno Stato europeo, in base alle leggi di quel paese, debba ritenersi contraria all'ordine pubblico, inteso quest'ultimo come ordine pubblico internazionale, secondo l'insegnamento della Cassazione, la quale con la recente sentenza 19405/2013 ha statuito che "È... acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui la nozione di ordine pubblico ...-in forza della quale la norma straniera che vi contrasti non può trovare ingresso nel nostro ordinamento in applicazione della pertinente disposizione di diritto internazionale privato- non è enucleabile esclusivamente sulla base dell'assetto ordinamentale interno, racchiudendo essa i principi fondamentali della Costituzione o quegli altri principi e regole che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti del suo assetto ordinamentale (Cass., 26 novembre 2004, n. 22332; Cass., 19 luglio 2007, n. 16017). In altri termini, come posto in rilievo da Cass., 26 aprile 2013, n. 10070 (nel richiamare anche Cass., 6 dicembre 2002, 17349 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico a fini internazionali si identifica con quello indicato con l'espressione "ordine pubblico internazionale", da intendersi "come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo".

Del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus operandi* del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente. Ed è proprio in tale prospettiva che si viene a declinare la vocazione cd. internazionalista della nostra Carta Fondamentale, che, oggi, non si esaurisce più negli originari principi desumibili dagli artt. 10 e 11 Cost., ma trova ulteriore forza di radicamento nell'art. 117 Cost., comma 1, il quale imprime alla legislazione tutta il rispetto dei vincoli derivanti dai trattati internazionali e dalla partecipazione all'Unione Europea (nel 2001, allorché venne introdotta la citata norma nel riformato titolo V della Costituzione, ancora "ordinamento comunitario").

Ove, poi, vengano in rilievo fonti che sono votate alla protezione dei diritti fondamentali della persona umana (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la L. n. 88 del 1955; Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – o Carta di Nizza – che, in forza dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati"), la loro incidenza sull'individuazione del limite di recepimento della norma straniera, partecipe di un ordinamento anch'esso soggetto a quel sistema di fonti, non può essere revocato in dubbio, posto che appare evidente, al contempo, l'apertura internazionalista del concetto di ordine pubblico e la condivisione degli stessi valori fondamentali tra i diversi ordinamenti statuali, nell'ambito dello stesso sistema di tutela multilivello" (cfr. App. Milano, 16.10.2015).

Questa Corte proprio sulla base della predetta nozione di ordine pubblico internazionale ha ritenuto trascrivibile nei registri dello stato civile italiano il matrimonio contratto in Francia dalle ricorrenti, cittadine francesi, trascrizione imposta anche dall'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea quali quello di non subire discriminazioni e di libertà di circolazione e stabilimento nei paesi membri dell'Unione. E cioè una volta riconosciuto che il genere della coppia dei coniugi stranieri non costituisce limite di ordine pubblico (nazionale ed internazionale) e che ad ogni Stato dell'Unione compete convenzionalmente la riserva di legge in ordine alle forme di unione delle coppie omosessuali, la trascrizione del matrimonio di coniugi stranieri residenti in Italia, non può incontrare alcun limite, opponibile dall'amministrazione dello Stato di residenza, nemmeno riferito all'appartenenza di genere della coppia coniugata.

E' stato osservato che detta decisione si iscrive in quella dottrina che ammette "la libera portabilità degli status" nell'ambito dell'Unione Europea e che, trasposta al caso in esame, non dovrebbe nemmeno precludere il riconoscimento per effetto delle sentenze di adozione in questione degli status di figli legittimi acquisiti dai predetti minori delle due madri, coniugate validamente secondo la legislazione dello stato di cittadinanza.

Del resto, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 601/2013, ha recentemente affermato come costituisca mero pregiudizio ritenere che "sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale" e come ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l'affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita. La Corte EDU ha più volte sottolineato l'obbligo per l'autorità giudiziaria di uno Stato aderente alla Convenzione, di assumere decisioni riguardanti minori, tenendo prioritariamente conto del superiore interesse del minore, valutato in concreto, al mantenimento della propria vita familiare ex art. 8 CEDU e alle relazioni instaurate con le figure genitoriali di riferimento, ribadendo il principio che anche le relazioni omosessuali rientrano nella nozione di vita familiare, e ciò ha fatto anche nelle sentenze in cui si è occupata di riconoscimento della sussistenza di una vita familiare tra il minore e le figure genitoriali nelle ipotesi di maternità "surrogate" non consentite dagli ordinamenti nazionali (vedi le sentenze *Menesson c. Francia*, ric. n. 65192, *Labassee c. Francia* ric. n. 65941, emesse nel 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015).

In tale contesto normativo di riferimento, così come interpretato dai giudici italiani e dai giudici sovranazionali, non vi è alcuna ragione per ritenere in linea generale contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra persone coniugate e i rispettivi figli riconosciuti dei coniugi, anche dello stesso sesso, una volta valutato in concreto che il riconoscimento dell'adozione, e quindi il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti da tale rapporto, corrispondono all'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con ambedue le figure genitoriali e al mantenimento delle positive relazioni affettive ed educative che con loro si sono consolidate, in forza della protratta convivenza con ambedue e dei provvedimenti di adozione. Ma giova precisare che la predetta valutazione dei presupposti delle adozioni in parola appartiene al giudice francese che ha emesso le predette sentenze, mentre qui rileva solo che quell'apprezzamento non è contrario all'ordine pubblico.

In definitiva nulla osta al riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano delle predette sentenze di adozione legittimante e, considerate "le contestazioni" in punto di trascrivibilità delle stesse, deve ordinarsi ai citati ufficiali dello stato civile la trascrizione delle sentenze di adozione ex art. 28 lett. g (i provvedimenti in materia di adozione), compresa, ex lett. f), l'aggiunta del cognome delle rispettive adottanti al cognome degli adottati.

Le spese del procedimento, nella misura liquidata in dispositivo secondo i nuovi parametri di riferimento, seguono la soccombenza dei resistenti.

P.Q.M.

a) accoglie il ricorso e per l'effetto riconosce l'efficacia nell'ordinamento giuridico italiano delle seguenti sentenze emesse dal Tribunale civile di Lille, in data 12.5.2014: n.14/01162 con il seguente dispositivo: "il x a x (Italia) è nato un bambino di sesso maschile di nome e cognome A, figlio di G, coniuge H, nata il 27 gennaio 1963 a Tourcoing, insegnante e di H, coniuge G, nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via x (Italia)"; n. 14/01157 con il seguente dispositivo: "il x a X (Italia) è nato un bambino di sesso femminile di nome e cognome L, figlia di H, coniuge G, nata il 12 luglio 1963 a Lille, insegnante e di G nata il 27 gennaio 1963 a Tourcoing, insegnante, sua moglie, entrambe residenti in via x (Italia)"; ordina all'ufficiale dello stato civile del Comune di x di trascrivere ai sensi dell'art. 28 lett. f) e g) d.p.r. n.396/00, nei registri degli atti di nascita della minore L la predetta sentenza n. 14/01157

e all'ufficiale dello stato civile del X di trascrivere ai sensi dell'art. 28 lett. f) e g) d.p.r. n.396/00, nei registri degli atti di nascita del minore A la predetta sentenza n.14/01162;

b) condanna i predetti Sindaci dei Comuni di X e di X, nella qualità ed in solido, al pagamento in favore delle ricorrenti delle spese del giudizio, che liquida quanto agli onorari in complessivi € 3550,00, oltre il 15% per rimborso spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Napoli, 30.3.2016

*Il Presidente*  
Dott. Antonio Casoria  
*Il consigliere estensore*  
Dott. Alessandro Cocchiara

## Rettifica

In fase di composizione del n. 2 del 2015 è stata per errore cancellata la seguente nota di apertura del contributo di Joëlle Long e Manuela Naldini, *“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*:

Questo articolo è stato elaborato nell’ambito del progetto di ricerca internazionale ‘All Rights Reserved? Barriers towards EUropean CITIZENship (acronimo *bEUCitizen*), finanziato nell’ambito del VII Programma Quadro per la ricerca dell’Unione Europea (*Grant Agreement N° 320294 SSH.2012.1-1*). Il progetto si propone di analizzare in chiave interdisciplinare gli ostacoli che i cittadini europei incontrano nell’esercizio dei loro diritti e vede la partecipazione di un consorzio di 26 Università coordinate dall’Università di Utrecht. Una delle attività previste nell’ambito del Work Package 9, coordinato da Manuela Naldini e Trudie Knijn, è un’analisi comparata sui diritti familiari e riproduttivi di persone appartenenti a modelli familiari “altri” rispetto alla coppia eterosessuale coniugata con figli biologici nei seguenti Paesi: Croazia, Danimarca, Israele, Italia, Paesi Bassi, Ungheria e Spagna.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.  
Codice ISSN: 2384-9495  
[genius@articolo29.it](mailto:genius@articolo29.it)