

Pubblichiamo, in esclusiva per questo sito, una nota consigliere Giuseppe Marra, quale primo commento critico dell'Ordinanza del 15 novembre scorso, con la quale il Tribunale di Milano ha disposto la trascrizione nei registri dello Stato civile del Comune di due gemelle da maternità surrogata come figlie di una coppia same sex. Alla nota segue il testo integrale del provvedimento dei Giudici milanesi.

Maternità surrogata: perché l'ordinanza Trib. Milano 15/11/2018 contrasta la legge italiana e con la giurisprudenza CEDU

di Giuseppe Marra

magistrato addetto al Massimario della Corte Suprema di Cassazione

L'ordinanza del Tribunale di Milano si iscrive fra quelle pronunce della giurisprudenza di merito che, a seguito del rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile, ordinano a questi di procedere alla trascrizione nei relativi registri dell'atto di nascita formato all'estero, dove la coppia dei cosiddetti genitori intenzionali si è avvalsa della pratica procreativa della maternità surrogata. Nel caso che ha dato origine al provvedimento si trattava di una coppia di uomini, legati da unione civile, che si erano recati in California (dove la maternità surrogata è ammessa): lì avevano raggiunto un accordo, presumibilmente di natura patrimoniale, con una donna (la madre biologica) per portare a compimento la gestazione grazie all'utilizzo di due ovuli forniti da una terza donna (la madre genetica), rimasta anonima, e del seme dei due uomini che avevano fecondato i maniera distinta i due ovuli. Dopo la nascita di due bambine, che quindi contenevano ciascuna il 50% del patrimonio genetico di uno dei due uomini, la coppia omosessuale otteneva dalla Corte Superiore della California della Contea di XX lo *status filiationis* delle neonate, con la formazione dell'atto di nascita secondo la legge del luogo: esso recava l'indicazione per ciascuna di esse dei due padri come genitori, senza alcuna menzione della gestante.

L'Ufficiale dello Stato civile di Milano aveva rigettato la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita perché contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art.18 del D.P.R. n.396/2000, anche rilevando che si era in attesa del deposito della decisione delle Sezioni unite civili che, in data 6 novembre scorso, hanno riservato la decisione su analoga questione, in particolare sulla

nozione di ordine pubblico in relazione agli atti di nascita di minori nati con la surrogazione di maternità per conto di una coppia di uomini.

L'ordinanza del Tribunale di Milano si fonda su due argomentazioni in particolare : da un lato nega che vi sia un ostacolo alla trascrizione dell'atto di nascita rinvenibile nel limite ex art.18 del D.P.R. n. 396/2000 dato dall'ordine pubblico, che si fonderebbe solo sul complesso dei principi fondamentali costituzionali e sovranazionali inerenti la tutela dei diritti della persona (e non quindi sulla legislazione ordinaria), dall'altro si afferma che la richiesta di trascrizione corrisponda senz'altro al *best interest* delle minori in considerazione delle favorevoli conseguenze giuridiche alla stessa connesse.

In attesa della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, si possono svolgere alcune considerazioni critiche al provvedimento dei Giudici milanesi. In primo luogo va ricordato (cosa che sembra essere loro sfuggito) che la maternità surrogata è vietata nel nostro ordinamento da una norma, l'art. 12, comma 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40, che prevede la sanzione penale della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da € 600.000,00 ad 1.000.000 di euro nei confronti di *"chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza (...) la surrogazione di maternità"*. La presenza della sanzione penale indica il massimo del disvalore attribuito dall'ordinamento giuridico a tale pratica. Sulla *ratio* della norma deve essere richiamata la recente sentenza della Corte Cost. n.272/2017, in cui la Consulta, investita della questione della legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), ha colto l'occasione per ribadire che *"la maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non lasciando dubbi sul fatto che tale pratica sia contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento, fondato in primo luogo sul pieno rispetto della dignità della persona, nella specie delle donne che partoriscono per altri in cambio di denaro. Tali tipi di contratti conducono inoltre alla reificazione del nascituro, considerato alla stregua di un oggetto materiale all'interno di un normale negozio di compravendita. I principi fondamentali non solo della nostra Costituzione, ma anche delle Convenzioni e Trattati internazionali a cui l'Italia aderisce, pongono al centro di tutto il sistema normativo in primo*

luogo la tutela del diritto all'integrità fisica e alla dignità morale della persona, da cui, a cascata, derivano tutti gli altri diritti, in qualche modo secondari rispetto ai primi due. Il limite dell'ordine pubblico sembra perciò funzionale alla tutela dei diritti alla dignità delle donne gestanti e dei nascituri.

In secondo luogo l'affermazione che la trascrizione dell'atto di nascita derivante dalla maternità surrogata corrisponda al *best interest* del minore appare essere un pura petizione di principio, tenuto già solo conto che il minore (appena nato) non può interloquire, e si troverà pertanto a subire una decisione presa da altri. Nella specie tutta la procedura comporterebbe la legittimazione della scelta, contraria alla legislazione nazionale, di privare il minore di una figura genitoriale (i minori avrebbero infatti solo due padri e nessuna madre), priverebbero il minore del diritto alla sua piena identità, non solo genetica ma anche biologica, in ragione del fatto che le madri cosiddette genetiche e biologiche sarebbero "cancellate" dal suo profilo identitario, essendo quella una delle condizioni essenziali del contratto tra genitori intenzionali e madre gestante.

Si potrebbe sostenere che questa situazione di perdita di identità è più o meno analoga a ciò che accade nei casi di adozione di minore abbandonato: adozione che però in Italia non è ammessa per le coppie dello stesso sesso. Ma è sufficiente replicare che il paragone è impraticabile, perché il procedimento per l'adozione comporta una valutazione molto rigorosa da parte del Tribunale per i minorenni circa l'idoneità della coppia richiedente a diventare genitore: controllo che invece è del tutto assente per i casi di genitorialità ottenuta mediante la surrogazione di maternità. Nella maternità surrogata invece il *best interest* del minore trarrebbe origine solo da una situazione di fatto, il legame affettivo che nelle more si sarebbe venuto a creare, in cui non vi è stato alcun controllo preventivo da parte di una istituzione terza rispetto alla volontà dei contraenti. In sostanza il "fatto compiuto" si imporrebbe, al di là delle proclamazioni di principio che vedono tutti d'accordo nell'affermare che la maternità surrogata è una grave lesione della dignità delle donne. Sul punto il Collegio milanese avrebbe potuto considerare le osservazioni contenute nella sentenza della Corte E.D.U., Grand Chamber, 24 gennaio 2017, n. 25358, che ha ribaltato la decisione nel caso Paradiso e

Campanelli contro Italia, affermando che la decisione delle autorità italiane di allontanare il minore nato all'estero ricorrendo alla maternità surrogata non violava l'art. 8 della C.E.D.U., in considerazione della mancanza di legame biologico tra il bambino e gli aspiranti genitori, della breve durata delle relazioni (solo nei primi mesi di vita del bambino) e dell'incertezza giuridica dei legami. La Grande Camera ha affermato inoltre che nella misura in cui il comportamento dei ricorrenti ha violato la legge sull'adozione ed il divieto previsto dall'ordinamento italiano circa la surrogazione di maternità, i provvedimenti adottati nei confronti del minore hanno perseguito l'obiettivo di "prevenire l'illegalità" e di proteggere "diritti e libertà altrui". In sostanza, ad avviso di chi scrive, la C.E.D.U. ha pronunciato una sonora bocciatura delle pretese di chi vuole imporre scelte unilaterali collegando il c.d. *best interest* del minore al fatto compiuto. Peccato che a Milano non ne abbiano tenuto conto.

R.G. 13554/2018

TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

Sezione VIII civile

Il Collegio formato dai seguenti magistrati:

dott.ssa Enrica Manfredini	Presidente relatore
dott.ssa Paola Corbetta	Giudice
dott.ssa Maria Rita Cordova	Giudice

in merito al ricorso ex art. 95 D.P.R. n. 396/2000 depositato in data 12.10.2018 da XY e WZ, in proprio e quali rappresentanti ed esercenti la responsabilità genitoriale sulle minori GEMELLA1, nata a NN (California, U.S.A.) il 29.12.2017 e GEMELLA2, nata a NN (California, U.S.A.) il 29.12.2017, (entrambi rappresentati e difesi dagli avv.ti Manuel Girola e Luca Di Gaetano) con il quale viene chiesto a questo Tribunale di dichiarare l'illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano alla trascrizione ai sensi dell'art. 28 D.P.R. 396/2000 dell'atto di nascita delle suddette minori e di ordinare la relativa trascrizione,

premessi che:

i sig. XY e WZ hanno intrapreso una stabile relazione affettiva a partire dal 2007; nel corso del 2015, dopo otto anni di convivenza, si recavano a NN (California, USA) con l'intento di intraprendere la procedura di procreazione medicalmente assistita (PMA) ivi giuridicamente riconosciuta nel Codice di Diritto di Famiglia della California quale «*Surrogacy and donor Facilitators, assisted Reproduction for gestational carriers and ovocyte donations*» (cfr. *California Family Code Sections 7960-7962*). In caso di coppia maschile dello stesso sesso, la procreazione assistita prevede la fecondazione di un ovulo donato da una donna anonima con successivo impianto e gestazione da parte di altra donna. Nel caso di specie, i sig.ri XY e WZ stipulavano un «*agreement for gestational carriers*» con la sig.ra Gestante, scegliendo il *NN Fertility Center* per lo compimento della procedura.

presso tale clinica venivano fecondati due ovuli, uno contenente il 50% del patrimonio genetico del sig. Y (e il 50% della c.d. ovodonatrice), l'altro contenente il 50% del patrimonio genetico del sig. Z (e il 50% della c.d. ovodonatrice). L'impianto avveniva nel maggio del 2017 e la gravidanza proseguiva regolarmente fino alla nascita;

durante la gestazione, il 4 novembre 2017, i sig.ri Y e Z si univano civilmente innanzi all'Ufficiale di Stato civile del Comune di Sormano (CO), con atto iscritto n. Registro delle Unioni Civili ex Legge n. 76/2016 (e successivamente trascritto a Milano, con atto n. 28-2-R-4 del 2018)

qualche settimana più tardi, il 30 novembre 2017, la Corte Superiore della California della Contea di NN pronunciava il «*Judgement to establish the parent-child relationship*» (c.d. «*Parental Judgment*») in forza del quale veniva costituito, prima ancora della nascita, lo *status filiationis* tra i sig.ri Y e Z e i nascituri, così come previsto dalla legge ivi applicabile; il 29 dicembre 2017, presso lo Sharp Mary Birch Hospital di NN, la gestante dava alla luce due bambine, Gemella2 e Gemella1.

il 4 gennaio 2018, venivano formati e rilasciati gli atti di nascita delle minori, con l'indicazione, per ciascuna di esse, dei sig.ri Y e Z come genitori e senza alcuna menzione della gestante sig.ra Gestante, in linea con quanto consentito dalla normativa straniera e dal *Parental Judgment*. Detti atti, venivano muniti di apostilla il 10 gennaio 2018 dal County

Assessor/Recorder/Clerck Ernest J. Dronenburg e ne veniva quindi chiesta la trascrizione presso l'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano, con istanza del 16 febbraio 2018; dopo una sospensione del procedimento amministrativo, motivata dalla necessità di ottenere il parere dell'Avvocatura dello Stato in merito alla richiesta di trascrizione, l'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Milano comunicava il rigetto dell'istanza avanzata dai sig.ri Y e Z con nota del 17 settembre 2018, ritenendo di non poter procedere in tal senso prima della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da rendere entro la fine dell'anno in un caso simile a quello degli odierni ricorrenti;

i sig.ri Y e Z si rivolgevano quindi al Tribunale affinché ordinasse all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano la trascrizione degli atti di nascita delle piccole Anna e Gemella¹; il Pubblico Ministero apponeva il proprio visto, non opponendosi alla domanda, in data 17.10.2018; rilevato che:

l'art. 17 DPR 396/2000 consente la trascrizione degli atti di Stato Civile del cittadino italiano formati all'estero; l'art. 18 prevede l'intrascrivibilità laddove questi siano contrari all'ordine pubblico;

unico limite alla trascrizione pertanto è la valutazione della non contrarietà dell'atto straniero all'ordine pubblico;

nella giurisprudenza italiana l'interpretazione del concetto di ordine pubblico ha subito una progressiva contrazione anche a fronte del recepimento interno di principi affermati dapprima in ambito transnazionale, quali le pronunce della Corte di Giustizia secondo cui il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve applicarsi soltanto in casi eccezionali (sentenza 11 maggio 2000, C-38/98; sentenza 4 febbraio 1988, causa 145/86; sentenza 10 ottobre 1996, causa C- 78/95);

è stato quindi progressivamente superato dalle corti italiane il risalente concetto di ordine pubblico inteso come limite di sbarramento alla circolazione interna di istituti giuridici stranieri e come tale originariamente riferito ai principi evincibili dalla normativa interna inderogabile (v. Cass. n. 3881/1969 ; Cass. n. 818/1962) affermandosi invece la necessità di una valutazione orientata al complesso dei principi fondamentali fondati su esigenze di tutela

dei diritti dell'uomo e comuni ai diversi ordinamenti nonché collocati ad un livello superiore rispetto alla legislazione ordinaria: si tratta dei principi fondamentali di cui alla nostra Carta Costituzionale, ma anche di principi tratti da fonti di carattere internazionale e comunitario quali quelli desumibili dai Trattati fondativi, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dalla CEDU (c.d. ordine pubblico internazionale);

in ordine al giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico come sopra inteso, la Suprema Corte, anche recependo i richiamati orientamenti della Corte di Giustizia, ha quindi escluso che detto contrasto possa sussistere *«per il solo fatto che la norma straniera sia difforme, contenutisticamente, da una o più disposizioni del diritto nazionale perché il parametro di riferimento non è costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario esercita la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»*;

la Corte di Cassazione ha altresì affermato che *«il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico»* (v. Cass. n. 19599/2016), precisando che in tale verifica il giudice è tenuto ad operare una sorta di giudizio di costituzionalità "preventivo e virtuale", potendosi ravvisare la contrarietà solo nel caso in cui si ritenga che l'atto, ancorché scaturito dall'applicazione di disposizioni straniere che non trovano corrispondenza in quelle interne, sia inconciliabile ed incompatibile con i principi di rango primario da valutarsi alla luce dei valori fondamentali della comunità interna, comunitaria e internazionale;

sulla scorta di questo condivisibile orientamento, come osservato in ricorso, la circostanza che in Italia non siano ammesse tecniche di procreazione medicalmente assistita quali quella intrapresa negli Stati Uniti dai ricorrenti (c.d. gestazione per altri) non può comportare un giudizio di contrarietà all'ordine pubblico dell'atto straniero essendo l'attuale divieto interno frutto di una scelta del legislatore nazionale, scevra da vincoli costituzionali, come desumibile dalle affermazioni della stessa Consulta (v. sent. n. 162 del 2014) secondo cui, trattandosi la

PMA di materia eticamente sensibile, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»;

si devono piuttosto esaminare gli effetti che dall'atto così rettificato si verificano e che consistono, nella specie, nella certificazione in Italia della sussistenza dello *status filiationis* tra le minori ed i sig. Y e Z (persone che sono già stata legalmente riconosciute come genitori dall'ordinamento degli Stati Uniti; giova ricordare tra l'altro che le minore hanno doppia cittadinanza, essendo nate negli Stati Uniti da genitori italiani); trattasi di conseguenza inidonea a determinare violazioni di principi fondamentali dal momento che:

il fatto che i sig. Y e Z vengano riconosciuti come genitori delle piccole Anna e Maria, nonostante abbiano ciascuno un legame biologico con una soltanto delle minori, non può ritenersi lesivo di principi superiori, a fronte di un quadro normativo e giurisprudenziale internazionale, comunitario ed interno che tende a valorizzare sempre meno detto legame in favore di altri aspetti della maternità/paternità correlati al consenso, alla volontarietà e all'assunzione della responsabilità genitoriale (solo sul fronte interno si pensi all'ammissione, in certe condizioni, delle pratiche di PMA di tipo eterologo);

il fatto di riconoscere alle minori due genitori dello stesso sesso, allo stesso modo, non viola alcun principio fondamentale, non ravvisandosi nell'ordinamento alcun imprescindibile divieto al riconoscimento della genitorialità da parte di tali coppie; la scelta del legislatore italiano nell'ambito della legge n. 76/2016 (c.d. Cirinnà) di non prevedere la c.d. *stepchild adoption* non può indurre a ritenere contraria all'ordine pubblico tale tipologia genitoriale dal momento che - come correttamente evidenziato nel ricorso - non solo all'estero la stessa è pacificamente prevista e tutelata, ma anche in Italia la genitorialità *same sex* ha ormai trovato riconoscimento in recenti pronunce giurisprudenziali che, sulla base dell'interesse del minore, hanno autorizzato l'adozione ex art. 44 comma 1 lett. d) della legge n. 184/1983 nell'ambito di coppie omosessuali: ciò a conferma dell'assenza di superiori, contrari e ineludibili principi di rango primario alla genitorialità da parte di coppie dello stesso sesso; non esistendo del resto dati scientifici che attestino la rilevanza dell'orientamento sessuale dei genitori sul benessere dei figli;

escludendo quindi, nel caso in esame, una possibile contrarietà dell'atto e dei suoi effetti

all'ordine pubblico e in applicazione dei principi che impongono che sia sempre valutato il superiore interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano (cfr. per tutti l'art. 3 par. 1 della Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo) questo Collegio ritiene che la richiesta trascrizione corrisponda senz'altro al *best interest* delle minori in considerazione delle favorevoli - e sfavorevoli, in caso di diniego - conseguenze giuridiche alla stessa connesse;

si pensi ai diritti successori e a quelli di mantenimento, fondati sullo *status filiationis*, ma anche e soprattutto ai diritti non meramente patrimoniali quali quello all'identità personale delle minori, a fronte peraltro di uno *status* già legittimamente costituito nello Paese straniero di cui hanno la cittadinanza, nonché socialmente acquisito; alla vita privata, alla sicurezza del mantenimento dei legami con la propria famiglia (intesa in senso sociale e non biologico - genetico); alla bigenitorialità: diritti che possono trovare pieno riconoscimento solo a seguito della trascrizione degli atti di nascita delle minori presso i registri dello Stato Civile italiano, senza che del resto - come già detto - da ciò si determini alcuna violazione di diversi e/o confliggenti principi di uguale o superiore rango;

solo certificando allo Stato Civile la genitorialità anche formale dei sig. Y e Z l'identità giuridica delle minori può quindi ricongiungersi alla loro già delineata identità sociale, potendo al contrario il rigetto della domanda pregiudicarne i diritti in caso ad esempio di scioglimento dell'unione civile o di decesso di uno dei genitori, con effetto palesemente discriminatorio per le minori perché fondato unicamente sull'identità sessuale della coppia che ha scelto di generarle con le tecniche di PMA;

deve ritenersi pertanto che la richiesta trascrizione corrisponda al superiore interesse delle minori Gemella2 e Gemella1 in riferimento non solo ai diritti patrimoniali connessi alla certificazione del suo *status*, ma soprattutto ai richiamati diritti alla bigenitorialità, alla certezza giuridica, all'unicità della propria condizione giuridica e sociale e dunque all'identità personale, nonché alla stabilità dei legami acquisiti fin dalla nascita nel contesto familiare; di conseguenza, il ricorso merita pieno ed integrale accoglimento,

PQM

ordina all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Milano di procedere alla trascrizione dell'atto

di nascita della minore Gemella2 nata il 29.12.2017 a NN (California, USA) e della minore Gemella1 nata il 29.12.2017 a NN (California, USA), con l'indicazione della genitorialità del sig. XY, nato a __, e del sig. WZ, nato a __, conformemente agli atti di nascita integrali statunitensi.

Così deciso in Milano, lì 15.11.2018.

Il Presidente relatore
dott.ssa Enrica Manfredini

