

1. Saluti e ringraziamenti

Benvenuti, al primo workshop del JUSTPARENT project.

Si tratta del primo seminario del biennio in cui l'Università Bicocca, insieme alle università di Modena e Reggio Emilia, Granada, Uppsala e KTH, realizzeranno una riflessione comune, condivisa e approfondita del fenomeno della genitorialità sociale.

In questo primo seminario analizzeremo brevemente il concetto, il fenomeno della genitorialità sociale, selezioneremo la più controversa tra le fattispecie di genitorialità sociale e individueremo lo stato dell'arte nella giurisprudenza che ne ha analizzato gli ostacoli ed i limiti, tenuto conto delle recenti sopravvenienze.

2. Sentiment

Come ci ha riferito qualche tempo fa la prof.ssa Caggiano dell'Università Sant'Orsola Benincasa, occorre sempre iniziare le proprie relazioni con il sentiment, con un racconto o evento che possa galvanizzare il pubblico. È così che oggi avvieremo la nostra riflessione da un romanzo. Nel 1932, Aldous Huxley pubblicava *Brave New World*, *Il Mondo Nuovo*, un romanzo distopico, che narra le vicissitudini di alcuni membri di una società divisa per caste, in cui i consociati sono distinti per caratteristiche fisiche, determinate proprio dalle tecniche di procreazione, la procreazione avviene esclusivamente in via artificiale. Nel mondo immaginato da Huxley, la filiazione naturale è messa al bando, costituisce una pratica aberrante, perché non consente di determinare il potenziamento o il depotenziamento psico-fisico dei cittadini e le tecniche di procreazione artificiale vengono immaginate, entro un paradigma fordista. Una società contrapposta alla popolazione anarchica, sita fuori dai confini del mondo nuovo, dedica alla filiazione naturale. Huxley immagina, così, un mondo "sottosopra", in cui i lemmi madre, padre, genitori integrano una blasfemia.

3. Relazioni parlamentari

Perché un giurista potrebbe pensare di avviare una riflessione attorno alla genitorialità partendo da un romanzo di tal fatta? Non si tratta di un esercizio di stile, il riferimento è determinato da due ragioni.

La prima è la seguente: il titolo di questa opera compare frequentemente nei lavori preparatori delle leggi che si occupano delle tecniche di fecondazione assistita, del trattamento dell'embrione e delle cellule riproduttive, viene citato a più riprese nelle relazioni accompagnatorie ai recenti disegni di legge sulla maternità surrogata, quale possibile scenario configurabile nel caso in cui si intenda normare, disciplinare e dunque rendere positive e prevedibili tecniche di riproduzione asessuata e artificiale.

La ricorrente menzione degli scenari distopici di Aldous Huxley all'interno delle relazioni accompagnatorie e nei lavori preparatori è espressiva, dunque, del terreno su cui si sviluppano le discipline che si occupano, seppure in maniera frammentata, di filiazione diversa da quella biologica. Si tratta, infatti, di discipline in cui, come qualcuno ha acutamente osservato, la genitorialità, diversa da quella biologica e sessuata, appare «orientata alla pena». Alle forme di filiazione non genetica o biologica si impongono limiti, spesso di ordine pubblico, nel timore di dare corso a scenari distopici. Un simile approccio è reso evidente in Italia dai numerosi divieti, assistiti da afflittive sanzioni amministrative e penali, per la surrogazione della maternità, la fecondazione eterologa, l'accesso alla procreazione artificiale per le coppie omoaffettive.

Al netto dei fraintendimenti che hanno condotto vari deputati e senatori a menzionare il romanzo, si può pervenire così alla seconda motivazione. L'opera può indurre il giurista a

riflettere sulle categorie dogmatiche cui è solito dedicare i suoi studi. In quel distopico mondo sottosopra, si pone accanto alla genitorialità biologica e gestazionale, da sempre nota al giurista e positivizzata in parte dalle codificazioni, un paradigma altro e diverso, non alternativo bensì ulteriore, studiato poco: accanto alla filiazione biologica, gestazionale e genetica, dunque derivante dalla procreazione sessuata, si sono sviluppate numerose forme di filiazione e discipline dedicate a queste forme, in cui il rapporto tra genitore e figlio prescinde dal riscontro di legami genetici biologici e gestazionali.

4. Concetto di genitorialità sociale

Per genitorialità sociale si intende – in via di prima esemplificazione – il rapporto intercorrente tra chi assume la responsabilità genitoriale e il figlio, in difetto di un apporto genetico, biologico e gestazionale tra il primo ed il secondo. Costituiscono declinazioni della categoria in esame tutte le forme di filiazione che derivano dalle diverse tipologie di adozione, dalla filiazione determinata dalla procreazione medicalmente assistita, tanto omologa quanto eterologa, dalla filiazione da surrogazione della maternità, nonché dalla filiazione da procreazione realizzata post mortem.

Come si evince dalla definizione offerta, sono due le componenti costitutive rilevanti per la categoria: la prima, individuata in positivo, attiene alla assunzione dell'ufficio della responsabilità genitoriale alla stregua di una scelta consapevole e responsabile del genitore. La seconda, individuata in negativo, attiene alla carenza ed irrilevanza di un medesimo patrimonio genetico o biologico tra entrambi i genitori ed il nato. Può difettare, dunque, la gestazione da parte di colei che desidera realizzare il progetto familiare e assumere la responsabilità genitoriale, in quanto eseguita dalla partner in una coppia same sex: si tratta del c.d. metodo ropa (Reception of Oocytes from Partner) oppure la gestazione può essere realizzata da una persona terza alla coppia di "committenti". Può mancare, in alternativa o in aggiunta, un patrimonio genetico condiviso, perché si ricorre alla procreazione asessuata e si utilizzano nel procedimento di fecondazione gameti o ovuli appartenenti a donatori terzi alla coppia. Ancora, si può costituire un rapporto di filiazione all'esito di un procedimento di adozione del minore, teso all'accertamento dei requisiti previsti dalla legge.

La dizione reca il riferimento alla genitorialità e non alla filiazione, come invece fa frequentemente il legislatore italiano nel disciplinare i rapporti genitore-figlio: la nomenclatura è adottata per sottolineare la componente positiva e volontaristica, da cui discende l'assunzione dell'ufficio della responsabilità genitoriale sul minore. Inoltre, la dizione è influenzata dalle esperienze degli altri ordinamenti, dove la disciplina è dedicata alla genitorialità e non alla filiazione, e dagli approdi giurisprudenziali in materia.

La genitorialità sociale diverge dalle forme di filiazione conosciute dal Codice civile non solo per il nome: più precisamente, diverge dalla filiazione naturale perché il principio di verità o del favor veritatis non costituisce il principio informatore della disciplina e del fenomeno; a differenza della filiazione legittima, non è attribuita rilevanza al matrimonio, se non come requisito soggettivo per l'accesso agli istituti da cui deriva la genitorialità sociale.

L'individuazione di una categoria dogmatica diversa, per fondamento, struttura e disciplina, tuttavia non mira a determinare una elusione del canone interpretativo generale, ai sensi dell'art. 315 c.c., secondo cui «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», bensì persegue l'obiettivo di riaffermare il principio in esame.

Oltre al sostantivo rileva pure l'aggettivo impiegato nel sintagma e il fenomeno può essere definito con l'espressione "genitorialità sociale" per più ragioni.

In primo luogo, si vuole evocare la diversa ma vicina locuzione "formazione sociale". Attraverso l'aggettivo, si ricorda all'interprete l'evoluzione progressivamente intervenuta attorno al fenomeno familiare: da società giuridicamente tutelata entro l'art. 29 Cost., poiché fondata sul vincolo coniugale, si è pervenuti all'«arcipelago familiare», entro cui la famiglia

è intesa quale concetto inclusivo di formazioni sociali che assumono rilievo ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost. ed in virtù della l. 20 maggio 2016, n. 76. I due fenomeni – genitorialità e formazioni - si intersecano necessariamente: spesso il primo fenomeno sottende il secondo e le relative evoluzioni intervenute; sicché l'analisi della genitorialità sociale richiede al giurista di tenere conto di questa intersezione.

La seconda ragione è di più immediata comprensione: la giurisprudenza e la dottrina hanno iniziato a menzionare l'espressione genitore sociale per indicare il fenomeno nelle sue diverse declinazioni, per ricomprendere i casi in cui la genitorialità si fonda sulla assunzione della responsabilità oppure su una relazione socioaffettiva consolidata e continuativa di fatto o sulla ricomposizione delle relazioni. Una autorevole voce dottrinale, nel commentare le pronunce europee che si sono occupate del tema, non esclude che in tutti questi casi, a prescindere dai legami biologici o genetici e dai requisiti legali, sia lo stesso superiore interesse del minore a fondare il vero e proprio rapporto di filiazione.

Da ultimo, il Rapporto Europeo sulla fecondazione artificiale umana del Consiglio d'Europa aderisce al principio della paternità sociale al principio n. 14.2.

Le diverse ipotesi di genitorialità sociale sono, talvolta, disciplinate dal legislatore italiano: ad esempio, ciò accade con la l. 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozioni, oppure con la l. 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione assistita. Talaltra, è la giurisprudenza a consentire l'emersione di nuovi casi di genitorialità sociale, dando attuazione alla «normatività potenziale» del reticolato normativo, attraverso l'ermeneusi congiunta dei precetti costituzionali e del dettato normativo applicata al caso concreto. Ciò è accaduto con la declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa, che ha reso possibile il ricorso alla fecondazione mediante gameti ed ovuli di donatori, terzi alla coppia. La giurisprudenza, ancora, ha individuato la coerenza interna tra le disposizioni normative attraverso un percorso interpretativo compatibile a Costituzione, come nel caso della fecondazione post mortem. In particolare, è stato consentito l'utilizzo di embrioni crioconservati da parte della paziente anche dopo la morte del marito, con cui è stato avviato in precedenza il progetto familiare: la giurisprudenza ha ricondotto la fattispecie nel paradigma della l. n. 40/2004, attribuendo la genitorialità al marito, ancorché defunto prima dell'impianto e del concepimento, nonostante la sanzione amministrativa prevista per le tecniche di fecondazione artificiale alle coppie i cui componenti non siano entrambi viventi. Simili considerazioni valgono, poi, per l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso: l'istituto non è stato normato nella l. n. 76/2016, tuttavia la giurisprudenza ha dato rilievo giuridico al rapporto fattuale, significativo e stabile tra partner e figlio dell'altro partner, operando una interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d), l. 184/1983. In accordo con il nuovo percorso esegetico, il presupposto applicativo dell'impossibilità di affidamento preadottivo, previsto dalla legge, è da intendere come impossibilità di fatto e anche di diritto: la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, dunque, non dipende solo dallo stato di abbandono dichiarato, ma pure da un impedimento giuridico all'affidamento preadottivo del minore, determinato dalla insussistenza dello stato di abbandono, che consente di fornire rilievo alla situazione di fatto illustrata.

Infine, ci sono casi di genitorialità sociale che trovano positivo riconoscimento all'estero ma che in Italia sono espressamente vietati, sottoposti a sanzioni amministrative e penali, nonché ostacolati da limiti di ordine pubblico, che impediscono pure il riconoscimento dell'atto o del provvedimento straniero in conformità con le regole del diritto internazionale privato. Esempio paradigmatico di tale categoria è la filiazione da surrogazione della maternità.

5. Surrogacy

La surrogazione della maternità consiste in una procedura medica che si realizza con l'impianto di un embrione nell'utero di una persona diversa da colei che assumerà la responsabilità genitoriale sul nato e, più in generale, nell'utero di una persona diversa dai committenti che intendono perseguire ed attuare il progetto familiare. La procedura può anche caratterizzarsi per l'impiego di un ovulo della gestante, fecondato e poi impiantato nell'utero della medesima. Nel primo caso si discute di surroga biologica portante, nel secondo di surroga biologica materna.

Alla procedura medica in discorso viene attribuita una varietà di etichette, oltre alle locuzioni menzionate: maternità surrogata, utero in affitto e, nella sua accezione con maggiore portata descrittiva, gestazione per altri.

La gestazione per altri può essere altruistica, gratuita, professionale, tuttavia, nell'ordinamento italiano è vietata, sanzionata dalla l. 40 del 2004, ai sensi dell'art. 12 comma 6, "in qualsiasi forma".

Questo scritto non si occupa dell'opportunità di questa procedura né degli argomenti a sostegno o contrari al divieto citato, ma si preoccupa delle ipotesi che hanno impegnato e continuano ad impegnare giurisprudenza e dottrina nell'ultimo decennio. Il pensiero corre alla gestazione per altri eseguita all'estero, in conformità con l'ordinamento straniero, all'esito della quale i genitori del nato – secondo la legge straniera – richiedono il riconoscimento dello status filiationis in Italia, ancorché privi di legami genetici, biologici e gestazionali.

Solitamente accade questo: tornata in Italia, la persona con residenza o cittadinanza italiana, appartenente alla nuova formazione sociale, chiede all'autorità competente, l'ufficiale dello stato civile, la trascrizione dell'atto di nascita straniero o del provvedimento che riconosce la filiazione. L'ufficiale dello stato civile, tuttavia, oppone il suo rifiuto alla trascrizione o alla modifica dell'atto di nascita già formato in Italia, perché l'atto straniero non reca l'indicazione di entrambi i genitori biologici ma indica i genitori sociali oppure un genitore biologico e un genitore sociale in conformità con l'ordinamento di provenienza dell'atto da riconoscere. Così procedendo, il riconoscimento dell'atto o del provvedimento trova un insuperabile ostacolo nel diritto italiano e, in particolare, nella clausola generale di ordine pubblico, come previsto dalle regole di diritto internazionale privato. Al rifiuto opposto, il genitore sociale fa generalmente seguire un ricorso ai sensi dell'art. 67, l. 31 maggio 1995, n. 218, presso la Corte d'Appello territorialmente competente, affinché proceda al riconoscimento dell'efficacia in Italia dell'atto o del provvedimento straniero. Nel corso di tale giudizio, l'Autorità Giudiziaria italiana è chiamata non a vagliare la questione nel merito, bensì a verificare i requisiti previsti dalla l. 218/1995 per la delibazione e, tra tali requisiti, si annovera la verifica di compatibilità degli effetti con l'ordine pubblico.

6. Riconoscimento della filiazione

Non ci occuperemo qui della opportunità o degli argomenti pro e contro la disciplina dedicata alla surrogazione, avremo tempo per dedicarsi a uno studio più approfondito di questo tema, ma qui oggi ci occuperemo dei casi di gestazione per altri eseguiti all'estero, dove si può eseguire la surrogazione, casi in cui si chiede poi il riconoscimento dello status filiationis in Italia nei confronti dei genitori ancorché privi di legami genetici biologici e gestazionali.

Dunque cosa accade? I genitori, same sex o di diverso sesso, vanno all'estero, accedono ad una procedura di gestazione per altri, la gestante non ha è madre in conformità con il

diritto vigente nello stato di esecuzione della procedura, la filiazione è costituita dalla adesione dei soggetti alla procedura di gestazione per altri, si valorizza l'assunzione dell'ufficio della responsabilità genitoriale da parte di tali soggetti, i quali diventano genitori nell'ordinamento straniero.

7. Ritorno in Italia

Divenuti genitori all'estero (ad esempio in Canada o negli Stati Uniti), la nuova formazione sociale torna in Italia, i nuovi genitori chiedono il riconoscimento dello status, dunque richiedono la trascrizione dell'atto straniero che riconosce la filiazione sociale all'autorità competente: la trascrizione viene richiesta all'ufficiale dello stato civile per gli atti mentre la delibazione viene richiesta alla corte d'appello.

Il riconoscimento avviene in virtù delle regole DIP Diritto internazionale privato, che presenta pochi limiti. La procedura di riconoscimento si impronta attualmente su un meccanismo automatico, in cui si deve accertare solo la presenza dei requisiti prescritti dalla legge, non chiede al giudice interno di valutare nel merito la questione ma richiede al giudice italiano di dare riconoscimento laddove tutelato il contraddittorio e la difesa nello stato di provenienza e verificare la compatibilità degli effetti dell'atto o del provvedimento con l'ordine pubblico. Clausola generale da intendersi come ordine pubblico internazionale.

Questo vaglio non ha esito positivo nella filiazione da surrogazione della maternità, perché sussiste un limite di ordine pubblico al riconoscimento, questo limite è plurisfaccettato e si declina nel divieto di surrogazione della maternità, nonché nel principio di gradualità che attribuisce preminenza gerarchica alle adozioni, rispetto al ricorso a tecniche procreative di tipo asessuato di tal fatta.

Vedremo che la questione allora verte attorno ad un nodo esegetico solo: la nozione di ordine pubblico.

8. SSUU 2019

Cerchiamo di capire meglio questi limiti di ordine pubblico e il loro spazio applicativo. Per farlo dobbiamo recuperare le argomentazioni poste a sostegno del dispositivo della sentenza a SSUU del 2019, perché prima di questa pronuncia si è evidenziato un contrasto interpretativo di non poco momento. Vi ho riportato la massima per comodità e per trasparenza, tuttavia le argomentazioni della cassazione nella sua più autorevole composizione sono articolate e complesse.

- Si parte dal divieto contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione e dalla convenzione di Oviedo che rispettivamente agli artt. 3 lett. c e art. 21 prevedono un divieto di perseguimento dello scopo di lucro attraverso l'utilizzo del corpo umano. Dunque si pone un divieto generale, internazionale, condiviso tra gli stati che aderiscono alla convenzione e tra gli stati membri dell'UE, inerente alla gestazione per altri onerosa.
- Ma non solo questa è vietata, l'ordinamento italiano prevede un generale divieto di surrogazione della maternità senza definizioni per l'elemento normativo della surrogazione della maternità e senza distinzioni tra i tipi, ai sensi dell'art. 12 comma 6 l. 40/2004. In accordo con l'impostazione delle SSUU 2017 la disposizione normativa assume che l'esecuzione di un procedimento di gestazione per altri costituisca fatto tipico ma pure offensivo sempre e comunque del bene giuridico tutelato. Questo tanto per la gestazione per altri onerosa quanto per la gratuita, atteso che vi possono essere, per scomodare il contratto di roppo, vantaggi indiretti. Secondo la pronuncia il divieto, nella sua portata generale, colpisce pure la gestazione per altri di carattere altruistico, determinata da uno spirito di solidarietà

della gestante in favore dei committenti. Proprio perché la disposizione dice che è vietata in qualsiasi forma e si applica a chiunque.

A sostegno della portata generale del divieto si è detto pure che la norma che vieta la surrogazione della maternità non richiama una norma, come quella prevista per la fecondazione eterologa, che consente di attribuire lo status filiationis anche laddove eseguita una procedura in contrasto con la legge.

Si afferma che il divieto mira a proteggere la dignità della donna gestante, la quale viene mercificata e costretta, anche in caso di gestazione gratuita, in ragione di vantaggi, rimborsi.

- Arriviamo dunque al principio di gradualità: la legge 40 ci dice che in virtù del principio di gradualità si deve preferire uno strumento come quello della adozione e poi se non appagante si ricorre alla PMA. Però nella pronuncia in commento si dice qualcosa di più radicale: la surrogazione è in radicale oggettivo conflitto perché solo le adozioni consentono di attuare progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato, con le garanzie proprie del procedimento. Vengono dedicati pochi paragrafi all'argomento.
- Si richiama a mò di clausola di chiusura l'art. 44 lett. d) della legge adozioni: il rapporto tra il genitore sociale e il figlio nato da surrogazione può trovare riconoscimento come adozione in casi particolari, ricorrendo a quella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo citata prima, senza violare alcun diritto o interesse del minore. Si dice, la giurisprudenza europea non ci impone uno status pieno, ci impone di riconoscere uno status e questo è uno status, ancorché mite e non pieno, revocabile, senza legami con la famiglia dell'adottante, con ripercussioni secondo alcuni in termini successivi. Peraltro c'è un margine di discrezionalità degli stati su temi così eticamente sensibili.

9. rilievi

Facciamo alcuni rilievi:

- Si fa in questa pronuncia una Interpretazione della clausola generale dell'ordine pubblico di tipo estensiva, a differenza di quanto non facciano le corti europee che invocano un impiego restrittivo della clausola di ordine pubblico.
- In secondo luogo, in questa pronuncia si piega l'ordine pubblico internazionale all'ordine pubblico interno: si ritorna ad una concezione difensiva, di coerenza interna e identità nazionale, la famiglia diventa luogo per affermazione della identità nazionale. Perché non si conviene con questa accezione? Perché nell'ambito del riconoscimento degli atti e dei provvedimenti stranieri l'accezione di ordine pubblico è quella di ordine pubblico internazionale ossia inclusiva dei principi e dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla costituzione, dai trattati fondativi dell'unione, dalla carta dei diritti fondamentali, dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, proprio perché non si richiede un riconoscimento dell'istituto ma dei suoi effetti. Non si impone allo stato un trapianto giuridico ma l'accesso degli effetti che dai quell'istituto presente all'estero derivano. Si tratta di una accezione promozionale, coerente con l'unione europea: se non si riconosce un atto o un provvedimento posso circolare davvero per l'unione?

Le SSUU ci dicono si è vero che sono diversi i concetti ma è pure vero che la normativa interna è attuazione dei valori di ordine pubblico, si è vero che occorre considerare costituzione trattati e convenzioni ma non possiamo dimenticare il diritto interno e quindi lo si applica, senza però capire bene quando quel diritto interno, quel divieto di surrogazione della maternità si applica. Si dice c'è una sanzione penale per la surrogazione a tutto campo quindi siamo sicuramente davanti all'ordine pubblico.

Senza considerare, come vedremo, il fattore importante nella struttura del reato ossia l'offensività.

- Ancora, e questo secondo me è molto importante chiarirlo, perché sembrano esserci parecchi fraintendimenti: quando si richiede il riconoscimento si richiede il riconoscimento degli effetti per l'allineamento dello status giuridico con lo stato di fatto e con lo status di diritto aliunde acquisito; non si richiede affatto l'accesso dell'istituto straniero nell'ordinamento interno. Dunque è sugli effetti che dobbiamo ragionare: questi effetti sono compatibili o incompatibili con ordine pubblico? la filiazione già conseguita è compatibile o incompatibile con l'ordine pubblico? ma soprattutto se si accede come hanno fatto le ssuu ad una soluzione di incompatibilità allora si attribuisce al diritto civile una funzione di supplenza al diritto penale che non riesce compiutamente a prevenire e reprimere un fenomeno come quello del turismo procreativo e della surrogazione all'estero.

Questa impostazione ha rappresentato lo status quo per almeno due anni. Poi è intervenuta corte cost. 33 del 2021

10. CORTE COST. 33 del 2021

Si tratta di una pronuncia dalla natura peculiare che viene definita come una pronuncia c.d. di inammissibilità "per eccesso di fondatezza", in cui si assume come fondato l'incidente di costituzionalità ma si ritiene non sia possibile intervenire con la declaratoria di illegittimità perché la materia forma oggetto della discrezionalità del legislatore.

Cosa dice la corte più precisamente?

- La corte costituzionale continua a sostenere che sussista un contrasto tra genitorialità da surrogazione e l'ordine pubblico e questo ordine pubblico viene inteso nella medesima accezione interna ed internazionale adottata dalla cassazione a sezione unite. In particolare gli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 che, secondo l'interpretazione del diritto vivente, precludono, per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla c.d. maternità surrogata e il genitore c.d. "d'intenzione".

11. MA scarsa tutela

- Tuttavia, Ci dice la corte costituzionale che il riconoscimento dello status filiationis tra genitore sociale e figlio entro il paradigma della adozione in casi particolari, attraverso la rilettura della impossibilità di affidamento preadottivo, va a fornire uno status inferiore a quello di provenienza (da status pieno se ne riconosce uno un po' claudicante). Si realizza quello che qualche volta è stato definito il downgrading *Con il termine downgrading si individua il fenomeno in cui al passeggero è assegnato un volo di classe inferiore a quello acquistato. Il downgrading, poi, è impiegato dai giuslavoristi più anglofoni per indicare il demansionamento, con il quale il lavoratore è costretto all'esecuzione di mansioni di livello inferiore al livello di inquadramento. Ciononostante, nelle aule giudiziarie italiane, il lemma è stato recentemente impiegato per indicare un fenomeno radicalmente distinto, ossia il riconoscimento in Italia di effetti inferiori a quelli originari per quanto concerne gli atti di matrimonio, i provvedimenti di adozione e gli atti di nascita stranieri, in favore di coppie dello stesso sesso.*

Questo downgrading, osserva la corte, non è radicalmente escluso o vietato, non costituisce violazione delle coordinate interpretative delle corti ue il riconoscimento di minori effetti rispetto a quelli precedentemente riconosciuti se c'è un limite di ordine pubblico, tuttavia, è proprio l'istituto richiamato all'esito del downgrading a non

soddisfare gli interessi compresi nella fattispecie. Dice la corte costituzionale al paragrafo 5.8:

- A- l'adozione in casi particolari non attribuisce genitorialità all'adottante
- B- è ancora controverso se con questo tipo di adozione nasca un rapporto di parentela con la famiglia dell'adottante. È talmente controverso che solo in data 23 febbraio 2022 sul punto è intervenuta la corte costituzionale
- C- questo legame, che non risulta attribuire la genitorialità, peraltro soggiace ai fini del perfezionamento della fattispecie, al consenso del genitore biologico. Acquisizione problematica nelle ipotesi in cui c'è una crisi di coppia nelle ordinarie adozioni in casi particolari, immaginate acquisire il consenso della gestante che genitore non è per la legge di provenienza e per la legge dello stato in cui vive non è neppure ammessa a dire alcunché sul figlio altrui.

Ciò detto la corte invoca il legislatore, che però non risponde al monito.

12. V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo" 2021

Arriviamo agli arresti più recenti e più interessanti.

Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, C490/20

Questa pronuncia si fonda sul rifiuto del comune di sofia, o meglio di un suo distretto Pancharevo, al rilascio dell'atto di nascita della minore figlia della signora VMA e della sua compagna precludendo così il conseguimento del documento di identità bulgaro. La minore è nata in spagna e in spagna è figlia di due madri. Frustrato il diritto alla circolazione.

Dice la corte che lo stato bulgaro è obbligato a rilasciare il documento di identità ai cittadini bulgari e così pure alla minore nata da madre bulgara, indipendentemente dalla emissione di un nuovo atto di nascita. In questo modo la minore può esercitare i suoi diritti insieme ai suoi genitori.

Diversamente, una misura nazionale che voglia ostacolare la libera circolazione delle persone è suscettibile di giustificazione solo per tutelare diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti e qui l'ostacolo non è posto a tutela di diritti fondamentali della carta.

Qui si sacrificano i diritti previsti dagli artt. 7 24 e 45 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contrasta con il principio di non discriminazione, con il superiore interesse del minore.

Sarebbe contrario ai diritti fondamentali della carta privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso.

13. rilievi

Quindi da un lato il diritto alla circolazione porta con se una sua nuova accezione ossia il diritto alla circolazione degli status o meglio il diritto alla circolazione sul territorio con lo status originariamente acquisito dalla formazione sociale.

TUTTAVIA la corte specifica che ciò ha rilevanza solo per il diritto dell'unione

Non rileva per il diritto privato, di famiglia, successorio, previdenziale e così via. Dunque limitato alle competenze dell'Unione, ne deriva quindi una necessariamente restrittiva dell'orientamento.

14. cassazione

CASSAZIONE CIVILE, ORD. INTERLOCUTORIA, SEZ. I, 2022

Eppure le coordinate ermeneutiche della cgue vengono colte da una recentissima ordinanza della prima sezione civile, che ha chiesto al primo presidente della cassazione di rimettere una serie di questioni alle SSUU tali da rimettere in discussione quell'orientamento adottato dalle stesse sezioni unite 2019.

La vicenda ha per oggetto il riconoscimento di sentenza straniera per la modifica dell'atto di nascita di figlio nato da gestazione per altri in favore di coppia omoaffettiva.

Si ripercorre prima l'apparato motivazionale delle SSUU 2019 e poi si ripercorrono le motivazioni di Corte cost. 33/2021: si prende atto che la Corte costituzionale ha privato di fondamento i presupposti su cui si fondavano le precedenti SSUU, tenuto conto di quanto affermato pure dalla CGUE recentemente.

Ricostruiti in questi termini i precedenti e venute meno le basi delle SSUU 2019, la Prima Sezione riscontra un vuoto normativo, attesa l'inidoneità dell'art. 44 lett. d), palesata dalla Consulta, e, in caso di mancato responso del legislatore, la necessità di fondare un nuovo indirizzo esegetico, compatibile con il diritto costituzionale e unionale. Specie, se si considerano le affermazioni contenute nella recente pronuncia della CGUE 2021 nel caso VMA c. Pancharevo e in difetto di alcun PDL o DDL che ha recepito il monito della Consulta.

15. Soluzioni proposte

La Prima sezione fa una "nuova chiamata delle Corti, e in primis delle Sezioni Unite, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco". Sto citando espressamente.

Si propone allora un nuovo indirizzo interpretativo, sempre che non intervenga in via innovativa il legislatore.

Tale indirizzo esegetico muove dalle regole sulla delibazione delle sentenze straniere, per verificare i limiti di riconoscimento della pronuncia straniera e l'effettiva sussistenza di ostacoli di ordine pubblico.

Precisa la corte, l'art. 64 e ss. DIP non determina attraverso la delibazione del provvedimento straniero l'ingresso dell'istituto sconosciuto al diritto domestico, bensì l'ingresso dei soli effetti che ne derivano e dunque dei diritti che quell'istituto riconosce ai soggetti coinvolti.

Per il riconoscimento di provvedimento straniero occorre che tali effetti non collidano con l'ordine pubblico ossia con l'art. 12 comma 6 l. 40 e i suoi corollari.

Dobbiamo allora capire la surrogazione della maternità, individuare i confini applicativi di questa fattispecie di reato.

Chi sono i soggetti attivi, chi sono i soggetti passivi, quale è lo schema idealtipico necessario per integrare il reato, oltre alla tipicità quando la condotta conforme al tipo legale risulta offensiva del bene giuridico.

Particolare attenzione è dedicata alla offensività. Tale verifica, tuttavia, va condotta in concreto, considerando con quali modalità è avvenuta la surrogazione e cioè quali modalità risultano idonee a ledere la dignità della gestante e a minare, come ha detto la cassazione e poi la consulta, i rapporti umani.

Secondo alcuni infatti si può dubitare che la condotta tipica di surrogazione possa assurgere a condotta offensiva quando realizzata in uno stato in cui la procedura è medicalizzata, procedimentalizzata dalla legge, regolata a tutela della gestante e del minore più che per i committenti, con la possibilità di revoca del consenso in ogni momento, con una previsione formale, calcolabile e certa dei soggetti cui è attribuito lo status di genitori del minore e con una serie di rigidi divieti di sfruttamento o di coartazione anche solo di pagamento della gestante. Una situazione che vanta una minima se non del tutto carente potenzialità offensiva rispetto alla condotta svolta in uno stato in cui la gestazione per altri è remunerata e lascia spazio allo sfruttamento della donna e del suo corpo. E anzi sarebbe sproporzionata una impostazione interpretativa e un dettato normativo che determinano degli automatismi!

Quindi non si può ritenere automaticamente prevalente la dignità della gestante così come non si può ritenere automaticamente prevalente il superiore interesse del minore.

Si dubita allora della incompatibilità a priori tra effetti riconosciuti e il limite di ordine pubblico ex art. 12 comma 6 l. 40.

Questo ragionamento viene condotto attraverso una indagine dei corollari del divieto di surrogazione della maternità. Questi corollari sono: il favor veritatis, la tutela della dignità della donna e la tutela dell'istituto della adozione.

16. La nuova valutazione dell'ordine pubblico

Il favor veritatis (dunque la preminenza dell'aspetto biologico sulla componente volontaristica di assunzione della responsabilità genitoriale) non è violato in quanto non rappresenta un valore assoluto nell'ordinamento, come mostrato in generale dalla legge 40. Si accede alla procreazione assistita perché sussistono cause di sterilità ed infertilità, quindi generalmente il link genetico nella PMA tra genitore e figlio non c'è e questo è ammesso dalla legge italiana;

il secondo, ossia la dignità della donna gestante, non è violato allorquando risulti essere una gestazione solidale, come abbiamo detto poco fa;

il principio di gradualità e di preminenza delle adozioni non è violato quando la GPA non costituisca strumento di elusione della disciplina delle adozioni. Quindi l'ordine pubblico è violato quando la disciplina delle adozioni è elusa dai soggetti, ossia da persone che non possono accedere alle adozioni nel paese di riferimento e non rispettano i requisiti della GPA. Ancora viola l'ordine pubblico la GPA fraudolenta delle condizioni del paese di esecuzione. È in violazione dell'ordine pubblico la GPA senza alcun link genetico con il figlio. Negli altri casi non si ravvisa in concreto una violazione dell'ordine pubblico, anzi si rischia una ritorsione contro il minore.

17. Si apre un nuovo ciclo

Questa pronuncia chiude il ciclo e ne apre un altro.

Sicuramente questa ordinanza interlocutoria analizza la questione entro una dimensione inedita, con una particolare attenzione alla nozione di ordine pubblico. non ci si focalizza sulla nozione di ordine pubblico unico o solo internazionale, sembra una questione ormai superata in favore della necessaria rilevanza delle norme interne entro cui si declina pure l'ordine pubblico. Ciò che rileva sono le norme individuate come espressive di ordine pubblico: non basta assumere che si tratta di norme incluse nella clausola generale, occorre che effettivamente la loro violazione determini la lesione dei diritti fondamentali, dei valori protetti e dei beni giuridici meritevoli di tutela selezionati dalle norme penali e civili.

Si accede ad una nuova dimensione in cui si pone l'accento sulla offensività, sulla proporzionalità e ragionevolezza nel ragionamento giuridico.

Quale che sarà la decisione, sicuramente sono stati immessi nel circolo della interpretazione giuridica degli argomenti interessanti, che invitano ad una riflessione comune. E a questa riflessione comune risulterà servente il JUST PARENT project che da oggi muove i suoi primi passi.

18. grazie