

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1540813> since 2016-06-17T16:53:23Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

**“Turismo” matrimoniale e procreativo:
alcune riflessioni socio-giuridiche[♦].**

Joëlle Long e Manuela Naldini

Sommario

1. “Fare” famiglia oggi - 2. *Quid iuris?* - 3. Un tentativo di bilancio

Abstract

Uno dei corollari della globalizzazione è l’aumento del “turismo” matrimoniale e procreativo. Un numero sempre più consistente di individui infatti si reca transitoriamente all’estero al solo scopo di realizzare un progetto familiare impossibile o difficile nel Paese di origine per l’esistenza di limiti normativi o comunque di vincoli che riducono le chance di successo del disegno. La comparazione diacronica e sincronica delle risposte date dai diversi ordinamenti giuridici a questi fenomeni consente di individuare alcune linee di tendenza: a) la progressiva erosione dell’ambito di operatività dell’ordine pubblico quale baluardo contro la trascrivibilità degli atti di famiglia formati all’estero nell’intento di eludere il diritto interno; b) il superamento della contrapposizione tra il riconoscimento sostanziale dello status familiare costituito all’estero e la trascrizione, la cui funzione com’è noto è meramente dichiarativa. Il riconoscimento della legittimità di queste “pratiche di resistenza” messe in atto contro il proprio diritto nazionale vissuto come “in-giusto” promuove indubbiamente la tutela di diritti percepiti come fondamentali in un numero crescente di Paesi, segnatamente sotto il profilo del diritto delle coppie dello stesso sesso alla formalizzazione della loro relazione di coppia e del diritto di ciascuno a non subire ingiustificate ingerenze in ambito procreativo. D’altro canto, tuttavia, a causa dei costi della realizzazione del progetto, appare concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell’accesso e nel godimento dei diritti.

One of the consequences of globalization is the rise of marriage and reproductive “tourism”. Indeed, a growing number of individuals temporarily go abroad to create a family project that is impossible or difficult to achieve in their own country due to legal limits or other stumbling blocks. A diachronic and synchronic comparison of the norms established by different legal systems regarding these phenomena enables us to identify a number of trends: a) the gradual erosion of public order as a safeguard against the registration of civil status acts which were obtained abroad to circumvent the limits established by domestic law; b) civil status registration, although a purely declaratory act, effectively legitimates the family status acquired abroad; furthermore, if registration is refused, this does not prejudice the individual's right to safeguard the family life

[♦] Il lavoro si inserisce nell’ambito del progetto di ricerca internazionale ‘All Rights Reserved? Barriers towards European CITIZENship (acronimo *bEUcitizen*) che ha l’obiettivo di analizzare in chiave interdisciplinare i principali ostacoli che i cittadini europei incontrano nell’esercizio dei loro diritti e dei doveri. La ricerca, finanziata nell’ambito del VII Programma Quadro per la ricerca dell’Unione Europea (*Grant Agreement N°320294 SSH.2012.1-1*), 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 su diritti familiari e riproduttivi di persone appartenenti a modelli familiari “altri” rispetto alla coppia eterosessuale coniugata con figli biologici. Gli Stati interessati dalla ricerca sono Croazia, Israele, Paesi Bassi, Danimarca, Ungheria, Spagna e Italia.

Il par. 1 è stato redatto da M. Naldini. I paragrafi 2 e 3 da J. Long.

established abroad. Acknowledging the legitimacy of these "practices of resistance" against domestic laws perceived as "un-just" would undoubtedly contribute to safeguarding rights perceived as fundamental in a growing number of countries, namely the right of same-sex couples to formalize their relationships, and the right to avoid unjustified interference in reproductive choices. On the other hand, however, because of the cost of the project, there seems to be a real risk of economic discrimination when it comes to accessing and enjoying these rights.

1. "Fare" famiglia oggi

La moltiplicazione nei modi di "fare" famiglia e di diventare genitori e figli è una delle più importanti novità del XXI secolo. Da un lato la crescente instabilità coniugale (con l'aumento delle separazioni e dei divorzi), dall'altro le opportunità aperte dalle tecniche di riproduzione assistita e l'introduzione dei test del DNA, cui conseguono nuove possibilità per i figli di conoscere le proprie origini biologiche e maggiori difficoltà per i padri di aggirare le responsabilità genitoriali, hanno ampliato i modi di diventare una famiglia. Famiglia e matrimonio non coincidono più. Si è coppia indipendentemente dall'orientamento sessuale. Figli e genitori si diviene, e si è, in molti modi. Oltre a ciò, la globalizzazione e le migrazioni transnazionali rendono visibile non solo l'ampio ventaglio dei modi di concepire la famiglia, ma anche le differenti opportunità e le differenze normative tra Paesi in tema di rapporti familiari.

E' in questo corollario che si inserisce il fenomeno del "turismo" matrimoniale e, soprattutto, procreativo¹. In un numero crescente di casi infatti alcuni individui si spostano transitoriamente all'estero allo scopo di realizzare un progetto familiare impossibile o difficile nel Paese di origine (di solito quello di cittadinanza e residenza abituale) per l'esistenza di specifici limiti normativi che riducono le *chance* di realizzare la famiglia scelta². I casi più ricorrenti oggi in Italia sono l'espatrio di coppie italiane dello stesso sesso per la celebrazione delle nozze o il viaggio oltre i confini nazionali di coppie di donne per il concepimento di un figlio mediante fecondazione eterologa. Meno diffusi, ma comunque presenti, sono il ricorso all'estero alla gestazione per altri (GPA, *Gestation pour autrui*, nel linguaggio tecnico della Corte europea dei diritti umani) da parte di partner eterosessuali o gay, l'adozione piena all'estero da parte di una persona coniugata, seguita poi dalla richiesta in Italia di riconoscimento della genitorialità sociale dell'altro coniuge tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari o ancora la scelta di cittadini italiani residenti in Italia di recarsi in un Paese islamico per ricevere in affidamento a tempo tendenzialmente indeterminato un minore tramite l'istituto della *kafala*. Esistono peraltro anche esempi risalenti nel tempo di "turismo procreativo": pensiamo al ricorso all'adozione internazionale prima dell'introduzione di una disciplina organica della stessa mediante la legge n. 184 del 1983.

Le domande di ricerca cui intendiamo rispondere in questo lavoro sono essenzialmente due.

La prima concerne il ruolo dell'ordine pubblico nella battaglia sulla trascrivibilità degli status familiari costituiti all'estero nell'intento di eludere i divieti posti dal diritto del Paese di origine.

¹ Siamo consapevoli del fatto che il termine "turismo" evoca l'immagine spensierata di una vacanza e che invece la percezione che hanno i protagonisti di questi progetti migratori è piuttosto quella di un espatrio obbligato, un "esilio" (sul punto cfr. M. C. Inhorn e P. Patrizio, *Rethinking reproductive "tourism" as reproductive "exile"*, in *Fertility and Sterility*, volume 92, issue 3, pp. 904-906). Ciononostante utilizzeremo tale locuzione essendo ormai invalsa nel linguaggio comune e degli addetti ai lavori. Cfr. da ultimo M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie "same sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, pp. 259-295, in particolare p. 266.

² In Italia, com'è noto, possono accedere alla procreazione medicalmente assistita solo le coppie di sesso diverso. Ne sono dunque esclusi i singoli e le coppie dello stesso sesso.

Com'è noto, infatti, l'individuazione dei principi che costituiscono l'ordine pubblico presuppone un'operazione di selezione che è socio-culturale oltreché giuridica, e risulta in relazione a questi temi particolarmente delicata e anche controversa poiché il diritto familiare è fortemente radicato nell'etica e nel costume sociale e quindi le sue norme sono spesso considerate di per sé come "fondamentali"³. Lo stesso principio del superiore interesse del minore poi può giocare in funzione estensiva o restrittiva dell'ordine pubblico: da un lato spingendo a qualificare come norme di ordine pubblico quasi tutte le norme di diritto minorile, dall'altro imponendo di tener conto degli effetti che dall'esclusione dell'ingresso del diritto straniero deriverebbero sui minori coinvolti.

Il secondo quesito riguarda invece i risvolti sociali del turismo matrimoniale e procreativo nei Paesi in cui il diritto non mostra di essersi adeguato ai mutamenti familiari e genitoriali. Appare in particolare interessante indagare le discriminazioni nell'accesso al matrimonio e alla filiazione dovute a differenze nelle risorse culturali e sociali degli individui e delle coppie coinvolte, ma anche a diversità di qualità e costo della prestazione. Più in generale, occorre poi chiedersi quali siano gli effetti della circolazione dei modelli familiari sulla nozione di "famiglia" che emerge dal *corpus* normativo interno.

Per rispondere a tali domande, integreremo alla prospettiva giuridica un approccio sociologico, attento ai mutamenti familiari e ai risvolti sociali di fenomeni come quello oggetto di questo articolo. In particolare, cercheremo di confrontare la situazione italiana con quella di alcuni Stati ritenuti esemplificativi dei diversi modelli di diritto familiare⁴. Per il turismo matrimoniale i Paesi di interesse saranno Israele e Italia: in entrambi infatti le coppie *same sex* sono escluse dall'accesso al matrimonio e non esistono – neanche per le coppie omosessuali - modalità di formalizzazione della relazione di coppia alternative al coniugio. Oltre a ciò, Israele ha caratteristiche peculiari: il diritto di famiglia è di matrice religiosa (non esistono pertanto né il matrimonio né il divorzio civile) ed è incentrato sul matrimonio religioso, malgrado i modelli "alternativi" di famiglia rappresentino ormai nella pratica quasi la metà dei nuclei familiari. Quanto al turismo procreativo, il focus sarà sulla procreazione medicalmente assistita e dunque sulla fecondazione eterologa scelta da coppie di lesbiche che vivano in Paesi – come l'Italia, la Croazia e l'Ungheria – ove l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non è consentito a coppie omosessuali o a singoli e sulla gestazione per altri commissionata da coppie eterosessuali o gay che vivano in uno dei tanti Paesi in cui essa è vietata. Anche qui l'Italia appare meritevole di specifica attenzione a causa della rilevanza quantitativa del turismo procreativo. Secondo la più recente indagine disponibile infatti il 32% circa di tutti i cicli di trattamento di procreazione medicalmente assistita su pazienti stranieri - tra quelli effettuati da 46 cliniche operanti in Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Svizzera,

³ Per questa ragione nel diritto di famiglia italiano continuano ad avere una rilevanza peculiare norme implicite (alcune delle quali riconducibili a veri e propri crittotipi) espressione di una dimensione sociale "pre-giuridica" della famiglia: pensiamo al "postulato implicito" del carattere eterosessuale del matrimonio (così Corte di cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n.4184) e alla regola della trasmissione del cognome paterno ai figli. Cfr. *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, L. Morra e B. Pasa (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015.

⁴ Il lavoro si inserisce nell'ambito del progetto europeo multidisciplinare 'All Rights Reserved? Barriers towards EUropean CITIZENship (acronimo *bEUCitizen*) che adottando una prospettiva multidisciplinare ha l'obiettivo di analizzare i principali ostacoli che i cittadini europei incontrano nell'esercizio dei loro diritti e dei doveri. La ricerca, finanziata nell'ambito del VII Programma Quadro, vede 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, è un'analisi comparata su diritti familiari e riproduttivi di persone appartenenti a modelli familiari "altri" rispetto alla coppia eterosessuale coniugata con figli biologici. Gli Stati interessati dalla ricerca sono Croazia, Israele, Danimarca, Ungheria, Italia e Paesi Bassi.

Slovenia e Spagna - vede coinvolti cittadini italiani, seguiti da tedeschi (nel 15% dei casi), olandesi e francesi⁵.

2. *Quid iuris?*

La comparazione diacronica e sincronica delle risposte date dai diversi ordinamenti giuridici ai fenomeni del turismo matrimoniale e procreativo consente di individuare alcune linee di tendenza comuni: a) la progressiva erosione dell'ambito di operatività dell'ordine pubblico quale baluardo contro la trascrivibilità degli atti di famiglia formati all'estero nell'intento di eludere il diritto interno; b) che la trascrizione, sebbene abbia una efficacia meramente dichiarativa, promuove *di fatto* il riconoscimento dello status familiare e che comunque la mancata trascrizione non pregiudica il diritto individuale alla tutela della vita familiare costituita all'estero.

a) In materia matrimoniale la non annoverabilità della diversità di sesso tra i nubendi tra i principi di ordine pubblico è oggi pacifica sia nei Paesi che - come Israele - ammettono la trascrizione del matrimonio tra persone dello stesso sesso sia in quelli - come l'Italia - in cui essa è (ancora) negata.

Nella storica sentenza *Ben-Ari* la Corte suprema israeliana, prima di pronunciarsi a favore della trascrivibilità degli atti di matrimonio di cinque coppie israeliane dello stesso sesso coniugate in Canada conformemente al diritto locale, tocca il tema della conformità di tali nozze all'ordine pubblico e riferisce che il rappresentante del Governo - a domanda diretta della Corte - aveva precisato che non intendeva valersi di tale argomento e porre la questione da un punto di vista di giudizio di valore sul matrimonio *same sex*⁶.

In Italia, il limite dell'ordine pubblico aveva inizialmente avuto un ruolo centrale per negare la trascrivibilità. Nel 2005 il Tribunale di Latina, scriveva infatti che la contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio tra persone dello stesso sesso deriva dal suo contrasto "con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge"⁷. Tale richiamo è stato tuttavia com'è noto progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito e dalla prassi amministrativa⁸. Le ragioni di tale abdicazione paiono essenzialmente due. La prima è la condivisione di principi e valori, tra cui il divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale (art. 14 CEDU e art. 21 Carta di Nizza), il diritto delle coppie dello stesso sesso al rispetto della vita familiare (Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*) e, nello specifico, alla formalizzazione della loro relazione di coppia (Corte Edu, 27 giugno 2015, *Oliari c. Italia*), nonché la libertà di circolazione entro i confini dell'Unione (cfr. art. 3, paragrafo 2, Trattato sull'Unione europea e art. 4, paragrafo 2, lettera a), e articoli 20, 26 e 45-48 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea)⁹. L'appartenenza all'Unione

⁵ F. Shenfield, J. de Mouzon, G. Pennings, A.P. Ferraretti, A. Nyboe Andersen, G. de Wert, V. Goossens, *Cross Border Reproductive Care in Six European Countries*, in *Human Reproduction*, 2010, volume 25, issue 6, pp. 1361-1368.

⁶ HCJ 3045/05, *Ben-Ari v. The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior*, sentenza del 21 novembre 2006, par. 20.

⁷ Tribunale di Latina, sentenza del 10 giugno 2005, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 411 che cita il conforme parere espresso con nota del 28 febbraio 2004 dal Ministero dell'Interno sulla vicenda e Circolari del Ministero dell'Interno del 26 marzo 2001 e 18 marzo 2007.

⁸ I successivi gradi di giudizio della controversia oggetto di esame del Tribunale di Latina nel 2005 già abbandonano i riferimenti all'ordine pubblico, pur ribadendo la non trascrivibilità: Corte d'Appello di Roma, sentenza del 13 luglio 2006, in *Famiglia e diritto*, 2007, p. 166 e Corte di Cassazione, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Articolo29*, www.articolo29.it. Il riferimento all'ordine pubblico è inoltre sparito nella Circolare Min. Interno del 7 ottobre 2014 che pure continua a negare la trascrizione.

⁹ Cfr. Tribunale di Grosseto, sentenza del 26 febbraio 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it, che sottolinea la partecipazione dell'Italia "a un sistema ordinamentale multilivello", con la conseguenza che "il vaglio della trascrivibilità del matrimonio omosessuale non può prescindere dal sistema di garanzie apprestato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo".

europea e al Consiglio d'Europa dovrebbe infatti di per sé impedire di considerare contrario ai propri principi fondamentali un atto posto in essere in un altro Stato membro, conformemente al diritto locale. Al medesimo risultato dovrebbe poi contribuire in generale l'incremento del numero di diritti nazionali "altri" che riconoscono alle coppie dello stesso sesso il diritto di contrarre matrimonio¹⁰.

Con riferimento al turismo procreativo, invece, il percorso di riduzione del ruolo dell'ordine pubblico è più lento. Tutti i principi di ordine pubblico individuati stanno infatti progressivamente cedendo rispetto alla necessità di garantire l'interesse dei minorenni¹¹.

L'ordinamento francese, il più restio ad ammettere il riconoscimento di effetti nello Stato alla gestazione per altri¹², ha recentemente ammesso la trascrizione dell'atto di nascita che indichi come genitori la madre surrogata e il padre committente che sia anche genitore biologico¹³. Si è così sovvertito il consolidato orientamento secondo cui la trascrizione di tali atti sarebbe di per sé contraria all'ordine pubblico poiché la GDA è lesiva della dignità delle madri surrogate e causa di una mercificazione dello stato di filiazione. Il *revirement* francese si deve in gran parte a due condanne sul punto subite dall'ordinamento d'oltralpe a opera della Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, in cui la Corte afferma che la discrezionalità dello Stato risulta limitata dall'esistenza di un legame genetico tra i bambini e gli uomini delle coppie eterosessuali committenti. Secondo la Corte Edu, il diritto dei minori al rispetto della vita privata imponeva il riconoscimento quantomeno del vincolo di genitorialità nei confronti del genitore genetico.

Nel dicembre 2014 la Corte costituzionale tedesca ha affermato che non è contrario all'ordine pubblico il riconoscimento in Germania di una decisione giudiziaria californiana che indica come genitori la coppia committente: ai fini della determinazione del contenuto dell'ordine pubblico devono infatti essere considerati anche il migliore interesse del minore e l'interesse a evitare situazioni giuridiche claudicanti¹⁴.

In Italia, una sentenza della Corte di appello di Torino ha ammesso la trascrizione dell'atto di nascita di un minore concepito e nato in Spagna da due donne residenti in Italia: la prima delle quali, di cittadinanza spagnola, aveva portato avanti la gravidanza, mentre la seconda aveva fornito l'ovocita poi fecondato con il seme di un donatore anonimo e impiantato nell'utero della compagna¹⁵. Nella pronuncia l'argomento dell'ordine pubblico viene ribaltato: esso non solo non impedisce la trascrizione ma impone di "garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la

¹⁰ Così Tribunale di Grosseto, sentenza del 26 febbraio 2015, *cit.*, secondo cui "appare allora particolarmente rilevante il numero di Stati che in Europa riconosce il matrimonio omosessuale.". Il fatto che il progressivo *consensus* riduca il margine di discrezionalità da riconoscere agli Stati nella scelta delle modalità di implementazione dei diritti fondamentali è del resto principio costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sul tema cfr. in generale F. Viglione, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2015, p. 177).

¹¹ Così G. O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014.

¹² Esiste nell'ordinamento un'apposita norma di diritto civile che dichiara nullo il contratto di gestazione per altri (art. 16-7 *Code civil*). Significativo mi pare poi il dato culturale dell'animosità di buona parte della dottrina francese contro le sentenze della Corte europea: cfr. G. Puppink, C. de la Hougue, *Paradiso et Campanelli c/ Italie: la CEDH entérine une vente d'enfant par GPA*, in *Revue Lamy Droit Civil*, n.126, 2015 e Id., *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Mennesson c/ France et Labassee c/ France*, in *Revue Lamy Droit Civil*, n.128, 2014.

¹³ Cour de Cassation, Assemblée plénière, sentenza del 3 luglio 2015, n. 619 (ricorso n. 14-21.323) e n. 620 (ricorso n.15-50.002), in www.courdecassation.fr.

¹⁴ Bundesgerichtshof, sentenza del 10 dicembre 2014. La Corte si riserva in modo esplicito la facoltà di decidere diversamente in situazioni diverse, segnatamente il caso in cui nessuno dei committenti sia padre biologico o che la madre di parto sia anche madre biologica (vd. par. 53).

¹⁵ Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

legge riconosce entrambe come madri”¹⁶. La sentenza è stata peraltro oggetto di ricorso alla Cassazione da parte del Procuratore generale che fonda il suo atto proprio sulla contrarietà all’ordine pubblico degli effetti della trascrizione: “che il principio per cui la filiazione sia necessariamente discendenza da persone di sesso diverso sia un principio fondamentale, e addirittura immanente perché discendente dal diritto naturale, non sembra possa in alcun modo essere messo in discussione, *con conseguente contrasto con l’ordine pubblico*”¹⁷.

Rimane invece in tutti gli Stati, con l’avallo della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁸, il diniego di trascrizione dell’atto di nascita del minore concepito all’estero con GPA nel caso in cui manchi un rapporto genetico di filiazione con entrambi i membri della coppia committente. In tal caso infatti il principio di ordine pubblico che si assume violato è quello secondo cui gli aspiranti genitori di un minore con il quale non abbiano vincoli genetici debbano seguire le procedure e le garanzie previste dalla normativa sull’adozione dei minorenni¹⁹. La ragione – evidente – della resistenza di questo principio di ordine pubblico è che anch’esso è espressione del principio del superiore interesse del minore, inteso in questo caso non con riferimento concreto a un singolo bambino, ma a tutti i bambini che potrebbero astrattamente essere lesi nel loro diritto a una famiglia migliore possibile qualora si aprisse un canale indiscriminato per il loro procacciamento a opera di aspiranti genitori.

b) Un altro elemento di interesse che emerge dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa in materia di turismo matrimoniale e procreativo è il carattere formalistico (e pretestuoso) della contrapposizione tra trascrizione e riconoscimento della situazione familiare. Nella pratica, infatti, la trascrizione, sebbene abbia formalmente efficacia meramente dichiarativa, apre la strada al riconoscimento dello *status* familiare. Oltre a ciò, la mancata trascrizione non pregiudica il diritto individuale alla tutela della vita familiare costituita all’estero.

In effetti, in tutti i Paesi esaminati, la battaglia contro il turismo matrimoniale e procreativo coinvolge essenzialmente il piano della trascrivibilità degli atti di famiglia formati all’estero, segnatamente sotto il profilo della loro conformità all’ordine pubblico, che si tende a identificare con il diritto nazionale²⁰. Nel momento in cui – come illustrato *supra* - l’argomento dell’ordine pubblico “evapora”, si ammette la trascrizione e, *de plano*, quasi come una conseguenza necessitata della stessa, il riconoscimento dello *status* familiare costituito all’estero.

Nella già menzionata pronuncia della Corte suprema israeliana sulla trascrivibilità si sottolinea che la trascrizione dell’atto di matrimonio è un passaggio obbligato per l’ufficiale di stato civile cui sia presentata un’idonea certificazione formata da una pubblica autorità all’estero *lege fori*. La preoccupazione che emerge nella sentenza è di mantenere distinti i piani della trascrivibilità e del riconoscimento dello *status*, evitando ogni giudizio sulla “validità” dei matrimoni tra persone dello

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Procura Generale di Torino, Ricorso per cassazione contro la sentenza della Corte d’appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, 5 marzo 2015, *inedito* (corsivo nostro).

¹⁸ Cfr. Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. La pronuncia può essere letta in *Articolo29*, www.articolo29.it e in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, 834, con nota di A. Schuster.

¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza dell’11 novembre 2014, n. 2401, secondo cui “il legislatore italiano (...) ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse (l’interesse superiore del minore NdA) si realizzi (...) affidando (...) all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico”.

²⁰ Così anche M. C. Venuti, secondo cui, con riferimento all’atto di nascita del minore concepito all’estero con la gestazione per altri, “anche figurativamente è come se su di esso si coagulasse la frizione tra la liceità della pratica di maternità per sostituzione e la conseguente attribuzione della genitorialità al padre e alla madre “sociali” secondo la normativa dello stato straniero” (M. C. Venuti, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”*, *cit.*, 267)

stesso sesso e quindi sullo *status* coniugale dei ricorrenti (“i ricorrenti non stanno chiedendo di riconoscere la validità del loro matrimonio celebrato all’estero in Israele... i ricorsi pongono la questione dei poteri dell’ufficiale dello stato civile di rifiutare la trascrizione e non una questione di validità del matrimonio... non stiamo prendendo posizione sul riconoscimento in Israele di matrimoni tra persone dello stesso sesso avvenuti fuori da Israele”). È tuttavia evidente che dopo la trascrizione le nozze *same sex* celebrate all’estero producono nella sostanza gli effetti tipici matrimoniali²¹. A conferma di ciò, si può citare la giurisprudenza israeliana successiva al 2006. Nel 2012, infatti, la *Tel Aviv Family Court* ha per la prima volta pronunciato il divorzio di una coppia dello stesso sesso che si era sposata all’estero: ciò è evidentemente il segno di come le situazioni transnazionali impattino sull’ordinamento interno!²².

Anche in Italia, peraltro, pur nella maggioritaria convinzione dell’intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all’estero, si moltiplicano i casi di riconoscimento *de facto* dello *status*. Un esempio è il rilascio della carta di soggiorno al cittadino extracomunitario coniugato con un cittadino italiano²³.

Con riferimento invece alla relazione verticale tra adulti “committenti” e minori, a favore dell’esigenza di riconoscere rilevanza e quindi tutela alla vita familiare esistente *de facto*, gioca – com’è evidente – un ruolo fondamentale il già richiamato principio del superiore interesse del minore. In quest’ottica, lo stesso testo originario della legge n.40/2004, pur vietando la fecondazione eterologa²⁴, ne disciplinava le conseguenze in senso protettivo per la prole, vietando il disconoscimento della paternità al marito della madre che abbia consentito all’intervento e l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità a entrambi i genitori “sociali” che non siano anche genitori genetici, nonché al donatore di gameti di vantare qualsivoglia diritto (art. 9). Insomma, come rilevato dalla Corte costituzionale “il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d’Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi”²⁵.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* (27 gennaio 2015) la Corte europea dei diritti dell’uomo rileva che non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo il rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri dello stato civile l’atto di nascita di un bambino nato in Russia mediante GPA da una coppia italiana, ma che viola invece la Convenzione la decisione delle

²¹ Il punto è sottolineato nella sua *dissenting opinion* dal giudice Rubinstein, secondo cui è evidente che la trascrizione determinerà il riconoscimento *de facto* del matrimonio celebrato all’estero (“La persona comune non distingue tra trascrizione e riconoscimento dello *status*: se andassimo per strada e chiedessimo alla gente, penso proprio che nessuno metterebbe in discussione il fatto che siano la stessa cosa ...”).

²² La Corte ha precisato l’assenza di giurisdizione in materia del tribunale rabbinico poiché il diritto ebraico non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La competenza dei tribunali civili deriva dal fatto che ai sensi della legge sull’ordinamento civile del 1984 i giudici civili hanno competenza nei casi in cui i tribunali religiosi non la abbiano e sia comunque necessario rendere giustizia.

²³ Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, sentenza del 13 febbraio 2012, in *Articolo29*, www.articolo29.it. Si trattava nel caso di specie di un cittadino uruguayano, sposato in Spagna con un cittadino italiano: secondo il Tribunale, “la finalità di rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione delle persone è conseguita del legislatore europeo consentendo ai cittadini europei di circolare all’interno dell’Unione insieme ai loro familiari secondo la legislazione nazionale ove si è formata l’unità familiare”. Recentissimamente la Questura di Parma ha riconosciuto il permesso di soggiorno per motivi familiari a un argentino sposato in Argentina con un italiano di origine argentina (si tratta qui di una fattispecie peculiare di turismo matrimoniale perché il riconoscimento della cittadinanza italiana era stato chiesto in vista del progetto migratorio della coppia: Comune di Parma, Permesso di soggiorno per Pablo e Ruben, 2015, in Comune di Parma, <http://www.comune.parma.it/notizie/comunicati/FAMIGLIA+E+PERSONA/2015-09-07/Coppia-gay-ottiene-il-permesso-di-soggiorno.aspx>).

²⁴ Divieto com’è noto poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n.162.

autorità minorili di allontanare il minore dalla coppia “committente” ritenuta inidonea a prendersi cura dello stesso a causa dell’illegalità del comportamento posto in essere per procacciarsi il minore, malgrado il minore visse ormai da alcuni mesi con i coniugi, i quali peraltro erano stati alcuni anni prima valutati idonei all’adozione internazionale²⁶.

Nella stessa linea di pensiero si pone in Italia la già menzionata pronuncia della Corte d’Appello di Torino del 2014 che ammette la trascrizione dell’atto di nascita spagnolo indicante come genitori le due co-mamme in quanto “Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei partner ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio”²⁷. È infatti evidente che, indipendentemente dalla trascrizione, limitare o escludere il riconoscimento della vita familiare costituitasi all’estero ed effettivamente esistente danneggia il minore.

Più recentemente, facendo espresso riferimento alla sentenza *Paradiso e Campanelli*, una recente pronuncia fiorentina ha dichiarato il non luogo a provvedere in ordine a una dichiarazione dello stato di adottabilità di due gemellini nati in Ucraina con GPA²⁸. La sentenza pare superare quell’orientamento a oggi maggioritario, e autorevolmente avallato dalla Corte di cassazione²⁹, che riteneva integrato lo stato di abbandono dalla mancata genitorialità giuridica conseguente alla non trascrivibilità³⁰.

Oltre a ciò, si stanno moltiplicando gli ambiti di riconoscimento *de facto*, pur in assenza di trascrizione, di filiazioni realizzate all’estero per eludere gli ostacoli del diritto interno. Pensiamo alla tutela del diritto del minore e del genitore sociale³¹ alla frequentazione anche dopo la rottura della relazione di coppia tra i genitori dello stesso sesso³², alla possibilità di adozione in casi particolari del minore da parte del genitore sociale³³ o anche, più semplicemente, al riconoscimento dal personale scolastico al genitore sociale della possibilità di prendere il minore a scuola senza necessità di delega del genitore “di diritto”, di partecipare alle riunioni ed elezioni scolastiche, di firmare il diario etc...

3. Un tentativo di bilancio

Uno degli aspetti della globalizzazione e dell’accesso alle nuove tecnologie di riproduzione assistita è l’aumento dei modelli familiari e la diffusione di nuove pratiche di genitorialità. Essenzialmente per due ordini di ragioni tra loro collegate. Anzitutto, si ampliano i contesti sociali, normativi e tecnologici all’interno dei quali l’individuo effettua le proprie scelte e sviluppa le proprie strategie e pratiche familiari³⁴. In secondo luogo, la visibilità di modelli familiari “altri”

²⁶ “Secondo la Corte, il riferimento all’ordine pubblico non può tuttavia essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l’obbligo di tenere in considerazione l’interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo.” (Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, m cit., par.80). Il riferimento è qui, com’è evidente, all’ordine pubblico interno.

²⁷ Corte d’appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, *cit.*

²⁸ Tribunale per i minorenni di Firenze, sentenza del 15 giugno 2015, *inedita*.

²⁹ Corte di cassazione, prima sezione civile, 11 novembre 2014 n. 24001, in *Articolo29*, www.articolo29.it. La pronuncia avalla la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore nato in Ucraina con gestazione per altri su richiesta di una coppia di coniugi italiani con nessuno dei quali risultava avere un rapporto genetico di filiazione.

³⁰ Occorre tuttavia osservare che nel caso sottoposto all’esame del Tribunale per i minorenni di Firenze i gemellini erano risultati figli biologici del padre “committente” e risultavano pendenti un procedimento civile di contestazione dello stato di figlio (la sentenza parla curiosamente di “disconoscimento della maternità”) e un procedimento penale per alterazione di stato.

³¹ Con tale espressione, com’è noto, si intende qui fare riferimento a quella persona che, pur in mancanza di un rapporto genetico e giuridico di filiazione, ha costruito con il minore una relazione di fatto il cui contenuto corrisponde nella sostanza ai diritti e doveri che per legge derivano dalla costituzione del rapporto giuridico di filiazione.

³² Tribunale di Palermo, decreto del 6 aprile 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it. In sede di impugnazione, la Corte d’Appello ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all’interesse del minore mantenere rapporti con il genitore “sociale” *ex* partner di quello biologico (Corte d’appello di Palermo, ordinanza del 31 agosto 2015, in *Articolo29*, www.articolo29.it).

³³ Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

³⁴ In termini giuridici ciò implica, com’è evidente, il superamento di fatto dei limiti posti dal diritto nazionale. Di liberalizzazione indiretta della maternità surrogata anche nei Paesi in cui essa è vietata dal diritto interno parla la dottrina francese, con riferimento ad

sollecita la società e i legislatori nazionali alla ridefinizione dei modelli familiari socialmente e culturalmente dominanti: come già accennato, il diritto comparato e il *consensus* tra gli ordinamenti giuridici costituiscono di per sé un fattore di legittimazione della bontà di modelli familiari “altri”.

Per quanto concerne poi specificamente il turismo matrimoniale e procreativo, espatriare onde realizzare un progetto familiare non consentito dal diritto interno ma ammesso all'estero ben può essere interpretato come una “pratica di resistenza” messa in atto da individui che agiscono “contro” il loro diritto nazionale, percepito come contrario al proprio sistema di valori e dunque “in-giusto”, onde “colmare la distanza tra la realtà delle relazioni affettive e il diritto”³⁵. Nei confronti dell'esterno poi, l'effetto indiretto di tale fenomeno è di corroborare socialmente e culturalmente alcuni principi già presenti da tempo nell'ordinamento giuridico, ma talvolta ancora osteggiati: il principio secondo il quale la responsabilità genitoriale deriva dalla procreazione, prescindendo dunque per esempio dalla circostanza dell'esistenza o meno di una unione coniugale tra i due genitori³⁶; il principio secondo il quale il matrimonio non è volto alla procreazione; il principio cosiddetto della plurigenitorialità “ordinata”, che riconosce la possibile compresenza nell'interesse del minore di diverse figure genitoriali, senza confusione né di posti né di responsabilità³⁷.

Da un punto di vista giuridico l'“evaporazione” del ruolo dell'ordine pubblico quale baluardo contro l'ingresso nell'ordinamento di *status* familiari pretestuosamente acquisiti all'estero e la crescente trascrivibilità dei relativi atti di famiglia segnano la tendenza degli ordinamenti giuridici ad aprirsi al riconoscimento della legittimità di queste “pratiche di resistenza” messe in atto contro il proprio diritto nazionale. In Italia, nel senso della fattibilità (e quindi in concreto della tolleranza) del turismo procreativo pareva del resto esprimersi addirittura il testo originario della legge 40/2004 che, malgrado il divieto di fecondazione eterologa³⁸, escludeva la punibilità di chi facesse ricorso a questa tecnica (prevedendo però gravose sanzioni per il personale sanitario!), con l'ovvia conseguenza di scoraggiarne l'uso in Italia, ma non all'estero³⁹. Recente giurisprudenza penale ha poi negato la ravvisabilità del reato di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di un minore concepito e nato all'estero da madre surrogata affermando che “a seguito delle due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 2014, è divenuto irrilevante il metodo di concepimento della prole, quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità, sicché la surrichiamata richiesta di trascrizione, pur non conforme al vero, è però inidonea a vulnerare l'interesse legalmente tutelato, la veridicità dell'attestazione, e costituisce un falso innocuo, non punibile”⁴⁰.

Ove si riconosca la legittimità del turismo matrimoniale e procreativo, l'effetto è una “globalizzazione dei diritti”, cioè la promozione della tutela di diritti percepiti come fondamentali in

alcuni recenti arresti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. G. Puppincck e C. de la Hougue, *Vers la libéralisation de la GPA - À propos des affaires Mennesson c/ France et Labassee c/ France*, cit.

³⁵ R. Bosisio, *Le relazioni di responsabilità nelle famiglie omogenitoriali italiane*, in *Le famiglie omogenitoriali*, R. Bosisio e P. Ronfani, Roma, Carocci, 2015, p. 113.

³⁶ Come peraltro ancora lascia a intendere la lettera dell'art. 147 c.c.

³⁷ Esemplari in questo senso mi paiono le parole della già menzionata pronuncia del Tribunale per i minorenni di Firenze, 15 giugno 2015 (cit.) che rileva l'assenza dello stato di adottabilità dei gemellini “in adesione... alla visione pluralista della famiglia” anche emergente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e afferma che la donna committente (moglie del padre biologico) “deve essere considerata madre sociale” dei figli concepiti con la gestazione per altri invocando poi tale ruolo (assolutamente inedito per il diritto italiano) per argomentare sull'assenza dello stato di abbandono.

³⁸ Tale divieto, com'è noto, è stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza 10 giugno 2014, n.162.

³⁹ Rilevano la “schizofrenia legislativa” insita nella normativa M. D'Amico, M. P. Costantini, *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 220.

⁴⁰ Tribunale di Varese, sentenza dell'8 ottobre 2014 – 7 novembre 2014, in *Articolo29*, www.articolo29.it.

un numero crescente di Paesi. Anzitutto, viene in considerazione il diritto delle coppie dello stesso sesso alla formalizzazione della loro relazione di coppia, oggi affermato in termini espliciti dalla già menzionata sentenza *Oliari c. Italia*. L'altro diritto interessato è quello a non subire ingiustificate ingerenze in ambito procreativo, così come riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu, 3 novembre 2011, *S H c. Austria*) e dalla nostra Corte costituzionale (sentenza 10 giugno 2014, n.162)⁴¹.

D'altro canto, tuttavia, appare concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell'accesso al matrimonio e alla filiazione, e quindi nel godimento dei diritti fondamentali, a causa dei costi della realizzazione del progetto all'estero⁴². In quest'ottica, sarebbe essenziale l'analisi dell'impatto socio-economico di questo tipo di turismo e del ruolo delle politiche sociali nella sua realizzazione. Occorrerebbe in particolare chiedersi in che modo il sistema di *welfare* sostenga od ostacoli i rapporti e le relazioni familiari che nascono a seguito di progetti di coppia e di genitorialità pensati al di fuori dei confini nazionali? Pensiamo alla possibilità per i coniugi dello stesso sesso coniugati all'estero di accedere ai diritti sociali su un piano di parità con le coppie coniugate nello Stato, ma anche alla rimborsabilità delle spese sostenute all'estero per la procreazione medicalmente assistita o ancora alla fruibilità del congedo di maternità da parte della madre committente nel caso di gestazione per altri⁴³.

⁴¹ Secondo tale pronuncia, “la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà ... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango”.

Non si può invece, com'è noto, parlare di un “diritto alla genitorialità” o di un “diritto al figlio” in senso proprio in quanto il generale principio del superiore interesse del minore impone nella relazione adulto-minore la prevalenza dell'interesse del minore rispetto a quello dell'adulto (con la conseguenza, per esempio, che gli aspiranti adottanti non possono pretendere il rispetto di un criterio cronologico nell'effettuazioni degli abbinamenti con i minori disponibili all'adozione o che appare legittimo negare l'adozione a un soggetto che abbia una condizione soggettiva che rischi in concreto di pregiudicare l'adottando).

⁴² Cfr. Tribunale di Milano, ordinanza 8 aprile 2013 che solleva questione di legittimità costituzionale in relazione al divieto di fecondazione eterologa di cui alla legge n.40/2004 anche poiché la disciplina discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale poiché “quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di «turismo procreativo» che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato”.

⁴³ Su quest'ultimo punto, la Corte di giustizia si è recentemente pronunciata nel senso della legittimità rispetto al diritto dell'Unione Europea del diniego da parte di uno Stato di riconoscere il congedo di maternità alla madre committente nel caso di gestazione per altri realizzata all'estero. Il caso concerneva una gestazione per altri effettuata da una donna irlandese nel Regno Unito: il congedo di maternità era stato escluso proprio perché il diritto irlandese non prevede una disciplina per la surrogazione di maternità (Corte di giustizia Ue, 18 marzo 2014, C-363/12, *Z. v. A Government department, The Board of management of a community school*).