

# JUST PARENT handbook

a cura di Federico Pedrini

Mucchi editore

# JUST PARENT handbook

a cura di Federico Pedrini

Mucchi editore



Funded by the  
European Union

This Handbook is a research product of the “JUST PARENT. Legal Protection for Social Parenthood” project (no. 101046382), funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Commission. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

ISBN 979-12-81716-19-3

© STEM Mucchi editore - 2024

[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it)

[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it) - [facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore) - [twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore) - [instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentita la consultazione e la condivisione. Proibita le vendita e la modifica.

Versione *Open Access* (pdf) al sito [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

Impaginazione STEM Mucchi editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel febbraio del 2024

## INTRODUZIONE

In questo volume sono raccolte le ricerche e gli studi più importanti realizzati durante il progetto “*JUST-PARENT. Legal Protection for Social Parenthood*” (finanziato dall’Unione Europea).

Abbiamo cercato di predisporre uno strumento efficace e utile per gli studiosi che desiderano approfondire le questioni più importanti e attuali legate alla genitorialità, e in particolare a quelle relazioni parentali non basate esclusivamente su legami biologici o genetici. Strumento che ambisce anche a costituire una guida per gli operatori del diritto (ufficiali di stato civile, giudici, avvocati, notai, ecc.) e un modello per i *policy makers* nazionali ed europei.

Per soddisfare questi tre obiettivi, il volume è strutturato in tre parti. La prima è dedicata alle raccomandazioni per i legislatori e gli operatori del settore. La seconda raccoglie gli approfondimenti effettuati da tutti i *team* del progetto (Università degli Studi Milano-Bicocca, Universidad de Granada, Uppsala Universitet e KT-Notare) su Italia, Spagna, Svezia e Germania. In questo modo si è rinvenuto uno “spaccato” dei diversi modelli normativi presenti in Europa sul tema della genitorialità, così da ipotizzare alcune soluzioni che potrebbero essere funzionali alle cosiddette “relazioni transfrontaliere”, tenendo sempre al centro l’interesse del minore e la tutela di tutti gli altri interessi in gioco. La terza parte, infine, illustra una proposta di direttiva europea.

Vorrei cogliere l’occasione per sottolineare che questa importante attività non è stata l’unica e forse nemmeno la più importante tra le attività di questi ultimi due anni del progetto: dieci *workshop* aperti agli operatori del diritto (ma anche a studiosi e studenti), lezioni all’interno di corsi di dottorato, una *moot court competition*, un podcast e un *Mooc* liberamente accessibile sulla piattaforma *Eduopen* sono solo le *milestones* più rilevanti che abbiamo raggiunto. Tutto ciò, evidentemente, è stato possibile solo grazie alla fattiva collaborazione di tutti i membri dei nostri *team*, che desidero quindi ringraziare di cuore.

Federico Pedrini



*POLICY*  
RACCOMANDATE

## POLICY RACCOMANDATE

### *Il fenomeno*

*La genitorialità sociale* è una espressione generica utilizzata per descrivere la relazione tra una persona che assume lo status di genitore o la responsabilità genitoriale e un bambino, in assenza di un contributo genetico, biologico e gestazionale tra il primo e il secondo. La categoria comprende tutte le forme di filiazione derivanti dai vari tipi di adozione, compresa la *stepchild adoption*, nonché la filiazione derivante dalla procreazione medicalmente assistita basata su gameti di donatori, la procreazione medicalmente assistita (PMA) che utilizza i gameti di una coppia, la maternità surrogata, la procreazione *post mortem* (utilizzo di gameti dopo la morte di un genitore naturale), l'adozione di embrioni e la PMA eterologa "per errore" (gameti scambiati in laboratorio che danno origine a un bambino non biologicamente legato ai genitori previsti).

La genitorialità sociale comprende anche la genitorialità funzionale/di fatto di adulti che ricoprono un ruolo genitoriale effettivo con un bambino e, più in generale, la genitorialità fondata sul consenso informato. Nel contesto della libera circolazione, comprende pure i casi in cui un Paese conferisce uno status giuridico alla relazione genitore-figlio, mentre in altri Stati il genitore e il bambino sono trattati come "estranei legali".

Includendo il concetto di genitorialità sociale nella regolamentazione giuridica della famiglia, è possibile evitare tali problematiche giuridiche (che possono finire per danneggiare gli interessati) e porre maggiore enfasi su ciò che è centrale per il minore: la cura duratura per lo sviluppo della sua identità, il tutto in coordinamento con il documento "Strategia dell'UE sui diritti dei minori". L'approccio è supportato dai risultati delle ricerche condotte nelle giurisdizioni studiate, che documentano le norme di diritto interno esistenti volte a preservare una relazione sociale genitore-figlio, ovvero uno *status filiationis* non biologico per la tutela dell'interesse superiore del minore. Il termine è estremamente rilevante per lo sviluppo giuridico dell'UE, poiché comprende sia le forme di filiazione non biologica (e genitorialità) sopra descritte, basate sul diritto nazionale, sia lo status di filiazione che circola tra gli Stati membri dell'UE e nei casi transfrontalieri tra i Paesi dell'UE e quelli extra-UE.

Per le ragioni sopra citate, in particolare quelle relative alla mancanza di riconoscimento transfrontaliero, la definizione di "genitorialità sociale" è più ampia ai fini di questo progetto di ricerca comparativa (che ha portato a queste raccomandazioni) rispetto, ad esempio, alla definizione sviluppata

nel Regno Unito e negli Stati Uniti, che spesso limita le relazioni considerate “genitorialità sociale” a quelle in cui non è stato esteso lo status giuridico, escludendo quindi, ad esempio, le relazioni genitore adottivo-bambino una volta che l’adozione è stata finalizzata.

Dalla nostra ampia definizione di genitorialità sociale, è possibile isolare due componenti costitutive rilevanti per la categoria. La prima, identificata come *prerequisito positivo*, riguarda l’assunzione di responsabilità da parte del potenziale genitore sociale per la procreazione che porta alla nascita del bambino, seguita dall’assunzione della responsabilità genitoriale come scelta consapevole e responsabile da parte dell’adulto, come genitore singolo, come parte di una coppia o come parte di una formazione sociale diversa. Il secondo elemento, identificato nel *prerequisito negativo*, riguarda la mancanza di rilevanza del patrimonio genetico o biologico tra entrambi i genitori e il figlio nato o la mancanza di una gestazione effettuata da uno dei genitori previsti prima della nascita del bambino.

Le unità del progetto hanno studiato diversi casi di genitorialità sociale:

- adozione completa
- adozione mite
- adozione semplice (se diversa da quella mite)
- PMA (sia omologa, che non richiede gameti donati, che eterologa)
- PMA per errore
- Applicazione post mortem della PMA
- ROPA (Ricezione di ovociti dal partner)
- maternità surrogata
- condivisione di embrioni o adozione di embrioni
- kafala

L’elenco è esemplificativo e non esaustivo.

### ***Premesse generali alle policy raccomandate***

**Introduzione metodologica:** La ricerca (cioè le indagini che hanno portato alla stesura di un rapporto su tutte le forme di genitorialità sociale in ciascuna giurisdizione) è stata condotta in ciascuno dei diversi Stati membri dell’UE, sulla base dei criteri di selezione contenuti nella proposta di progetto, che sottolineava che il disegno dello studio avrebbe permesso di effettuare confronti tra sistemi giuridici dell’UE differenti. Il fenomeno della genitorialità sociale nel suo complesso è stato definito in modo ampio, come descritto nell’introduzione, per evitare una compartimentazione ristretta dei fenomeni della genitorialità e della filiazione in ciascun sistema giuridico studiato e per consentire uno studio settoriale dei fenomeni di “downgra-



*ding*” transfrontaliero comunemente sperimentati dai genitori sociali e dalle loro famiglie in situazioni transfrontaliere.

Inoltre, sono stati studiati i fenomeni di parentela e filiazione interni ma anche esterni: fenomeni derivanti dall’evoluzione della famiglia in ogni singolo sistema studiato e fenomeni derivanti dal movimento delle famiglie e quindi degli status familiari tra diversi Stati.

L’analisi non ha riguardato solo il diritto statutario (come, ad esempio, nelle giurisdizioni di *civil law*, i codici civili), sebbene il diritto statutario sia la principale fonte di diritto sulla filiazione dello stato di famiglia in ogni Stato membro studiato; l’analisi si è estesa anche alle “leggi settoriali”, tenendo conto dell’evoluzione del diritto nel tempo, del modo in cui viene applicato e interpretato dalla giurisprudenza e della sua elaborazione da parte della letteratura accademica.

**Best scenario e confronto con la realtà:** Siamo consapevoli che la Commissione europea, durante il periodo di attuazione di questo progetto di ricerca Just Parent, ha presentato una proposta di regolamento del Consiglio su un tema che si interseca con questa ricerca, per quanto riguarda la “circolazione degli status”.

Nel corso del progetto, è stato notato fin dall’inizio che la CE vede un regolamento e quindi un modello improntato all’uniformità come lo scenario preferibile per una possibile disciplina europea in questo settore, perché è considerato la soluzione più protettiva per i singoli cittadini e le famiglie dell’Unione coinvolti.

In risposta, il progetto ha esplorato l’idea di un regolamento, ma ha subito notato la reazione alla proposta di regolamento di alcuni Stati membri, per i quali sarebbe inaccettabile la formazione di un atto di stato civile uniforme e/o, in alternativa, l’introduzione di un sistema di riconoscimento reciproco automatico per qualsiasi atto giuridico nazionale in materia di famiglia e genitorialità, come previsto dal Green Paper del 2010 “*Less bureaucracy for citizens*” (COM (2010)747 final), che ha preceduto la promulgazione del Reg. UE 1191/2016. Come hanno notato gli studiosi di diversi Stati membri, in generale c’è una marcata necessità di armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali, che potrebbe essere stata ottenuta armonizzando la legislazione dell’UE storicamente, durante il periodo di indagine che ha portato a quelle proposte. Nel periodo attuale, tuttavia, si registra una maggiore resistenza politica e la critica del ruolo di supplenza svolto dalle corti europee che, pur rispettando il margine di apprezzamento degli Stati, stanno portando avanti un processo di armonizzazione più efficace di quello svolto dal legislatore in questo settore.

Il progetto prende quindi atto e continua a sostenere e puntare alla formulazione di una proposta di armonizzazione che rispetti la discrezionalità degli Stati membri.

### **Gli obiettivi di questo *policy brief*:**

**I) Eliminare tutta la negoziazione e gli effetti indiretti della negoziazione nel biodiritto:** L'obiettivo che raccomandiamo è quello di escludere la negoziazione nel trattamento del corpo umano e di proceduralizzare i trattamenti medici con effetti legali nel contesto del diritto della genitorialità; l'approccio raccomandato non fa distinzione tra gli istituti che generano la genitorialità, siano essi basati o meno su legami biologici, genetici o gestazionali: la genitorialità deriva dal consenso (a un trattamento medico o a una procedura a più fasi);

**II) Privilegiare la dignità della donna:** La ricerca è stata condotta tenendo conto di tutti coloro che sono coinvolti nelle tecniche che possono determinare la filiazione intenzionale. Lo studio si è rivolto anche a coloro che spesso sono estranei al campo di studio della disciplina, ma che ne sono direttamente e indirettamente interessati: ad esempio, i genitori biologici rispetto ai genitori sociali nell'adozione; i donatori nelle pratiche di PMA; le gestanti nella maternità surrogata; i genitori sopravvissuti e deceduti nelle pratiche postume; i *caregiver* nei casi derivanti dalla legge islamica. In questo ambito, particolare considerazione è stata data alla condizione femminile: è emersa quindi la necessità di individuare strumenti efficaci di tutela di soggetti in condizione di vulnerabilità e asimmetria, sia informativa che economica, e, allo stesso tempo, l'esigenza di proteggere le forme non negoziate di manifestazione dell'autodeterminazione, nel rispetto della dignità umana.

**III) Promuovere l'uguaglianza:** Questa ricerca ha voluto studiare il fenomeno della filiazione e della genitorialità adottando un approccio intersezionale, che considera un ampio numero di fattori che possono portare a fenomeni di discriminazione nei confronti dei bambini e delle persone coinvolte nel ménage familiare. Come postula la teoria dell'intersezionalità, la combinazione di tali fattori può portare a norme e applicazioni discriminatorie inaccettabili. Il pensiero corre a:

**1) Età** (in considerazione dei potenziali limiti di età dei genitori che limitano l'accesso alla PMA);

**2) status economico** (in considerazione dell'ipotesi di circolazione dello status: La PMA è accessibile a chi può permettersela, ricorrendo a cliniche private o a fornitori di servizi sanitari internazionali);

**3) nazionalità** (in considerazione delle differenze tra gli Stati membri: mentre in Germania la clausola dell'ordine pubblico è interpretata in modo

favorevole agli effetti della filiazione surrogata, non è così in Italia; mentre alcune forme di procreazione postuma sono consentite in Italia a causa di un dettato giuridico impreciso, non sono consentite in Spagna perché l'ordinamento giuridico prevede norme più severe per il consenso informato alla PMA);

**4) Salute** (dato che il concetto di salute si è evoluto: dalla tutela dell'integrità fisica da forme di menomazione, si è arrivati alla nozione dell'OMS di una condizione di benessere globale, in cui il benessere fisico, anche nei trattamenti di PMA, assume particolare rilevanza; inoltre, il riscontro di determinate condizioni fisiche è diversamente considerato nelle discipline di filiazione: mentre una grave patologia, come il cancro, può comportare la preclusione all'adozione, questa patologia può giustificare l'utilizzo di tecniche di PMA);

**5) Genere** (perché troviamo che solo alcune delle giurisdizioni studiate consentono le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) alle persone trans, il che è discriminatorio soprattutto se si considera che il cambio di sesso chirurgico o la sterilizzazione non sono più richiesti per legge per il cambio di sesso legale (negli Stati membri in cui ciò è consentito dalla legge); inoltre, l'accesso alle tecniche di PMA può differire tra uomini e donne, o tra coppie formate da persone dello stesso sesso o di sesso diverso);

**6) Orientamento sessuale;**

**7) Stato civile** (perché l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non è sempre concesso per formare una famiglia in assenza di una coppia di due persone, come ad esempio ai single; inoltre, il requisito per l'accesso può variare a seconda dello stato civile: alcuni Stati membri richiedono un'unione matrimoniale, mentre per altri sono sufficienti altre forma di unioni come l'unione registrata o la convivenza non registrata).

**Lo strumento:** Astrattamente, la scelta più efficace sarebbe quella di avere un unico strumento giuridico attraverso il quale regolare il fenomeno della genitorialità sociale nel rispetto dell'interesse del minore e contemporaneamente della dignità di tutti i soggetti interessati (ad esempio, la gestante nella maternità surrogata gestazionale); uno strumento che copra contemporaneamente tutti i "nuovi" processi procreativi (PMA). Un'unica fonte di diritto consentirebbe all'Unione europea di soddisfare le esigenze di ordine sistematico e di intelligibilità del sistema, a vantaggio delle legislazioni degli Stati membri, a beneficio dei soggetti interessati all'applicazione della legge. A questo proposito, la nostra scelta consigliata sarebbe una direttiva del Consiglio, in quanto consentirebbe di rispettare le specificità dei contesti giuridici dei singoli Stati. Gli Stati membri sarebbero a loro volta maggior-

mente in grado di individuare gli strumenti giuridici nazionali più appropriati per raggiungere gli obiettivi fissati a livello europeo.

Tuttavia, parte della legislazione nazionale da modificare è già trattata a livello UE dalla Direttiva sui tessuti e dalla Direttiva sul sangue (2004/23/CE, 2002/98/CE); un'altra parte della regolamentazione esistente in questo settore è contenuta nel Regolamento (UE) 2016/1191, e un'altra ancora è contenuta nella proposta di Regolamento (UE Reg. COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS). I requisiti di efficacia ed economia impongono quindi di utilizzare una direttiva che in parte modifichi o sostituisca queste direttive (preesistenti). Questo approccio è complementare ad altre raccomandazioni di ricercatori e gruppi di esperti che hanno già proposto riforme complete della direttiva sui tessuti, nonché alla legislazione dell'UE sulla libera circolazione dei documenti di stato e alla versione attuale della proposta di regolamento sulla genitorialità.

In sintesi, l'approccio della direttiva consente di rispettare le competenze riservate rispettivamente all'UE e agli Stati membri.

**Competenza dell'UE:** Il problema della competenza dell'UE su questi temi non è stato affrontato adeguatamente nella recente proposta di regolamento sulla genitorialità, e in effetti è stato oggetto di critiche da parte di studiosi ed esperti. Un modo per aggirare il problema sarebbe quello di modificare la legislazione europea preesistente, avendo come oggetto principale questioni diverse dalla genitorialità (diritto di famiglia); questo approccio è proposto nelle raccomandazioni riportate in questa sezione (v. *infra*). Tale approccio potrebbe anche incoraggiare una maggiore maggioranza di Stati membri ad “accettare” tali interventi in quanto non apertamente inerenti alla filiazione.

**I contro limiti:** A seguito degli incontri, dei workshop, dei documenti e delle relazioni condotti durante questo progetto, siamo giunti alla conclusione che è opportuno e necessario condurre ulteriori e adeguate ricerche che coinvolgano tutte le giurisdizioni degli Stati membri in merito alla nozione di ordine pubblico della famiglia (ai fini dell'articolo del TFUE), nonché all'identità nazionale della famiglia (ai sensi dell'articolo del TFUE). La funzione di queste clausole è evidentemente quella di fornire una valvola di sfogo per sistemi che, come quelli di *civil law*, privilegiano e principi di certezza, prevedibilità e precisione delle norme emanate dai parlamenti, anche o soprattutto di fronte a fenomeni nuovi ed esogeni. Tuttavia, è stato riscontrato che l'uso di queste clausole è avvenuto in modo molto diverso, non solo tra sistemi giuridici diversi tra loro (come sarebbe ovvio), ma anche tra sistemi molto simili (ad esempio, l'applicazione della clausola di ordine

pubblico ai casi di riconoscimento della filiazione per surrogazione in Italia e in Germania).

**Osservazioni critiche:** Come è stato recentemente osservato dal parere del Senato francese sulla proposta di regolamento sulla filiazione, la ricerca condotta su un campione parziale di pochi Stati membri, come quella di Just Parent che mette a confronto quattro giurisdizioni, può certamente essere uno strumento pilota per lo sviluppo di future politiche in materia. Tuttavia, non può fornire una risposta definitiva e completa che colga il consenso internazionale nella sua interezza. Se da un lato il regolamento proposto soddisferebbe le esigenze di armonizzazione emerse in altre giurisdizioni europee, dall'altro cancellerebbe una serie di casi che non sono ancora emersi nelle quattro giurisdizioni studiate, ma che sono già emersi altrove. A questo secondo proposito, vediamo infatti che il progetto prevede una prospettiva occidentale-centrica sui tipi e sulle problematiche della genitorialità sociale, principalmente incentrata sulla circolazione dei membri della famiglia all'interno dell'UE e tra l'UE e altri ordinamenti della tradizione giuridica occidentale, come il Regno Unito e gli Stati Uniti. Tuttavia, si osserva anche come la genitorialità sociale e funzionale derivi anche dalla circolazione delle istituzioni del diritto islamico, come la kafala. Questi risultati sono emersi dal nostro studio sull'applicazione pratica della clausola di ordine pubblico generale.

## A. *POLICY* RACCOMANDATE PER L'ARMONIZZAZIONE DELLA GENITORIALITÀ SOCIALE NELL'UE VERSO UNA MIGLIORE PROTEZIONE DEI MINORI E UN'EFFETTIVA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

### *Modifiche alle direttive 2004/23/CE e 2002/98/CE*

**1) Governance e gestione del patrimonio genetico:** Le direttive 2004/23/CE e 2002/98/CE (le cosiddette direttive sui tessuti) dovrebbero essere modificate. La modifica dovrebbe introdurre tecniche di controllo per determinare la spedizione di materiale genetico umano e disciplinare i metodi di prelievo e trasferimento dei tessuti, il tutto nel rispetto del principio generale del consenso informato al trattamento medico. Il consenso, inteso come autorizzazione all'interferenza con il corpo, dovrebbe essere ricostruito come un atto unilaterale e non negoziabile, pertanto non soggetto a regole commerciali o contrattuali.

Devono essere stabilite le regole per governare, gestire e determinare l'uso del proprio materiale genetico dopo la morte (come l'uso di gameti, cellule e tessuti). Devono essere stabiliti anche i requisiti per la governance e la gestione del materiale genetico nella circolazione delle parti del corpo.

Pertanto, è necessario:

a) Aggiornare la normativa nazionale che non è attualmente conforme alla scienza, aggiungendo obblighi positivi agli Stati membri di consultare i cittadini, in particolare attraverso (i) l'attuazione di meccanismi di democrazia diretta (ad esempio, consultazioni popolari e referendum) e (ii) l'aggiornamento periodico di tutte le norme nazionali in questo settore per garantire contenuti di alta qualità e comprovati dalla ricerca (ad esempio, clausole di gestione delle emergenze).

b) Stabilire fermamente il principio del consenso come elemento costitutivo di qualsiasi trasferimento di parti del corpo.

c) Stabilire il principio di gratuità per tutte le forme di servizi "super-etici" o supererogatori, ad eccezione del rimborso delle spese e dei disagi (VUD, donazione volontaria non retribuita). Poiché questi servizi sono caratterizzati da un alto valore sociale e morale, e poiché hanno un impatto sul corpo, non dovrebbero essere suscettibili di contrattualizzazione e negoziazione in misura tale da commercializzarli. Questi servizi dovrebbero essere caratterizzati da finalità solidaristiche, pur non negando irragionevolmente ai donatori spese ragionevoli e compensi apprezzabili. Dovrebbe essere sempre garantito il diritto al ripensamento (*ius poenitendi*) e dovrebbero essere consentite solo ed esclusivamente forme indirette di incentivazione al prelievo

e alla cessione (ad es., la cosiddetta gratitudine sociale nelle forme dell'offerta gratuita di screening e visite mediche per accertare lo stato di salute del donatore o la compensazione delle spese e dei disagi da parte del centro sotto forma di remunerazione indiretta o con rimborsi *tout court* che non tengano conto della quantità di campioni donati ma dell'attività svolta dal donatore nel verificare l'idoneità alla donazione, nell'effettuare il prelievo e nel prestare l'eventuale assistenza post-operatoria).

d) Ampliare la gamma delle tecniche di trattamento dell'infertilità/infertilità, anche in questo caso tenendo conto delle diverse forme di benefici super-etici (*supra c*) e dei trattamenti ritenuti più idonei e appropriati dalla comunità scientifica.

e) individuare gli effetti della regola generale del consenso: se il trattamento, qualunque esso sia, si basa sul consenso o su una serie di consensi unilaterali, non negoziati, revocabili, gratuiti, solidaristici, non c'è spazio per la negoziazione, per contratti contrari a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, o per forme di mercificazione del corpo e di violazione della dignità della persona.

In questo senso, e nel solco dell'approccio complementare, si valorizzano i contenuti della proposta di regolamento in materia: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0338>

**2) Conoscenza delle proprie origini:** si raccomandano maggiori azioni a questo proposito.

L'accesso indifferenziato e generalizzato alle informazioni relative alle proprie origini, cioè all'identità personale dei possibili donatori di cellule e delle donne in gravidanza, dovrebbe essere precluso, al fine di tutelare la riservatezza di queste ultime, a meno che non venga dato il consenso alla visualizzazione delle suddette informazioni. Va quindi riaffermato il principio generale dell'anonimato nelle procedure di prelievo e donazione di parti del corpo; è emersa l'esigenza di tutelare il diritto fondamentale alla salute, per cui è necessaria un'armonizzazione delle regole di interpellanza e di accesso alle informazioni con finalità terapeutiche, idonee alla prevenzione e al trattamento delle malattie geneticamente trasmissibili.

In questo senso, i risultati della relazione "*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*", 20 febbraio 2019, n. 14935, (<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>), possono essere valorizzati, sempre a vantaggio della complementarietà e dell'efficienza.

Si considerino anche le recenti conclusioni raggiunte in materia dalla CEDU nel caso Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, 7 settembre 2023, ricorsi nn. 21424/16 e 45728/17 - *Gauvin Fournis e Silliau vs. Francia*.

Come è stato osservato, l'anonimato delle donazioni di gameti, tutelato da ordinamenti giuridici nazionali come quello francese, impone molti dei requisiti che raccomandiamo di adottare e armonizzare a livello europeo, insieme ai canoni di volontarietà e gratuità. L'anonimato salvaguarda la sicurezza delle donazioni cellulari e la tutela dell'autodeterminazione terapeutica, in contrapposizione a forme di coercizione e traffico. Inoltre, il principio tutela l'unità della famiglia giuridica, rispetto alla dimensione biologica.

Anche in questo caso, per questa via si evita il rischio di un calo sostanziale del numero di donazioni di gameti. Per questi motivi, almeno nelle disposizioni in vigore nei primi decenni delle norme sulla PMA, l'anonimato era protetto in modo assoluto, incondizionato e irreversibile.

I valori citati sono stati poi affermati più volte dalle istituzioni europee e, più recentemente, dalla Raccomandazione 2156 del 2019 del Consiglio d'Europa.

A differenza delle informazioni sanitarie del donatore, funzionali alla ricostruzione di un quadro clinico per la tutela della salute dei nati a seguito dell'utilizzo di tecniche di PMA eterologa, il diritto a conoscere le proprie origini attraverso l'acquisizione delle informazioni anagrafiche non terapeutiche del donatore costituisce, invece, solo una "tendenza", peraltro di recente emersione.

Solo alcuni Stati riconoscono un diritto personale al nato "di conoscere", e prevedono di conseguenza procedure per l'accesso alle informazioni sui donatori su richiesta. Manca invece un consenso internazionale su questo punto. Si osserva inoltre che alcuni Stati, come la Repubblica Ceca, la Grecia, la Lettonia, il Montenegro, la Macedonia del Nord, la Polonia, la Serbia, la Slovenia e l'Ucraina, impediscono l'accesso alle informazioni sui donatori (senza eccezioni), mentre altri Stati, tra cui la Spagna, la Svezia, la Svizzera, la Germania, l'Austria, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Regno Unito, l'Irlanda, Malta e il Portogallo, consentono l'accesso alle informazioni sui donatori solo qualora tale accesso si giustifichi per esigenze eminentemente terapeutiche. Solo alcuni Stati, come il Belgio, la Francia e l'Islanda, hanno recentemente riformato la normativa su questo punto e hanno permesso la visualizzazione di alcune informazioni sui donatori, previo consenso del donatore, per dati che non hanno una correlazione con il diritto alla salute del richiedente.

Al contrario, la legge italiana sull'adozione, coordinata con le norme nazionali sullo stato civile, riconosce il diritto dell'adottato a conoscere le



proprie origini, in caso di nascita anonima, ma solo dopo cento anni dal rilascio dell'atto di assistenza alla nascita, giustificando tale scelta nella probabile morte dell'adottato; con la conseguenza che tale possibilità si traduce con un vero e proprio diritto per lo più a vantaggio dei discendenti dell'adottato. Per questo motivo, nella causa Godelli contro Italia, la Corte europea ha affermato che la legge italiana sull'adozione di minori (art. 28 l. n. 184/1983) non prevede un bilanciamento tra il diritto dell'adottante a conoscere le proprie origini e il diritto della partoriente al rispetto della sua scelta di anonimato. Questo perché nella legge italiana mancava un meccanismo di interpellanza riservata per verificare l'effettività della determinazione della donna. Dopo la condanna della Corte europea nel caso Godelli, la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato illegittimo l'art. 28, comma 1, della Costituzione. 28, par. 7, l. n. 184/1983, nella parte in cui, a fronte della dichiarazione della partoriente di non voler essere conosciuta ai sensi dell'art. 30, comma 1, l. n. 184/1983, non prevede la possibilità per il giudice di ascoltare la donna, su richiesta del bambino, in un procedimento stabilito dalla legge per stabilire se le informazioni (o alcune informazioni) debbano comunque essere rivelate. La Corte ha inoltre ritenuto che la procedura debba garantire la massima riservatezza degli atti del procedimento giudiziario, nel caso in cui la donna decida in futuro di revocare la propria dichiarazione.

Nonostante la presentazione di alcuni disegni di legge, la procedura non è stata disciplinata in alcun modo, per cui è stata la giurisprudenza (Cass., S.U., 1946/2017) a delineare una procedura da seguire. Si è ritenuto che la corretta normativa di legge da applicare in questi casi sia da ricercare nelle norme sui procedimenti in camera di consiglio e in quelle sulla protezione dei dati personali, nonché sulla base delle linee guida e dei protocolli diffusi dai tribunali italiani. Considerazioni diverse valgono, invece, per i nati da tecniche di procreazione artificiale disciplinati dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40, che non ha mai subito una riforma dalla sua emanazione. Nella sua struttura originaria, la legge non consentiva alcuna forma di donazione di gameti, per cui non si poneva il problema della scissione tra identità e filiazione. Tuttavia, le dichiarazioni di illegittimità costituzionale dei divieti di crioconservazione e di fecondazione eterologa hanno successivamente portato alla possibilità di nascite di persone senza un patrimonio genetico condiviso con i genitori legali. Per questo motivo, la dottrina italiana si è interrogata sul fatto che le norme sull'interpellanza applicate ai figli adottivi possano essere applicate anche a quelli nati da PMA; d'altra parte, non è mancata una riflessione sulla distinzione tra le forme di filiazione.

Tuttavia, occorre considerare la distinzione tra le due forme di filiazione. Nel primo caso, la nascita determina l'acquisizione della titolarità sostan-

ziale dello *status filiationis* tra il nato e il genitore biologico; tuttavia, con la configurazione dello stato di “abbandono” previsto dalla legge italiana sull’adozione, si determina giuridicamente l’estinzione dello stato civile familiare ereditato come condizione dell’adozione. Con l’adozione si crea quindi un nuovo status dell’adottato nei confronti dell’adottante. In questo scenario, si individua uno status per il genitore biologico o naturale, poi si stabilisce una rinuncia e, infine, si concede un nuovo stato civile che prende il posto del primo. Nella procreazione artificiale, invece, non c’è questa successione, ma la titolarità sostanziale del rapporto filiale coinvolge solo il figlio nato e coloro che danno il consenso informato ai trattamenti. Con questa determinazione, i pazienti assumono prima la responsabilità procreativa e poi quella genitoriale sul bambino, ai sensi degli articoli 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004. Non c’è mai un abbandono del bambino dal momento della nascita e, quindi, non c’è estinzione dello *status filiationis*, poiché il donatore cede, esclusivamente e congiuntamente, le proprie cellule riproduttive. Inoltre, come prevede espressamente la legge, i donatori di gameti e ovociti non possono assumere alcuna forma di responsabilità nei confronti del nato in PMA.

**3) Tecniche *post mortem*:** È necessario che qualsiasi strumento giuridico che disciplini questo settore specifichi le regole per il processo decisionale sulle cellule riproduttive umane e sugli embrioni dopo la morte di un genitore genetico, in considerazione del possibile verificarsi della morte durante il ciclo di PMA e crioconservazione. Su questo punto è stata riscontrata poca omogeneità tra gli Stati membri studiati: mentre alcuni Stati hanno regolamentato le modalità di gestione, attraverso l’attuazione di consensi informati con garanzie formali, in altri Stati non sono state introdotte norme specifiche e le soluzioni sono lasciate, in un ambito in cui il legislatore dovrebbe mantenere una ampia discrezionalità, alla giurisprudenza. Inoltre, laddove la decisione è lasciata alla giurisprudenza, sembra che l’applicazione delle norme del diritto successorio interno più protettivo sia stata esclusa, creando così un’eccezione ai principi di esclusività e unicità.

Lo strumento di controllo auspicabile è sempre il consenso informato, accompagnato però da garanzie formali, come ad esempio la richiesta che il consenso sia dato per iscritto o in presenza di testimoni ai fini della validità. In assenza di una determinazione espressa, poiché le cellule non possono essere abbandonate all’acquisizione prescrittiva da parte delle biobanche, si suggerisce l’applicazione del diritto successorio nazionale, nella misura in cui si riferisce a disposizioni a contenuto non patrimoniale. Ciò rispetta la com-

petenza degli Stati membri in materia di diritto civile e consente di tutelare la prevedibilità e l'intelligibilità del sistema.

**4) La gestione delle cellule in caso di morte del donatore non è prevista:** Sebbene si tratti di una questione eticamente delicata, laddove la proposta dell'UE lascia spazio alla discrezionalità del legislatore nazionale, la normazione dell'UE dovrebbe richiedere agli Stati membri di allineare le norme nazionali alle indicazioni della comunità scientifica e di prevedere un sistema armonico, a tutela della sicurezza, della salute individuale e pubblica, e della certezza del diritto (per limitare così anche il contenzioso sui singoli casi). Solo poche giurisdizioni dell'UE si sono dotate di regole precise sulla durata della conservazione e sulle destinazioni legalmente consentite delle cellule in caso di morte del donatore; in altre, la determinazione è lasciata alla controversia del caso specifico, con conseguenti disparità di trattamento a livello territoriale. Inoltre, la mancata adozione di queste regole comporta una sovrapproduzione di cellule ed embrioni da conservare senza un successivo utilizzo, incidendo sulla sostenibilità del sistema a fronte di risorse limitate i soggetti che si occupano di offrire prestazioni di PMA. Pertanto, si raccomanda l'adozione di regolamenti sulla durata della conservazione di cellule riproduttive ed embrioni umani, sulle destinazioni e sulle procedure di interpellato. In questo modo, le cellule riproduttive possono essere ottenute in modo sicuro e si può evitare la sovrapproduzione di nuove cellule da conservare, mentre i soggetti possono anche determinare, attraverso il rilascio del consenso informato, come le loro cellule saranno utilizzate e a chi saranno rilasciate, anche per quanto riguarda l'uso postumo delle loro cellule già raccolte in grado di trasmettere il loro patrimonio genetico a una generazione futura. Ciò consente di determinare il controllo sulla cellula, senza la perdita del potere di governarla, precludendo l'acquisizione di diritti di proprietà da parte delle biobanche.

#### *Modifiche al Reg. Proposal COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS)*

**1) Ordine pubblico:** La modifica della nozione di ordine pubblico indicata nella proposta di Reg. COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS) non è necessaria; nelle regole di ordine pubblico si dovrebbe specificare che il controllo di conformità all'ordine pubblico si applica sempre ai casi in cui viene utilizzato un unico certificato europeo;

**2) Ordine pubblico:** Al paragrafo 2 dell'articolo 21 della proposta, relativo alla clausola sull'ordine pubblico, si dovrebbe specificare che questa clausola

sarà applicata dai tribunali e dalle altre autorità competenti degli Stati membri nel rispetto non solo dei diritti e dei principi fondamentali sanciti dalla Carta e dal suo articolo 21 sul diritto alla non discriminazione, ma anche di tutte le altre disposizioni della Carta.

**3) Legge applicabile:** Siamo favorevoli all'articolo 17 della proposta, che stabilisce che “la legge applicabile all'accertamento della filiazione è quella dello Stato di residenza abituale del partoriente al momento della nascita o, qualora non sia possibile determinare la residenza abituale del partoriente al momento della nascita, la legge dello Stato di nascita del bambino”; questa disposizione impedisce infatti il fenomeno del forum shopping, vietando alla coppia di scegliere la giurisdizione;

**4) Ambito di applicazione dei regolamenti proposti:** l'ambito di applicazione della proposta è troppo generico e ampio;

**5) Ambito oggettivo di applicabilità del Regolamento:** È necessario specificare se il Regolamento UE possa applicarsi anche ad atti e provvedimenti stranieri formati in Paesi extraeuropei. Alcuni studiosi hanno affermato che il Regolamento non si applica agli atti e ai provvedimenti stranieri formati al di fuori dell'UE secondo le modalità previste dall'articolo 3 (in quanto il presente Regolamento non si applica al riconoscimento delle decisioni giudiziarie che stabiliscono la filiazione rese in uno Stato terzo, né al riconoscimento o, a seconda dei casi, all'accettazione di atti pubblici che stabiliscono o provano la filiazione redatti o registrati in uno Stato terzo). Altri studiosi, invece, si sono preoccupati della possibilità di applicare le norme contenute nel Regolamento per ottenere il riconoscimento degli effetti di atti e provvedimenti stranieri formati in uno Stato terzo, per poi ottenere il certificato unico di filiazione e quindi ottenere il riconoscimento degli effetti anche in altri Stati membri dove gli effetti di quell'atto o provvedimento non appaiono compatibili con l'ordine pubblico e quindi potrebbero altrimenti rimanere non riconosciuti a causa della discrezionalità dello Stato membro riconosciuta dalla clausola di ordine pubblico. Tuttavia, come sottolineato nell'allegato alla proposta di regolamento sul certificato unico di filiazione, anch'esso è soggetto al criterio dell'ordine pubblico, per cui non dovrebbe produrre gli esiti temuti da questo secondo gruppo di studiosi. Sarebbe comunque auspicabile superare queste incertezze chiarendo il corretto ambito di applicazione della clausola, includendo esplicitamente il certificato unico di filiazione europeo.

**6) Trascrizione parziale:** Va specificato che il Reg. non può precludere la trascrizione parziale dell'atto di nascita, cioè la registrazione del solo genitore biologico, genetico, gestazionale (che, viceversa, deve sempre vedere riconosciuto il legame con il figlio genetico, biologico, gestazionale).

### *Modifica del Reg. UE 2016/1191 sulla circolazione dei documenti pubblici*

**Espansione dell'ambito di applicazione del Reg. UE 2016/1191 ai documenti pubblici sulla genitorialità sociale:** Il Regolamento (UE) 2016/1191, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di determinati documenti pubblici all'interno dell'Unione europea, consente ai cittadini dell'UE di spostarsi da uno Stato membro all'altro senza la necessità di legalizzare o di espletare particolari formalità (come ad esempio, l'apostilla) di determinati documenti pubblici; il regolamento semplifica inoltre le formalità relative alla traduzione dei documenti pubblici e delle copie autenticate.

Il catalogo e il tipo di documenti pubblici a cui si applica il regolamento sono circoscritti dall'articolo 2: in materia di famiglia, in particolare, il regolamento si applica ai documenti pubblici che attestano la nascita, la filiazione e l'adozione. Gli Stati membri sono stati invitati a notificare alla Commissione europea l'elenco dei documenti pubblici a cui si applica il Regolamento, che è pubblicato sul Portale europeo della giustizia.

Tuttavia, il catalogo dei documenti pubblici esistenti sulla genitorialità – e in particolare sulla genitorialità sociale – è molto più ampio di quello incluso nel regolamento e di quelli presentati alla Commissione europea dagli Stati membri. La mancata applicazione dei benefici del Regolamento ai documenti pubblici sulla genitorialità sociale costituisce un ostacolo alla circolazione delle famiglie all'interno dell'Unione europea.

Sarebbe quindi opportuno che, come prevede l'articolo 26 del regolamento, l'ambito oggettivo fosse ampliato in futuro per includere i documenti pubblici sulla genitorialità sociale, come quelli relativi a: 1) rappresentanza e tutela del minore (atto di nomina del tutore da parte del genitore; provvedimento di nomina del tutore); 2) affidamento del minore (accordi relativi all'affidamento del minore, obblighi finanziari nei confronti del minore, compresi gli accordi stragiudiziali); 3) consenso informato alla procreazione medicalmente assistita; revoca del consenso informato; 4) affidamento del minore ("affido") o "collocamento privato"; 5) atto di riconoscimento del minore; atto di riconoscimento del minore prima della sua nascita; 6) atti dei procedimenti di adozione (ad esempio: dichiarazione di

consenso di un genitore all'adozione del minore da parte dell'altro genitore in caso di *stepchild adoption*); 7) convivenza o coabitazione tra il genitore sociale e il minore (ad esempio: certificati di famiglia anagrafica italiana; atto di convivenza, ecc.); 8) atto con cui i tutori legali del minore (di solito i genitori) trasferiscono parte del loro diritto al congedo parentale a una persona che non è il genitore del minore o che è equiparata a un genitore (con riferimento all'ordinamento giuridico svedese); e 9) procure parentali (documenti con cui un genitore legale delega o condivide un certo potere decisionale).

### *Modifiche alla proposta di Reg. COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS)*

**Istituzione di un certificato di filiazione europeo con effetti limitati ai diritti garantiti dal diritto dell'Unione europea:** La proposta di Reg. UE COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS) mira a istituire un certificato di filiazione europeo. Alcuni Stati membri – ad esempio l'Italia – si sono opposti e hanno respinto la proposta, ritenendo che la previsione di un certificato di filiazione europeo violi i principi di competenza e sussidiarietà. Data l'assenza di consenso da parte di tutti gli Stati membri su una questione così delicata, sembra opportuno prevedere l'istituzione di un certificato di filiazione con effetti limitati al diritto dell'Unione europea (ad esempio, un certificato di filiazione europeo che abbia l'effetto di consentire il pieno esercizio del diritto alla libera circolazione del minore tra gli Stati membri).

La base giuridica di tale certificato sarebbe costituita dagli articoli 20-21 del TFUE e dalla direttiva 2004/38/CE, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha obbligato uno Stato membro (Bulgaria) a registrare un certificato di nascita con due madri al solo scopo di applicare il diritto dell'Unione europea (C-490/20: caso VMA, “Pancharevo”).

In altre parole: ogni cittadino dell'Unione europea disporrebbe sia di un certificato di filiazione rilasciato dal proprio Stato membro (valido ed efficace nello Stato che lo ha rilasciato e negli Stati che lo registrano o lo riconoscono) sia di un certificato relativo alla filiazione europea, automaticamente valido ed efficace in tutta l'Unione europea.

Questa soluzione ovvierebbe anche alle difficoltà prodotte dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa VMA, secondo la quale lo Stato membro (Bulgaria) deve registrare un atto di nascita straniero (spagnolo) al solo scopo di produrre gli effetti giuridici derivanti dal diritto dell'Unione europea: in molti Stati membri – non solo in Bulgaria, ma anche in Italia – non è possibile registrare un atto “con effetti limitati” o “con effetti parziali”, sepa-

rando gli effetti giuridici dell'atto. Esiste una chiara alternativa: o il pubblico ufficiale registra un atto straniero, con tutti i suoi effetti, o non lo registra.

**Determinazione della questione incidentale che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento:** La proposta di regolamento UE COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS) stabilisce i criteri in base ai quali uno Stato è competente a risolvere una controversia in materia di filiazione. Tuttavia, la proposta consente a uno Stato membro di prendere una decisione sulla filiazione se si tratta di una decisione accessoria in una materia non centrata sulla questione della filiazione.

Più in dettaglio, il considerando n. 45 recita come segue: “Nell’interesse dell’economia processuale e dell’efficienza procedurale, se l’esito di un procedimento dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro non competente ai sensi del presente regolamento dipende dall’accertamento di una questione incidentale che rientra nell’ambito di applicazione del presente regolamento, il presente regolamento non dovrebbe impedire agli organi giurisdizionali di tale Stato membro di accertare tale questione. Pertanto, se l’oggetto del procedimento è, ad esempio, una controversia in materia di successione in cui il rapporto genitore-figlio tra il defunto e il figlio deve essere stabilito ai fini di tale procedimento, lo Stato membro competente per la controversia in materia di successione dovrebbe essere autorizzato a determinare tale questione per il procedimento pendente, indipendentemente dal fatto che sia competente per le questioni di filiazione ai sensi del presente regolamento. Tale accertamento dovrebbe essere effettuato in conformità alla legge applicabile designata dal presente regolamento e dovrebbe produrre effetti solo nel procedimento per il quale è stato effettuato”.

L’articolo 10 della proposta, coerentemente, fornisce i seguenti chiarimenti: “Questioni incidentali 1. Se l’esito di un procedimento in una materia che non rientra nell’ambito di applicazione del presente regolamento dinanzi a un’autorità giurisdizionale di uno Stato membro dipende dalla determinazione di una questione incidentale relativa alla filiazione, un’autorità giurisdizionale di tale Stato membro può determinare tale questione ai fini di tale procedimento anche se tale Stato membro non è competente ai sensi del presente regolamento. 2. L’accertamento di una questione incidentale ai sensi del paragrafo 1 produce effetti solo nel procedimento per il quale tale accertamento è stato effettuato”.

Questa disposizione è in contrasto con i principi di diritto processuale di alcuni Stati membri, come, ad esempio, l’Italia. Infatti, l’ordinamento giuridico italiano vieta che una questione in materia di filiazione sia decisa in via

incidentale. In Italia, una decisione in materia di filiazione deve essere sempre definitiva e mai incidentale. In altre parole: se nel corso del processo il giudice italiano deve accertare un rapporto di filiazione, deve farlo in modo definitivo, con effetto anche al di fuori del processo, e non può limitare la decisione sulla filiazione al processo in corso. Se il tribunale non è competente e non può decidere sulla questione della filiazione, deve sospendere il procedimento e attendere la decisione del tribunale competente. In questo modo, la legge italiana cerca di evitare l'esistenza di decisioni diverse e contraddittorie in materia di filiazione: ad esempio, a Firenze potrebbe essere stabilito che A è figlio di B in un processo sul diritto ereditario; a Taranto, invece, potrebbe essere stabilito che A non è figlio di B in un processo sul diritto al mantenimento dei figli. Questo è un effetto inaccettabile per il sistema giuridico italiano.

Allo stesso modo, sarebbe inaccettabile per l'ordinamento italiano che le stesse contraddizioni si verificassero all'interno degli Stati dell'Unione Europea (ad esempio, a Bruxelles si accerta incidentalmente che A è figlio di B; a Roma, invece, si accerta incidentalmente che A non è figlio di B). Pertanto, il Regolamento proposto dovrebbe essere modificato per prevedere un meccanismo in base al quale, quando è necessario determinare la filiazione tra due persone e il tribunale non è competente, il tribunale dovrebbe sospendere il procedimento e far sì che la questione sia decisa dal tribunale competente in modo definitivo ed efficace in qualsiasi processo, compresi i processi futuri.

**Indicazione dell'organo competente a decidere un conflitto tra autorità degli Stati membri in materia di giurisdizione:** la proposta di Reg. COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS) detta una serie di criteri per individuare la giurisdizione e la legge applicabile in materia di filiazione (articoli 6 e seguenti). Sembra necessario esplicitare nella proposta quale organo debba risolvere il conflitto tra più autorità di Stati diversi, se più di un'autorità sostiene di essere competente a decidere la controversia in materia di filiazione. L'art. 14 della proposta si limita a prevedere che la seconda autorità adita sospenda d'ufficio il procedimento fino all'accertamento della competenza dell'autorità giudiziaria adita per prima. È necessario individuare il criterio per risolvere l'antinomia in caso di conflitto positivo di competenza tra due autorità di due Stati diversi.

**Semplificare l'accesso e l'uso dell'IMI:** se la proposta Reg. UE COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS), dovesse essere approvata il sistema di interscambio IMI (*Internal market information system*) dovrebbe essere imple-



mentato. Le autorità degli Stati membri (ad esempio: uffici di stato civile, tribunali, amministrazioni pubbliche, ecc.) dovrebbero poter accedere all'IMI per mettersi in contatto con l'autorità dell'altro Stato membro che ha rilasciato il documento pubblico sulla filiazione per verificarne non solo l'autenticità, ma anche la conformità al diritto nazionale, ecc. Più in generale, si dovrebbe incoraggiare l'uso dell'IMI per lo scambio di informazioni tra le autorità di diversi Stati membri sulla filiazione legale e sociale. Le autorità locali dovrebbero poter accedere all'IMI (ad esempio, l'ufficio di stato civile locale, il tribunale locale, ecc.) senza dover necessariamente ricorrere all'intermediazione di un'autorità centrale.

**Legge applicabile in caso di PMA transfrontaliera:** È molto comune che una coppia o un singolo cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea si rechi in un altro Stato membro per accedere alla procreazione artificiale. Le ragioni che possono indurre un individuo o una coppia a trasferirsi in un altro Stato membro sono molteplici: ad esempio, la maggiore efficienza nell'applicazione della tecnica di procreazione; il maggiore risparmio economico; la migliore disciplina applicabile, che rende la procreazione artificiale accessibile anche a individui che nel loro Stato di origine non potrebbero ricorrere alla procreazione artificiale (ad esempio: coppia omosessuale; single; ecc.).

Ai sensi dell'articolo 17 della proposta di Regolamento UE. COM(2022) 695 final 2022/0402 (CNS), la legge applicabile all'accertamento della filiazione è quella dello Stato di residenza abituale di colui che partorisce al momento della nascita o, se non è possibile stabilire la residenza abituale di tale persona al momento della nascita, quella dello Stato di nascita del bambino.

Nei casi di procreazione artificiale, si può individuare un ulteriore criterio, diverso e alternativo. È ipotizzabile un criterio alternativo o aggiuntivo a quello già indicato: la legge applicabile alla filiazione infatti potrebbe essere quella che regola il consenso informato alla procreazione artificiale. Se, ad esempio, il consenso informato è stato firmato in Spagna e si applica la legge spagnola, l'accertamento della filiazione potrebbe avvenire secondo la legge spagnola. I vantaggi di una tale disposizione sarebbero significativi: ad esempio, quando una coppia italiana o un individuo italiano ricorre alla procreazione artificiale in Spagna, firmando il consenso informato in Spagna, si applicherebbe la legge spagnola e non quella italiana.

**Separazione tra atto legislativo sulla filiazione e atto legislativo sulla maternità surrogata:** La maternità surrogata è oggetto di un dibattito sia

etico che giuridico. È regolamentata in modi diversi negli Stati membri: in alcuni è consentita, a determinate condizioni (Grecia); in altri è vietata e sanzionata penalmente (Italia). Alcuni Stati membri si oppongono alla proposta di regolamento perché è ambigua: il regolamento, se approvato, potrebbe costringere gli Stati a riconoscere, registrare ed eseguire gli atti di nascita emessi dopo la maternità surrogata.

Per questo motivo, la Commissione europea potrebbe prendere in considerazione l'idea di fare ciò che è stato suggerito dal gruppo di esperti sul progetto Parentage / Surrogacy, costituito dalla Conferenza dell'Aia sul diritto internazionale privato. Il gruppo di esperti ha redatto un Final Report "*The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*". Nel rapporto, il gruppo di esperti ha concluso che, al fine di rispettare le preoccupazioni politiche di molti Stati e i diversi approcci alla maternità surrogata a livello globale, la strada più praticabile sarebbe quella di escludere la filiazione legale derivante dai c.d. ISA (maternità surrogata) dall'ambito di applicazione di uno strumento sulla filiazione legale in generale (una Convenzione) e di trattare tale filiazione legale in uno strumento separato (un Protocollo).

Lo stesso approccio potrebbe essere utilizzato dalla Commissione europea, che potrebbe presentare una proposta di regolamento sulla genitorialità e redigere un atto separato sulla maternità surrogata: quest'ultimo potrebbe prevedere un meccanismo di *opt-in* o *opt-out* da parte degli Stati membri.

La separazione dei due atti (il primo sulla filiazione, il secondo sulla maternità surrogata) avrebbe diversi vantaggi: sarebbe rispettosa delle sensibilità degli Stati membri sulla maternità surrogata; favorirebbe l'approvazione dell'atto sulla genitorialità, una volta eliminato il dubbio che sia applicabile ai casi di genitorialità derivanti dalla maternità surrogata. La legge separata sulla maternità surrogata potrebbe applicarsi anche ai casi transnazionali, anche al di fuori dell'Unione Europea.

### *Modifiche alla direttiva 2011/24/UE sull'applicazione dei diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera*

**Assistenza sanitaria transfrontaliera e procreazione artificiale:** La Direttiva 2011/24/UE sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera stabilisce che lo Stato membro garantisce che le spese sostenute per l'assistenza sanitaria di una persona assicurata in un altro Stato membro siano rimborsate dal suo Stato membro di affiliazione, a condizione che l'assistenza sanitaria in questione rientri tra le prestazioni cui ha diritto nello Stato membro di affiliazione (art. 7: "lo Stato

membro di affiliazione garantisce che le spese sostenute da una persona assicurata che riceve assistenza sanitaria transfrontaliera siano rimborsate, se l'assistenza sanitaria in questione rientra tra le prestazioni cui ha diritto nello Stato membro di affiliazione”). 7: “Lo Stato membro di affiliazione garantisce il rimborso dei costi sostenuti da un assicurato che riceve assistenza sanitaria transfrontaliera, se l'assistenza sanitaria in questione rientra tra le prestazioni a cui l'assicurato ha diritto nello Stato membro di affiliazione”; considerando 31: “La presente direttiva non intende creare un diritto al rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria fornita in un altro Stato membro, se tale assistenza non rientra tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro di affiliazione dell'assicurato”).

Anche le normative nazionali che hanno recepito la direttiva ribadiscono questo principio: il decreto attuativo italiano, ad esempio, stabilisce che l'assistenza sanitaria transfrontaliera viene erogata, all'interno del territorio nazionale italiano, nel rispetto delle scelte etiche fondamentali dello Stato italiano (in altre parole: lo Stato italiano rimborsa i costi sostenuti in un altro Stato membro per l'assistenza sanitaria, a condizione che l'erogazione dell'assistenza sanitaria sia conforme alle sue scelte etiche).

Di conseguenza, le coppie o le persone che si recano in un altro Stato membro dell'Unione per accedere alla procreazione artificiale non hanno sempre diritto al rimborso delle spese sanitarie sostenute, ma solo nei casi in cui la tecnica eseguita è consentita dalla legislazione del loro Stato. Ad esempio, le coppie di donne italiane non possono accedere alla procreazione artificiale in Italia e quindi si recano in altri Stati membri dell'Unione per accedere alla procreazione artificiale (come Spagna, Danimarca, Belgio, Francia, Austria...). Queste coppie non possono quindi ottenere il rimborso delle spese sanitarie sostenute perché l'Italia non consente la procreazione artificiale in questo scenario.

Tuttavia, l'Italia riconosce, esegue e registra gli atti di nascita stranieri con due madri (tra cui due cittadine italiane) rilasciati dopo l'accesso alla tecnica di procreazione artificiale in uno Stato estero; infatti, le autorità italiane ritengono che questi atti non siano contrari all'ordine pubblico italiano (la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Cassazione hanno stabilito che il legislatore italiano potrebbe estendere l'accesso alla procreazione artificiale anche alle coppie femminili, in quanto questa tecnica non sarebbe contraria ai principi costituzionali italiani). Sembra quindi opportuno prevedere una modifica alla Direttiva 2011/24/UE che ampli le possibilità di ottenere il rimborso delle spese sanitarie sostenute all'estero: oggi il requisito è che l'assistenza sanitaria in questione rientri tra le prestazioni a cui l'assicurato ha diritto nello Stato membro di affiliazione. Si potrebbe prevedere che la

condizione per il rimborso sia che l'assistenza sanitaria in questione non sia contraria ai principi costituzionali fondamentali, ai valori e all'identità dello Stato membro di affiliazione, o non sia contraria al suo ordine pubblico.

Questa soluzione impedirebbe l'accesso alla procreazione artificiale solo alle persone ricche, rispetto a quelle povere: in altre parole, impedirebbe la discriminazione nell'accesso alla genitorialità sulla base del reddito.

### *Informazioni sulle proprie origini nell'adozione e GDPR*

**Procedura di interpello per l'accesso terapeutico alle informazioni sulla salute dei donatori:** Come evidenziato in precedenza, è emersa la necessità di tutelare il diritto fondamentale alla salute dei bambini nati da tecniche che prevedono, a qualsiasi titolo, la procreazione artificiale e l'utilizzo di cellule per via allogenica. Riconosciuto il diritto alla salute, l'applicazione di questo diritto deve essere resa effettiva attraverso la previsione di regole per l'interrogazione del donatore e l'accesso alle informazioni a fini terapeutici. In questo modo, si persegue un duplice obiettivo: il primo è la prevenzione e il trattamento delle malattie geneticamente trasmissibili; il secondo è ricondotto alla prevenzione della riproduzione tra consanguinei.

Per questi motivi, la strategia suggerita è la modifica della disciplina contenuta nel GDPR nella parte relativa alle informazioni sullo stato di salute, senza però prevedere una modifica della disciplina sull'accesso ai dati del GDPR nella parte relativa ai dati personali relativi all'identità del donatore, a meno che il donatore non acconsenta espressamente.

La procedura di interpellanza deve garantire e tutelare sia i diritti del richiedente che quelli del donatore.

## **B. POLICY RACCOMANDATE PER I GIUDICI E LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE PER LA PREVENZIONE DEL DOWNGRADING**

### *Spazio applicativo della clausola di ordine pubblico*

L'autorità "ricevente" (amministrativa o giudiziaria) deve interpretare la clausola dell'ordine pubblico nel modo seguente:

**Ordine pubblico ed effetti dell'atto:** L'attuale formulazione dell'articolo 31 della proposta di regolamento prevede che il riconoscimento di una decisione giudiziaria sia rifiutato dall'autorità ricevente "se, tenuto conto dell'interesse dei minori, è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello

Stato membro in cui è invocato”; disposizioni analoghe sono previste nella sezione relativa al riconoscimento degli atti pubblici con effetti giuridici vincolanti (articolo 39) o degli atti pubblici senza effetti giuridici vincolanti (articolo 45).

Sembra opportuno valutare se una formulazione più efficace di queste norme possa prevedere che il riconoscimento di un atto straniero sia negato se i suoi effetti sono contrari all’ordine pubblico. Una formulazione simile è prevista, ad esempio, nel diritto internazionale privato italiano: ai sensi dell’art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218, infatti, “1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza necessità di procedimento quando (...) g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico”. Applicando quest’ultima formulazione, l’autorità di uno Stato membro che deve decidere se riconoscere un atto emesso in un altro Stato membro non deve valutare in astratto se le disposizioni straniere poste a fondamento giuridico dell’atto straniero siano contrarie all’ordine pubblico; allo stesso modo, non deve valutare se i presupposti di fatto che hanno preceduto la formazione dell’atto siano contrari all’ordine pubblico; l’autorità ricevente, invece, deve solo verificare se gli effetti che tale atto produrrebbe nell’ordinamento interno sarebbero contrari all’ordine pubblico.

Così, ad esempio, nel caso in cui un atto di nascita o una sentenza siano stati formati dopo che i genitori committenti hanno fatto ricorso alla maternità surrogata, l’autorità che riceve l’atto non deve valutare la compatibilità tra la legislazione straniera sulla maternità surrogata e l’ordine pubblico, né deve esaminare i presupposti di fatto del processo di maternità surrogata (gratuità, onerosità, ecc.); invece, l’autorità deve solo valutare se gli *effetti* dell’atto (cioè l’attribuzione della genitorialità alle persone indicate su di esso) sono conformi all’ordine pubblico.

Studiando le tecniche di interpretazione della giurisprudenza nazionale e analizzando i precedenti giudiziari, sono emersi diversi approcci alla clausola di ordine pubblico. Mentre nei casi di filiazione di fatto e funzionale, ad esempio la kafala, la clausola di ordine pubblico è stata applicata senza considerare l’istituto ma solo gli effetti nella protezione del minore, ciò non è avvenuto nei casi di filiazione intenzionale, dove la clausola è stata applicata all’istituto e non agli effetti. Pertanto, la strategia da attuare consiste nell’applicazione conforme dell’ordine pubblico, sempre (soltanto) agli effetti e mai al presupposto.

**Linee guida e formazione:** si raccomanda lo sviluppo di linee guida interpretative sulla clausola dell’ordine pubblico generale, alla luce dell’interesse superiore del minore, a partire dai valori della comunità internazionale. Si

suggerisce la realizzazione di corsi di formazione per le autorità amministrative e giudiziarie sull'applicazione di questa clausola.

### *Interpretazione dell'istituto straniero della filiazione/genitorialità e della distinzione tra presupposto ed effetto*

**Competenza tecnica:** Su questo punto si suggeriscono due strategie, a seconda dei casi.

Sarebbe opportuno richiedere una perizia tecnica ogni qualvolta si chieda il riconoscimento degli effetti di atti e pronunce straniere in materia di filiazione con procedure e tecniche vietate nello Stato in cui si procede al riconoscimento; sollecitare il giudice del procedimento di riconoscimento per l'acquisizione di pareri di esperti stranieri in materia, in modo da ottenere un ragguaglio attendibile sul piano professionale, scientifico e accademico; è quindi necessario disporre di informazioni attendibili sull'istituto straniero acquisito, considerata la provenienza da tradizioni giuridiche anche diverse da quella occidentale, in considerazione delle leggi nazionali che lo consentono.

Al contrario, nelle giurisdizioni in cui quanto sopra non può essere fatto a causa del diritto processuale interno, si raccomanda che il tribunale e l'autorità amministrativa considerino puntualmente la connessione tra il gap linguistico e il gap scientifico: la traduzione letterale e la sussunzione di un'istituzione straniera all'interno delle categorie conosciute dal sistema di destinazione è considerata insufficiente.

Allo stesso modo, il ricorso a traduttori non specializzati nella materia è ritenuto insufficiente.

Inoltre, la sussunzione della categoria straniera all'interno di categorie generali formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dello Stato ricevente è considerata inappropriata, ma si deve fare riferimento in effetti alla legge dello Stato di partenza "come se" il tribunale stesse applicando la legge di questo Stato.

### ***Prevenzione del downgrading***

#### **Prevenzione del "downgrading" transfrontaliero dello status di minore:**

In alcuni Paesi esiste un sistema di adozione "mite" o "semi-mite", come in Francia e in Italia, dove l'adozione è prevista in casi particolari dall'art. 44 l. 184/83: questo tipo di adozione è applicabile, ad esempio, ai casi di adozione del figlio del partner (si tratta del s.c. "minore"). 44 l. 184/83: questo

tipo di adozione è applicabile, ad esempio, ai casi di adozione del figlio del partner (si tratta della c.d. *step parent* o *stepchild adoption*).

Quando una sentenza straniera di adozione del figlio del partner viene trascritta in Italia, l'ufficiale di stato civile italiano applica la legge italiana all'adozione straniera registrata (con la conseguente produzione degli effetti giuridici previsti dalla legge italiana): in sostanza, l'adozione straniera del figlio del partner (ad esempio, l'adozione francese, che in Francia produce effetti pieni e costituisce un rapporto parentale uguale a tutti gli altri) viene riconosciuta in Italia come adozione "semiparentale" o "mite". Si verifica quindi un *downgrading*, cioè una compressione dei diritti del minore: il passaggio dalla frontiera francese a quella italiana genera una riduzione dei diritti del minore che, viceversa, si riespandono una volta che il minore rientra in Francia. Questo fenomeno si verifica anche nei casi di adozione da parte della persona singola: in Italia, l'adozione straniera della persona singola subisce un *downgrading*: si applica la disciplina dell'"adozione mite" di cui all'art. 44 l. 184/1983. 44 l. 184/1983 si applica a questo istituto, anche se all'estero, dove è stata istituita, l'adozione è piena.

Il fenomeno del *downgrading* è un serio ostacolo alla circolazione delle persone, delle famiglie e degli status. È quindi opportuno che gli operatori del diritto (ufficiali di stato civile, giudici, ecc.), quando devono registrare, riconoscere o eseguire un atto straniero in materia di filiazione, si assicurino che il bambino nello Stato ricevente abbia gli stessi diritti di cui gode nello Stato di origine.

In altre parole, non basta che ci sia una circolazione di status, ma è necessario che questi status circolino in modo efficace e completo, senza *downgrading*.

Una soluzione alternativa al fenomeno del *downgrading* potrebbe essere quella di prevedere una norma che imponga agli Stati di attribuire alcuni effetti giuridici minimi quando riconoscono la filiazione legale (ad esempio, diritti equivalenti a quelli derivanti dalla filiazione legale stabilita dalle norme di diritto interno; oppure solo alcuni diritti, come la cittadinanza, la responsabilità genitoriale o gli alimenti).

### *Raccomandazioni sul dialogo con le Corti europee*

Per l'implementazione e l'efficacia del dialogo tra le Corti, si raccomandano diverse strategie:

- 1) l'attuazione del Protocollo d'uso 16 par. CEDU;
- 2) uso del rinvio interlocutorio: il rinvio interlocutorio alla Corte di giustizia dell'Unione europea non dovrebbe essere utilizzato come strumento

di interpretazione della clausola di ordine pubblico, in quanto non è di sua competenza, ma può suggerire di utilizzarlo per verificare il rapporto tra il diritto processuale interno e l'attuazione delle raccomandazioni contenute nel documento programmatico.

### *Distinzione tra ordine pubblico e identità nazionale*

**Distinzione tra clausole generali e concetti giuridici vaghi:** Si raccomanda un uso attento e differenziato delle clausole generali, compresa la clausola dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale: l'ordine pubblico non deve essere usato come sinonimo di identità nazionale; se si vuole opporre l'identità nazionale come limitazione, si devono opporre i contro-limiti.

Allo stesso modo, l'identità nazionale deve essere distinta dalla clausola generale dell'interesse superiore del minore. Tuttavia, si raccomanda un uso attento della clausola, in quanto tali interessi non possono diventare "tiranni" rispetto ad altri in gioco, relativi ad altri soggetti, potenzialmente vulnerabili per ragioni diverse dall'età e quindi dalla condizione di vulnerabilità del minore.

### *Direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*

**Genitorialità sociale e parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro:** La direttiva 2000/78/CE stabilisce un quadro generale per la lotta alla discriminazione basata sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale in materia di occupazione e impiego, al fine di attuare negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

In molti Stati, il mancato riconoscimento giuridico della famiglia produce discriminazioni di vario tipo: tra queste, la discriminazione in ambito lavorativo e assistenziale. Ad esempio, il genitore sociale non ha accesso a permessi o congedi lavorativi per potersi occupare del figlio nei casi in cui questo sia malato, o abbia una malattia invalidante, o una disabilità, ecc.

Le autorità nazionali dovrebbero quindi interpretare il diritto nazionale in conformità con la direttiva 2000/78/CE e quindi disapplicare il diritto nazionale che produce discriminazioni nei confronti dei genitori sociali nel mondo del lavoro.



**ANALISI DEI MODELLI DI  
REGOLAMENTAZIONE DELLA  
GENITORIALITÀ SOCIALE**



# CAPITOLO ITALIA\*

## *Discipline, statuti e leggi citate*

1. Codice civile (R.D. 16 marzo 1942, n. 262);
2. Codice di procedura civile (R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443);
3. Codice di procedura penale (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447);
4. Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930 n. 1398);
5. Costituzione della Repubblica Italiana;
6. Diritto del bambino a una famiglia (L. 4 maggio 1983, n. 184)
7. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004, n. 40);
8. Nuove norme sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi (L. 7 agosto 1990, n. 241);
9. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (L. 20 maggio 2016, n. 76);
10. Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando gli obblighi di presentazione di determinati documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012;
11. Regolamento presidenziale sulla popolazione residente (D.P.R. 30 maggio 1989, n. 233);
12. Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile (D.P.R. 396/2000);
13. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (L. 31 maggio 1995, n. 218);
14. Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

## *Abbreviazioni*

App.	Corte d'Appello
Corte cost.	Corte Costituzionale
C.c.	Codice civile
C.p.	Codice penale
C.p.c.	Codice di procedura civile
C.p.p.	Codice di procedura penale

---

\* This chapter represents one of the results of the research activity carried out by the University of Milano-Bicocca Unit. In particular, Dr. S.P. Perrino and Dr. G. Cardaci contributed to this chapter under the direction and supervision of Prof. G. Iorio.

Cass.	Corte di Cassazione
D.l.	Decreto legge
D.Lgs.	Decreto legislativo
D.p.r.	Decreto del Presidente della Repubblica Italiana
R.d.	Regio decreto
Reg.	Regolamento europeo
Trib.	Tribunale

### *Sommario*

- I. Principi e definizioni generali sulla famiglia e la genitorialità
  - A. Le principali tappe del diritto di famiglia italiano
    - 1. La famiglia nel Codice civile fascista del 1942
    - 2. La famiglia nella Costituzione italiana del 1947
    - 3. Le sentenze della Corte costituzionale degli anni '60 e '70
    - 4. Le riforme degli anni '70 e '80
    - 5. La riforma del 2012
    - 6. L'introduzione delle unioni civili e delle unioni registrate nel 2016
    - 7. La pluralità dei modelli familiari nel diritto italiano di oggi
  - B. La nozione di “genitorialità” e la sua evoluzione nel tempo nell'ordinamento giuridico italiano
    - 1. Genitorialità basata sulla presunzione di legge (nel caso di un figlio nato durante il matrimonio)
    - 2. Genitorialità basata sul riconoscimento
    - 3. Genitorialità basata sulla volontà (adozioni)
    - 4. Genitorialità basata sul consenso o su fatti concludenti dei genitori (procreazione medicalmente assistita)
- II. I principi del “Favor veritatis” e del “Favor minoris”
  - A. Favor veritatis
  - B. Favor minoris
- III. Le tipologie di genitorialità nel diritto di famiglia italiano
  - A. Genitorialità sociale
    - 1. Definizione di genitorialità sociale ed esempi
    - 2. La tutela delle forme di genitorialità sociale in Italia
  - B. Genitorialità di fatto
  - C. Genitorialità intenzionale

#### IV. Documenti pubblici sulla genitorialità

- A. Ufficio di stato civile e atti di stato civile
- B. L'anagrafe della popolazione ("anagrafe italiana") e i certificati di popolazione
- C. Il contenuto dell'atto di nascita
- D. Documenti pubblici relativi alla genitorialità sociale e alla genitorialità di fatto
- E. Accesso ai documenti pubblici

#### V. Presunzioni di legge e genitorialità

- A. Le presunzioni che regolano l'attribuzione della paternità nel caso di un figlio nato o concepito durante il matrimonio
- B. Superamento delle presunzioni attraverso un'azione di disconoscimento della paternità
- C. L'uso della prova del DNA e il suo valore probatorio
- D. L'assenza di presunzioni in caso di filiazione durante l'unione civile

#### VI. Adozioni

- A. Adozione di minore (sotto i diciotto anni)
  - 1. Il diritto del minore a una famiglia
  - 2. I requisiti di chi vuole adottare
  - 3. Le esigenze del minore
  - 4. Le fasi di adozione
  - 5. La prima fase
  - 6. La seconda fase
  - 7. La terza fase
  - 8. Gli effetti dell'adozione
  - 9. Irrevocabilità dell'adozione
  - 10. L'obbligo di informazione in materia di adozione
  - 11. Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini
- B. Adozione in casi speciali
  - 1. Panoramica
  - 2. I "casi speciali"
  - 3. Accertamento dell'interesse superiore del minoew
  - 4. Effetti dell'adozione
  - 5. Revoca dell'adozione
- C. Adozione di maggiorenne
  - 1. Funzione
  - 2. Prerequisiti
  - 3. Necessità del consenso
  - 4. Procedimenti

5. Effetti dell'adozione
  6. Possibilità di revoca dell'adozione
  - D. Adozione per coppie dello stesso sesso
    1. Inammissibilità dell'adozione piena o esterna
    2. Ammissibilità della *stepparent* o *stepchild adoption*
    3. Ammissibilità della registrazione di adozioni straniere
  - E. Adozione per persone sole
  - F. Documenti pubblici relativi all'adozione
- VII. Tecniche di procreazione medicalmente assistita
- A. La legislazione sulla procreazione medicalmente assistita e le sue finalità
  - B. Requisiti per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita
    1. Requisiti oggettivi
    2. Requisiti soggettivi
    3. Tecniche consentite o vietate
    4. La procedura di fecondazione medicalmente assistita
    5. Termine per la revoca del consenso da parte del padre e della madre intenzionali
    6. Lo status del minore nato tramite la procreazione assistita
    7. Trattamenti riproduttivi post mortem
    8. Accesso alla procreazione medicalmente assistita durante la crisi di coppia o dopo il divorzio
    9. Accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie di donne dello stesso sesso
  - C. *Embryosharing*
    1. Ammissibilità della tecnica
    2. Le ragioni della mancanza di un quadro giuridico sulla *embryosharing*
    3. Non ammissibilità della condivisione degli embrioni
    4. La soluzione proposta dal Comitato Nazionale per la Bioetica: l'embrio-adozione
    5. La non ammissibilità dell'embrio-adozione nell'attuale quadro giuridico
    6. Filiazione transfrontaliera per embrio-adozione
- VIII. Maternità surrogata
- A. Il divieto di maternità surrogata
  - B. Registrazione di un atto di nascita straniero derivante da una maternità surrogata
  - C. I genitori che richiedono la registrazione dell'atto di nascita non commettono il reato di "alterazione di stato civile".

- IX. Discriminazione legata alla genitorialità
- A. Discriminazione nell'accesso all'adozione semplice
  - B. Discriminazione nell'accesso all'adozione di maggiorenne
  - C. Discriminazione nell'accesso alla procreazione assistita
    - 1. Discriminazione causata da requisiti soggettivi
    - 2. Discriminazione causata dall'età
    - 3. Discriminazione causata dalla condizione economica
    - 4. Discriminazione nel caso di malattie ereditarie e geneticamente trasmissibili
  - D. Discriminazione dei diritti dei minori
    - 1. Figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio
    - 2. Bambini adottati
    - 3. Bambini nati attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita permesse o vietate in Italia
    - 4. Figli incestuosi
    - 5. Bambini adottati in "casi speciali"
- X. Norme generali sul riconoscimento dei documenti pubblici
- A. Il riconoscimento dei documenti pubblici relativi alla genitorialità
    - 1. Atti pubblici o certificati relativi alla genitorialità
    - 2. Adozione e provvedimenti parentali
  - B. La clausola di ordine pubblico
    - 1. La precedente teoria della Corte di Cassazione
    - 2. La teoria attuale della Corte di Cassazione
    - 3. La regola per cui la valutazione in materia di ordine pubblico deve essere effettuata considerando il "miglior interesse del minore".
    - 4. Il principio secondo cui la mera diversità tra diritto interno e diritto straniero non costituisce un motivo di contrasto con l'ordine pubblico.
    - 5. Il principio secondo cui l'oggetto della valutazione della conformità all'ordine pubblico è l'effetto giuridico dell'atto e non il suo antecedente fattuale o il diritto straniero.
  - C. Atti pubblici relativi alla genitorialità che non sono stati riconosciuti, eseguiti o registrati nei registri di stato civile
    - 1. Certificati di nascita con due madri
    - 2. Certificati di nascita rilasciati dopo la maternità surrogata
    - 3. *Stepchild adoption* in coppie dello stesso sesso
    - 4. Adozione completa per le coppie omosessuali
    - 5. Adozione da parte di un solo genitore
  - D. Costi del mancato riconoscimento della filiazione stabilita in un altro Stato

## XI. Effetti del mancato riconoscimento della filiazione stabilita in un altro Stato

### A. Violazione dei diritti del minore

1. Violazione del diritto del minore alla vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU (assenza di diritti ereditari, rappresentanza legale, permessi di lavoro, ecc.)
2. Violazione del diritto del minore all'identità personale ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione e dell'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo.
3. Violazione del diritto alla bigenitorialità ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
4. Violazione del diritto del bambino alla non discriminazione sulla base della sua nascita, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

### B. Violazione dei diritti del secondo genitore (genitore sociale)



## I. Principi e definizioni generali su famiglia e genitorialità

### A. Le principali tappe del diritto di famiglia italiano

La legge italiana non definisce espressamente il concetto di “famiglia”: come osservava un giurista del passato, Carlo Arturo Jemolo, nel suo saggio *La famiglia e il diritto*, “La famiglia è un’isola che il mare del diritto deve solo lambire”<sup>1</sup>, un aforisma divenuto molto famoso tra gli studiosi italiani di diritto di famiglia.

Lo dimostrano i significativi cambiamenti del diritto di famiglia italiano nel corso del tempo. Questi cambiamenti sono stati apportati sia da riforme legislative, sia da sentenze della Corte Costituzionale, sia da una giurisprudenza che può essere considerata radicale nel corso del XX secolo e del 2000.

È possibile descrivere le tappe evolutive del concetto di famiglia come segue<sup>2</sup>.

#### 1. La famiglia nel Codice civile fascista del 1942

L’idea della preminenza dell’uomo sulla donna e del padre sulla madre, all’interno della famiglia, è presente nel codice civile fascista del 1942: lo Stato autoritario, durante il fascismo, non accetta più di fermarsi alle soglie della famiglia, in accordo con l’idea, in voga all’epoca, che “l’individuo non esiste se non in quanto è nello Stato”. Lo Stato, in sostanza, riteneva suo dovere proteggere alcuni soggetti più deboli all’interno della famiglia: da qui la previsione di leggi che affidano ai magistrati il potere di intervenire (anche d’ufficio) per risolvere i problemi relativi agli interessi materiali e spirituali dei minori. Questo spiega la creazione del tribunale dei minori (nel 1934) e del giudice tutelare (nel 1939).

#### 2. La famiglia nella Costituzione italiana del 1947

L’entrata in vigore della Costituzione italiana ha portato un’importante ventata di novità anche nel diritto di famiglia. Sono tre gli articoli che trattano specificamente l’argomento<sup>3</sup>:

- L’articolo 29 della Costituzione prevede: “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (1 comma). Il matrimonio è ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica

<sup>1</sup> Si veda C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, III-1949, Jovene, 2017.

<sup>2</sup> G. IORIO, *Corso di diritto privato*, Giappichelli, 2022, 963 ss.

<sup>3</sup> G. IORIO, *Corso di diritto privato*, Giappichelli, 2022, 963 ss.

dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare (2 comma)". Viene sancito il principio fondamentale dell'uguaglianza tra i coniugi, che troverà piena consacrazione con la Riforma del diritto di famiglia del 1975.

- L'articolo 30 della Costituzione, poi, stabilisce che "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (1 comma). In caso di incapacità dei genitori, la legge prevede che siano assolti i loro compiti (2 comma). La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima (3 comma). La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità (4 comma)". L'innovazione è evidente: il matrimonio si fonda sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Inoltre, ai figli naturali (cioè nati fuori dal matrimonio) viene assicurata ogni tutela giuridica e morale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. È da notare come, sotto quest'ultimo aspetto, la legge costituzionale stabilisca una gerarchia tra la famiglia 'legittima' (a cui viene riconosciuta una preminenza) e la famiglia 'naturale'; attualmente, però, non è più possibile parlare di famiglia 'legittima' e, quindi, la gerarchia prevista dalla Costituzione deve considerarsi superata.
- L'articolo 31 della Costituzione proclama che "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose (1 comma). Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (2 comma)". La Costituzione, in questo modo, ammonisce il legislatore a garantire la protezione della madre dal momento del concepimento ai primi mesi di vita del bambino. La madre lavoratrice, in particolare, è destinataria di una triplice forma di tutela: tutela lavorativa (che impedisce il licenziamento della donna dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età); tutela fisica (che impone limiti quantitativi e qualitativi al lavoro durante il periodo della gravidanza e dell'allattamento); tutela economica (che si traduce, tra l'altro, nella previsione di indennità per la madre lavoratrice durante il periodo di astensione dal lavoro).
- L'articolo 2 della Costituzione, per il quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. La norma costituzionale, nel riferirsi alle 'formazioni sociali', non si riferisce solo alla famiglia tradizionale, cioè quella fondata sul matrimonio, ma anche ad

altre famiglie (come quelle fondate sull'unione civile, sul contratto di convivenza o sulla convivenza di fatto).

### 3. Le sentenze della Corte costituzionale degli anni '60 e '70

I principi costituzionali sulla famiglia, d'altra parte, non sono stati attuati immediatamente: solo alla fine degli anni Sessanta è stato stabilito un indirizzo (normativo e giurisprudenziale) per rendere operativo il dettato costituzionale all'interno della famiglia.

In particolare, nel 1968, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle norme che, in tema di separazione, consideravano l'adulterio del marito in modo diverso da quello della moglie<sup>4</sup>. Una precedente sentenza aveva dichiarato illegittima la diversa configurazione dei reati di adulterio commessi dall'uomo o dalla donna<sup>5</sup>.

Ancora, nel 1970, la Corte Costituzionale dichiarò illegittimo il diverso trattamento giuridico dei mariti e delle mogli separate, nella parte in cui stabiliva che il marito era sempre obbligato a provvedere agli alimenti, mentre la moglie era obbligata a farlo solo se il marito non aveva mezzi sufficienti per farlo<sup>6</sup>. E ancora, sono state eliminate alcune discriminazioni tra figli "legittimi" e "naturali" in materia di successione<sup>7</sup>.

### 4. Le riforme degli anni '70 e '80

Anche il legislatore, in quegli anni, ha svolto un ruolo fondamentale: nel 1970 è stata introdotta la legge sul divorzio (legge n. 898 del 1.12.1970, e successive modifiche); nel 1975, poi, c'è stata una riforma organica di ampi settori del diritto di famiglia (legge n. 151 del 19.5.1975).

Queste le principali innovazioni introdotte dal legislatore nel 1975, alcune delle quali saranno riprese nella trattazione che segue: innalzamento dell'età richiesta per contrarre matrimonio; revisione delle cause di invalidità del matrimonio; piena parità tra uomo e donna nella gestione della famiglia e nell'esercizio della potestà genitoriale (ora chiamata "responsabilità genitoriale"); abolizione della separazione per "colpa", che ora può essere pronunciata con "addebito" nei confronti di uno dei coniugi; introduzione della comunione degli "acquisti" come regime patrimoniale legale tra i coniugi; sostanziale (anche se non completa) parità di trattamento tra

<sup>4</sup> Corte Costituzionale, n. 127/1968.

<sup>5</sup> Corte Costituzionale, n. 126/1968; con sentenza n. 147/1969, lo stesso reato di adulterio è stato cancellato.

<sup>6</sup> Corte Costituzionale, n. 133/1970.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, n. 205/1970, n. 79/1969.

figli “naturali” e “legittimi”; riconoscimento anche alla madre e al figlio dell’azione di disconoscimento della paternità.

## 5. La riforma del 2012

E ancora, la legge 10.12.2012, n. 219, recante “Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”, ha definitivamente affermato il principio dell’uguaglianza giuridica di tutti i figli, indipendentemente dal fatto che siano nati nel matrimonio o al di fuori di esso (l’art. 1 della legge n. 219/2012 prevede espressamente la sostituzione delle parole “figli legittimi” e “figli naturali”, ovunque ricorrano nel codice civile, con la parola “figli”; il nuovo art. 315 del codice civile stabilisce che “tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”).

## 6. L’introduzione delle unioni civili e delle unioni registrate nel 2016

Fino al 2016 non esisteva uno statuto generale per la famiglia non matrimoniale. Dopo un lungo e travagliato percorso, il Parlamento ha approvato la legge n. 76 sulla “regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso” e la “disciplina delle convivenze”. La legge dimostra la graduale evoluzione che si è avuta intorno al fenomeno famiglia: dal matrimonio come società naturale giuridicamente tutelata dall’articolo 29 della Costituzione, si è arrivati all’“arcipelago famiglia”, all’interno del quale sono tutelate anche le altre formazioni sociali protette dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

## 7. La pluralità dei modelli familiari nel diritto italiano di oggi

Oggi, alla luce dell’evoluzione del diritto di famiglia, è possibile affermare che esiste una pluralità di modelli familiari tutelati dall’ordinamento giuridico italiano. Essi sono:

- 1) La famiglia fondata sul matrimonio, disciplinata dal Codice Civile;
- 2) La famiglia fondata sull’unione civile tra persone dello stesso sesso, disciplinata dalla legge 76 del 2016;
- 3) La famiglia fondata sulla convivenza di fatto, disciplinata dalla legge 76 del 2016;
- 4) La famiglia anagrafica, disciplinata dall’art. 4 del DPR n. 223 del 30.05.1989;
- 5) La famiglia di fatto, il cui legame non è in alcun modo formalizzato da un documento, un contratto, un atto formale;

## B. La nozione di “genitorialità” e la sua evoluzione nel tempo nell’ordinamento italiano

La legge italiana non fornisce una definizione specifica di genitorialità. Tuttavia, è possibile delineare le tipologie di genitorialità esistenti nell’ordinamento italiano e il loro fondamento come segue:

### 1. Genitorialità basata sulla presunzione di legge (nel caso di un figlio nato durante il matrimonio)

Se due persone sono sposate, i genitori sono: 1) colei che ha partorito il bambino (la madre); 2) il marito. L’articolo 231 del Codice civile prevede infatti una “presunzione legale” di paternità, per cui “il marito è il padre del bambino concepito o nato durante il matrimonio”. È tuttavia possibile dimostrare che il padre non è il marito attraverso l’azione legale nota come “azione di disconoscimento del figlio”. È quindi possibile stabilire che il bambino non è stato concepito dal marito della madre. Si presume che il bambino sia stato concepito durante il matrimonio quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell’annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232, § 1, Codice civile).

### 2. Genitorialità basata sul riconoscimento

Se due persone non sono sposate, i genitori sono: 1) colei che ha partorito il bambino (la madre) e che dichiara di riconoscerlo come proprio figlio; 2) l’uomo che dichiara di riconoscerlo come proprio figlio (art. 250 c.c.).

Il rapporto giuridico tra i genitori non sposati e il bambino si crea attraverso un atto solenne chiamato “riconoscimento del nato” o attraverso un’azione giudiziaria dello Stato. Per la creazione del rapporto giuridico, quindi, è necessaria un’iniziativa personale: dei genitori, nel caso di riconoscimento del figlio; del figlio, o delle altre persone qualificate, nel caso di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

### 3. Genitorialità basata sul testamento (adozioni)

Nell’ordinamento italiano, l’adozione è disciplinata dalla legge n. 184 del 1983. Si tratta di uno strumento giuridico che consente di stabilire una relazione genitoriale tra due adulti e un bambino. La genitorialità prescinde da un legame genetico tra genitori e figli (vedi sotto per ulteriori dettagli sulle adozioni italiane).

#### 4. Genitorialità basata sul consenso o su fatti concludenti dei genitori (procreazione medicalmente assistita)

Nell'ordinamento italiano, la procreazione medicalmente assistita è disciplinata dalla legge n. 40 del 2004. L'articolo 8 della legge prevede che, in caso di fecondazione eterologa, il genitore non sia il donatore del gamete (gamete maschile o ovocita), ma i genitori che hanno dato il consenso informato alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Anche in questo caso, la genitorialità non deriva da un legame genetico tra genitori e figli (si veda più avanti per ulteriori dettagli sulla legge italiana sulla procreazione artificiale).

## II. I principi del “Favor veritatis” e del “Favor minoris”.

I concetti di “*favor veritatis*” e “*favor minoris*” sono noti nella letteratura e nella giurisprudenza italiana.

### A. Favor veritatis

Il “*favor veritatis*” esprime il concetto per cui, quando si deve stabilire se esiste un rapporto parentale e filiale tra due persone (genitore e figlio), deve essere considerata e prevalere la “verità”, intesa come verità biologica. In base al “*favor veritatis*”, in altre parole, la filiazione si stabilisce solo attraverso un legame biologico tra genitore e figlio.

Le seguenti regole costituiscono esempi di *favor veritatis*:

- 1) Il fatto che il figlio possa proporre l'azione di riconoscimento di paternità senza limiti di tempo, cioè senza un termine. L'imprescrittibilità dell'azione di riconoscimento della paternità nei confronti del figlio costituisce una conferma del fatto che il *favor veritatis* è riconosciuto, nella legislazione vigente e nella coscienza sociale, come principio giuridico essenziale in materia di status personale<sup>8</sup>.
- 2) La madre è colei che partorisce (cioè che fa nascere il bambino) (art. 269 c.c.);

---

<sup>8</sup> Cass., 21 febbraio 2018, n. 4194. Con un'importante precisazione, però, da parte della giurisprudenza più recente: in materia di riconoscimento di paternità, non si può stabilire una rigida prevalenza del *favor veritatis* sul *favor minoris*. Occorre invece trovare un equilibrio tra il diritto all'identità personale (legato all'affermazione della verità biologica) e l'interesse alla certezza dello status e alla stabilità delle relazioni familiari. Tale bilanciamento non può essere frutto di una valutazione astratta, essendo necessario un concreto accertamento del superiore interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione alle esigenze di uno sviluppo armonico sotto il profilo psicologico, affettivo, educativo e sociale (Cass., 6 marzo 2019, n. 6517; si veda anche Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272).

3) Ciascuno dei coniugi e i loro eredi possono provare che il figlio nato dopo i trecento giorni successivi all'annullamento, allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio è stato concepito durante il matrimonio (art. 234, § 1, Codice civile). L'articolo 234 del Codice civile si ispira al principio del *favor veritatis*, consentendo di provare una gestazione eccezionalmente lunga, anche superiore ai trecento giorni; ciò consente di operare la presunzione di cui all'articolo 231 del Codice civile, che può essere eliminata solo con un'azione di disconoscimento.

## B. Favor minoris

Il "*favor minoris*" esprime il concetto per cui, quando si deve stabilire se esiste un rapporto di filiazione e genitorialità tra due soggetti, è possibile superare la verità biologica per far prevalere l'interesse del minore. In altre parole, grazie al *favor minoris*, è possibile derogare alla regola della verità biologica (secondo cui i genitori sono coloro che hanno un legame genetico o biologico con il bambino). Numerose norme italiane sono espressione del *favor minoris*. Il *favor veritatis* (inteso come verità biologica) si è attenuato sulla base di norme introdotte nel corso degli anni, che hanno creato un insieme di disposizioni in virtù delle quali esistono forme di genitorialità non basate sul dato biologico, in cui prevale il dato volontario o socio-affettivo<sup>9</sup>. Alcuni esempi significativi, tra i tanti possibili, del favore verso il riconoscimento della genitorialità separata dal legame biologico nell'ordinamento italiano sono:

1) Articolo 8 della Legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita eterologa (cioè la procreazione artificiale con donazione di un gamete da parte di un uomo o di una donna): in base a questa disposizione, il genitore non è il donatore del gamete, ma chi ha firmato il consenso alla tecnica di procreazione artificiale; quindi, la relazione genitoriale prescinde dal legame genetico e si basa sulla firma del documento sanitario (consenso informato) o, in alternativa, su "fatti concludenti"

---

<sup>9</sup> Con un'importante precisazione, però, da parte della giurisprudenza più recente: in materia di disconoscimento di paternità, non si può stabilire una rigida prevalenza del *favor veritatis* sul *favor minoris*. Occorre invece trovare un equilibrio tra il diritto all'identità personale (legato all'affermazione della verità biologica) e l'interesse alla certezza dello status e alla stabilità delle relazioni familiari. Tale bilanciamento non può essere frutto di una valutazione astratta, essendo necessario un concreto accertamento del superiore interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione alle esigenze di uno sviluppo armonico sotto il profilo psicologico, affettivo, educativo e sociale (Cass., 6 marzo 2019, n. 6517; si veda anche Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272).

posti in essere dai genitori intenzionali; allo stesso tempo, questa disposizione impedisce al donatore di gameti di essere padre o madre del bambino.

- 2) Art. 250, par. 4, del Codice Civile, che non consente il riconoscimento del figlio da parte del genitore, e quindi l'attribuzione della paternità, in un momento successivo alla nascita, quando ciò possa essere contrario all'interesse del minore, o possa costituire un elemento di disturbo di un processo educativo in atto e di relazioni familiari ormai stabili (ci si riferisce al caso in cui, ad esempio, l'atto di nascita sia stato formato indicando solo la madre e, mesi o anni dopo, il padre intenda riconoscere il bambino come proprio figlio);
- 3) L'art. 244, comma 4, del Codice civile italiano prevede che il genitore che ha riconosciuto il figlio dopo la nascita assumendolo come genitore biologico può disconoscere la paternità entro il termine di 5 anni dalla nascita dei figli; di conseguenza, scaduto il termine, il figlio mantiene un genitore che non è quello biologico<sup>10</sup>. L'art. 244, comma 4, del

---

<sup>10</sup> In giurisprudenza si è infatti ritenuto, proprio con riferimento all'azione di disconoscimento, con affermazioni di principio valide anche nel caso di specie, che: "Il principio del *favor veritatis* deve essere perseguito quando non sia in contrasto con il *favor minoris*: l'art. 30 della Costituzione non attribuisce alla verità biologica un valore indefettibilmente preminente rispetto alla verità giuridica". Trib. Genova, 6 ottobre 2015, in *dejure*, per cui "il giudice – chiamato a decidere sull'azione di disconoscimento della paternità (legittima) promossa nei confronti di un figlio minore – deve quindi valutare l'interesse di quest'ultimo al fine di evitare che l'eventuale modifica dello "status" familiare possa pregiudicare l'equilibrio affettivo, psicologico ed educativo esistente"; cfr. Cass. n. 3529/2000: "Il *favor veritatis* non è un valore di assoluto rilievo costituzionale, tanto più che l'art. 30 della Costituzione conferisce al legislatore ordinario il potere di attuare, in una materia delicata come quella dello status personale e familiare, un giusto e proficuo bilanciamento tra l'esigenza di verità e quella di certezza"; Cass. 20254/2006: "Nonostante l'accentuato fervore per assicurare la conformità dello "status" alla realtà della procreazione – chiaramente espresso nella progressiva estensione legislativa delle ipotesi di accertamento della verità biologica – il "*favor veritatis*" non costituisce un valore di assoluto rilievo costituzionale da affermare in ogni caso, posto che l'art. 30 della Costituzione non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente al dettato delle regole e dei limiti per la ricerca della paternità", ha delegato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di stabilire le condizioni e le modalità per l'affermazione di quest'ultima, affidandogli così la valutazione generale della soluzione più idonea alla realizzazione dell'interesse del minore"; App. Milano, 18 marzo 1997: "Il giudice chiamato a decidere sull'azione di disconoscimento della paternità (legittima) promossa nei confronti di un figlio minore, deve valutare l'interesse di quest'ultimo ai fini dell'esigenza di evitare che un eventuale mutamento dello "status" della famiglia possa pregiudicarne l'equilibrio affettivo, psicologico ed educativo"; cfr. più recentemente: Cass. 8617/2017, secondo cui "il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale da affermare in ogni caso, atteso che l'art. 30 non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella giuridica"; questa giurisprudenza, più che assolutizzare il principio della verità della filiazione, ha privilegiato l'interesse concreto del minore (nel caso di specie il pubblico ministero, senza valutare la posizione del minore interessato, chiede al tribunale di nominare un curatore speciale affinché possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità.



- Codice Civile, in altri termini, prevede un termine entro il quale può essere proposta l'azione di disconoscimento di paternità: tale termine è volto a “cristallizzare” un legame parentale anche se di fatto non esiste alcun legame genetico o biologico tra questi e il figlio (es. il marito di un bambino nato all'interno del matrimonio è presuntivamente considerato il padre e quindi indicato nell'atto di nascita; se scopre che la moglie ha avuto una relazione adulterina nove mesi prima della nascita, può intentare un'azione di disconoscimento, ma entro un termine fissato dalla legge, oltre il quale il rapporto di filiazione è cristallizzato anche in assenza di un rapporto biologico);
- 4) Art. 263, commi 3 e 4, del Codice civile, che impedisce all'autore del riconoscimento di un figlio nato fuori dal matrimonio, o agli altri legittimati, di impugnare tale atto per mancanza di veridicità una volta trascorsi cinque anni dalla sua annotazione sull'atto di nascita: anche in questo caso, la norma blocca un rapporto di filiazione legale e non biologico nell'interesse del minore;
  - 5) Legge 184 del 1984, sull'adozione, in cui si crea un rapporto di filiazione a prescindere dal dato biologico sulla base della disponibilità dei genitori adottivi ad assumere le funzioni genitoriali (sia nel caso di adozione piena che di adozione in casi particolari).

### III. Le tipologie di genitorialità nel diritto di famiglia italiano

Tutte le norme ora viste portano a concludere che nell'ordinamento italiano la genitorialità legale – cioè il rapporto genitoriale che si forma sulla base della legge (per un elemento volontaristico) – è un sistema alternativo e complementare alla genitorialità biologica<sup>11</sup>. Questa affermazione è confermata dall'articolo 30 della Costituzione, norma che tutela tutte le forme di genitorialità. La giurisprudenza ha evidenziato, inoltre, che la filiazione legale non coincide necessariamente con la discendenza genetica, come si evince dall'art. 30, comma 4, della Costituzione. Nel nostro ordi-

---

I giudici del marito stabiliscono che il marito non è il padre biologico del bambino nato durante il matrimonio. La Cassazione, tuttavia, annulla la sentenza d'appello, in quanto i giudici non hanno valutato la capacità di discernimento del bambino.

<sup>11</sup> *Nascita in U.S.A. mediante fecondazione eterologa: autorizzazione alla trascrizione, in Italia, del certificato di nascita*, in *Stato civ. it.*, 2011, 10, 17: “Alla luce dell'animus del legislatore, si può affermare che ciò che va tutelato è, senza dubbio, l'unità e l'intangibilità della famiglia: pertanto, lo ius veritatis non può rimanere fine a se stesso e assoluto, ma deve essere strumentale alla tutela della prole e delle relative situazioni socio-familiari. Più precisamente, è rilevante il favor affectio-nis: questo aspetto può ben identificarsi con il consenso eterologo ed essere inteso come socialmente rilevante in termini di responsabilità formale e sostanziale e, quindi, costituire lo ius legitimatis”.

namento giuridico, quindi, esiste una genitorialità biologica (del donatore del seme e dell'ovocita) e una genitorialità affettiva e psicologica<sup>12</sup>.

Anche la Corte di Cassazione ha affermato che “il favor veritatis non è un valore di assoluta rilevanza costituzionale”<sup>13</sup>.

## A. Genitorialità sociale

### 1. Definizione di genitorialità sociale ed esempi

La genitorialità sociale è la relazione tra genitore e figlio senza un legame genetico, biologico o gestazionale. Alcuni esempi di genitorialità sociale sono:

- Adozione: anche in questo caso, un rapporto di filiazione senza legami genetici e biologici può essere stabilito tramite adozione (legge n. 184 del 4 maggio 1983);
- Procreazione medicalmente assistita (omologa o eterologa): in questo caso manca un patrimonio genetico condiviso, quando si ricorre ad alcuni tipi di procreazione artificiale in cui si utilizzano gameti o ovuli appartenenti a donatori esterni alla coppia. In tal caso, i pazienti possono utilizzare nel trattamento di fecondazione assistita un ovulo o un gamete donato o entrambe le cellule riproduttive ottenute da donatori anonimi, volontariamente e gratuitamente; sebbene non vi sia alcun legame genetico o biologico tra genitori e figli, la genitorialità ha copertura legale nei casi appena citati: la madre è colei che ha dato il consenso ai trattamenti e che partorisce dopo la procreazione assistita, ai sensi dell'art. 269, comma 3, del Codice Civile; il padre è colui che ha acconsentito, insieme alla madre, all'esecuzione dei trattamenti in questione, ai sensi degli artt. 6 e 8, l. n. 40/2004.

---

<sup>12</sup> App. Perugia, 21 novembre 2019, p. 10 ss, punto 5.1, in tema di formazione di un atto di nascita con due madri a seguito di PMA: “il nostro ordinamento giuridico non prevede un modello di genitorialità basato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore e il figlio nato: a causa sia dell'evoluzione scientifico-tecnologica, sia dell'evoluzione del costume e della cultura, esso configura oggi tre diverse tipologie di genitorialità (cioè di attribuzione del relativo status, che è quello che qui interessa): quella della procreazione naturale, quella dell'adozione legale (l. 184/83 e quella da PMA (l. 40/2004), e quella da PMA (l. 40/2004).cioè l'attribuzione del relativo status, che è quello che qui interessa): quella della procreazione naturale, quella dell'adozione legale (l. 184/83 e quella per PMA (l. 40/2004), di cui solo la prima è ancorata al dato biologicogenetico mentre nelle altre due, talvolta definite forme di genitorialità 'sociale' e affettiva, prevale il dato volontaristico, essendo ferma l'identità di status”; nello stesso senso: App. Trento, 16 gennaio 2020, p. 14 s.; nello stesso senso, sempre in un caso identico, Trib. Rimini, 25 gennaio 2020, p. 4; Trib. Cagliari 28 aprile 2020, p. 10 ss.

<sup>13</sup> Corte di Cassazione, n. 3529/2000.

- Maternità surrogata (in questo caso, i genitori sono esclusivamente i genitori intenzionali; la portatrice gestazionale o i donatori di gameti non sono i genitori);

Dall'esemplificazione e dall'elencazione, il giurista può individuare due componenti rilevanti per la costruzione di una categoria unitaria: la prima, identificata in positivo, riguarda l'assunzione della responsabilità genitoriale come scelta consapevole e responsabile del genitore. La seconda, identificata in negativo, riguarda la mancanza e l'irrilevanza del medesimo patrimonio genetico o biologico tra entrambi i genitori e il figlio.

La filiazione sociale si differenzia dalla filiazione prevista dal Codice civile italiano per altri aspetti rilevanti. Più precisamente, si differenzia dalla filiazione fuori dal matrimonio perché il principio di verità o *favor veritatis* non è un principio centrale della disciplina e del fenomeno; a differenza della filiazione nel matrimonio, non viene attribuita alcuna rilevanza al matrimonio, se non come requisito soggettivo per l'accesso ad alcuni istituti compresi nella categoria, come alcune tipologie di adozione.

## 2. La tutela delle forme di genitorialità sociale in Italia

Le forme di genitorialità sociale sono talvolta regolamentate dal legislatore italiano: è il caso, ad esempio, della legge n. 184 del 4 maggio 1983 sulle adozioni, o della legge n. 40 del 19 febbraio 2004 sulla procreazione assistita.

In altri casi, come vedremo in seguito, è stata la giurisprudenza a tutelare alcune forme di genitorialità sociale. Ad esempio, la giurisprudenza ha tutelato la genitorialità sociale:

- dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa, che ha reso possibile il ricorso alla fecondazione con gameti e ovuli di donatori esterni alla coppia<sup>14</sup>;
- estendendo l'ambito di applicazione delle norme sulle adozioni in casi particolari (articolo 44 della legge 184 del 1984) alle coppie dello stesso sesso<sup>15</sup>;

<sup>14</sup> Corte cost., n. 162/2014.

<sup>15</sup> Cass., n. 19599/2016; Cass., n. 14878/2017; App. Torino, 29 ottobre 2014; per ulteriori sentenze, si veda *articolo29.it*; la giurisprudenza ha attribuito rilevanza giuridica alla relazione di fatto, significativa e stabile tra il partner e il figlio dell'altro partner, con un'interpretazione innovativa dell'articolo 44, lettera d), della legge 184/1983. Secondo la nuova interpretazione, il presupposto applicativo dell'impossibilità di affidamento preadottivo del minore, previsto dalla legge, va inteso come impossibilità di fatto e anche di diritto: l'accertata impossibilità di affidamento preadottivo, quindi, non dipende solo dal dichiarato stato di abbandono, ma anche da un impedimento giuridico all'affidamento preadottivo del minore, determinato dall'assenza dello stato di abbandono, che consente di dare rilievo alla situazione di fatto illustrata.

- ammettendo che l'atto di nascita possa essere formato con l'indicazione del padre, anche se quest'ultimo è deceduto quando la madre è stata fecondata all'estero dal suo seme con procedure di procreazione medicalmente assistita (in sostanza, violando il divieto italiano di fecondazione dopo la morte del marito)<sup>16</sup>;

## B. Genitorialità di fatto

La genitorialità “*di fatto*” esiste quando una persona si prende cura di un bambino, agendo come genitore, in assenza di un legame giuridico formale con quel bambino. Questo può accadere, ad esempio:

- Quando il nuovo partner di un uomo o di una donna si prende cura del figlio nato da un precedente matrimonio.
- Quando un parente o un amico assume un ruolo genitoriale nei confronti di un minore;

Il ruolo genitoriale è da intendersi come l'assunzione delle funzioni genitoriali (cura, educazione, mantenimento) di cui alle norme italiane sulla filiazione (art. 147 c.c.)<sup>17</sup>.

In questi casi, si parla di genitorialità “*di fatto*”, perché non c'è alcun legame né tutela giuridica del rapporto.

In questi casi, gli strumenti di tutela che consentono di creare un legame giuridico tra il bambino e il genitore di fatto sono:

- 1) Adozione in casi particolari (art. 44 della legge italiana sull'adozione), per la quale è necessario il consenso dei genitori legali o biologici (si veda sotto);
- 2) Sentenza ai sensi dell'art. 333 del Codice civile, con la quale il giudice può adottare provvedimenti a favore del minore, compresi quelli relativi alla frequentazione con una persona che ha assunto il ruolo genitoriale. L'art. 333 c.c. mira a tutelare il minore da qualsiasi tipo di condotta ingiusta del genitore legale: questa norma può assicurare la tutela giuridica del rapporto sociale tra un minore e il suo semplice “genitore sociale” che non lo ha adottato per motivi quali la mancanza dei requisiti, consentendo al genitore sociale di presentare un reclamo al Tribunale; il Tribunale può emettere un ordine al genitore legale che lo obbli-

<sup>16</sup> In particolare, a seguito dell'utilizzo da parte della paziente di embrioni crioconservati dopo la morte del marito, la giurisprudenza ha attribuito la paternità al marito, anche se deceduto prima dell'impianto e del concepimento, nonostante il divieto e la sanzione amministrativa previsti per le tecniche di fecondazione artificiale per le coppie i cui membri non sono entrambi viventi.

<sup>17</sup> L'attuale formulazione dell'articolo 147 del Codice civile (Doveri verso i figli) prevede il dovere dei genitori di provvedere al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio, secondo le loro inclinazioni, capacità e aspirazioni.

ga a far incontrare, educare, mantenere, andare in vacanza i figli con il genitore sociale/de facto, ecc. Questa regola è stata applicata anche alle famiglie omosessuali.

### C. Genitorialità intenzionale

Un genitore intenzionale è colui che intende mettere al mondo un figlio e assumere un ruolo, una funzione e un comportamento genitoriale nei suoi confronti. Per esempio:

- 1) Genitori che intendono accedere alla procreazione medicalmente assistita e sottoporsi a trattamenti medici;
- 2) Genitori che intendono accedere alla maternità surrogata;
- 3) Genitori che intendono adottare.

## IV. Documenti pubblici sulla genitorialità

### A. Ufficio di stato civile e atti di stato civile

La legge non definisce cosa sia lo stato civile. La letteratura ritiene che sia “l’insieme degli status personali che costituiscono la personalità giuridica di una persona fisica”<sup>18</sup> o, in termini più chiari, l’insieme degli status di cittadino (cittadinanza, nascita, matrimonio, unione civile e morte).

La funzione del servizio di stato civile è quella di accertare tali status attraverso la registrazione amministrativa in atti pubblici di tutti gli eventi, le dichiarazioni e le manifestazioni di volontà e i fatti giuridici che costituiscono, modificano o estinguono le condizioni e le situazioni personali relative ai suddetti status. L’accertamento di tali status avviene attraverso specifici atti giuridici denominati “atti di stato civile” (atto di nascita; atto di cittadinanza; atto di matrimonio; atto di unione civile; atto di morte).

Nell’ordinamento italiano, questa funzione è svolta dall’ufficiale di stato civile, che opera presso l’ufficio di stato civile, situato in ogni comune (art. 1 D.P.R. 396/2000).

### B. L’anagrafe della popolazione (“anagrafe italiana”) e i certificati di popolazione

Esiste una distinzione tra i fatti e le informazioni registrate che rientrano nella nozione ristretta di “stato civile” (come menzionato sopra:

---

<sup>18</sup> L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Vallardi, 1942, 40. Non dissimile era stata in precedenza la definizione di Coviello, *De’ giudicati di stato*, in *Arch. giur.*, 1891, XLVII, 153, secondo cui “lo stato è la personalità stessa dell’uomo vista nei suoi rapporti con la società politica e la famiglia”.

nascita, morte, matrimonio, unione civile, cittadinanza) e che sono registrati negli “archivi di stato civile” e documentati nei “registri di stato civile”, e altri fatti o informazioni personali registrati che non rientrano in questa nozione, ma che si riferiscono comunque alla stessa persona.

Questi fatti, relativi a una persona, sono registrati anche altrove, come nei “registri anagrafici”: ad esempio, il domicilio o la residenza di una persona sono registrati nei registri anagrafici istituiti in ogni comune italiano dall’ufficiale di stato civile<sup>19</sup>.

Il DPR 233/1989 disciplina l’anagrafe della popolazione residente, i registri anagrafici e l’ufficiale d’anagrafe.

L’articolo 1 prevede che l’anagrafe della popolazione residente sia la raccolta sistematica di tutte le posizioni relative alle persone fisiche, alle famiglie e alle coppie conviventi che hanno stabilito la propria residenza nel comune<sup>20</sup>. L’anagrafe contiene: a) schede individuali: relative all’individuo residente nel comune, contenenti i dati anagrafici e lo status dell’individuo<sup>21</sup>; b) schede familiari, relative al nucleo familiare stabilito nel comune<sup>22</sup>; c) schede di convivenza, relative ai conviventi, anche non legati da un rapporto di affetto<sup>23</sup>.

L’ufficiale d’anagrafe rilascia documenti pubblici chiamati “certificazioni anagrafiche” che riportano i fatti e le condizioni registrate nelle schede individuali, nelle schede di famiglia o nelle schede di convivenza. Ad esempio, l’ufficiale rilascia il certificato di nascita, il certificato di morte, il certificato di residenza, il certificato di famiglia, ecc.

---

<sup>19</sup> Ma questi dati sono registrati anche in altri archivi pubblici, come quelli fiscali.

<sup>20</sup> Così come le posizioni delle persone senza fissa dimora che hanno stabilito il loro domicilio nel Comune

<sup>21</sup> Secondo l’articolo 20: “Ogni persona residente nel comune deve avere una scheda individuale intestata, sulla quale deve indicare cognome, nome, sesso, data e luogo di nascita, codice fiscale, cittadinanza e indirizzo di residenza. Sulla tessera devono essere indicati anche i seguenti dati: paternità e maternità ed estremi dell’atto di nascita, stato civile ed eventi modificativi, nonché gli estremi dei relativi atti, il cognome e il nome del coniuge (o della parte dell’unione civile), la professione o la condizione extraprofessionale, il titolo di studio, gli estremi della carta d’identità, il domicilio digitale, la condizione di senza fissa dimora”.

<sup>22</sup> Secondo l’art. 21: “Per ogni famiglia residente deve essere compilata una scheda di famiglia, nella quale devono essere indicate le posizioni anagrafiche relative alla famiglia e alle persone che la compongono”.

<sup>23</sup> Secondo l’articolo 22: “Per ogni convivente residente nel comune deve essere compilata una scheda di convivenza, nella quale devono essere indicate le posizioni anagrafiche relative a tale convivente e ai conviventi, il tipo e il nome della convivenza e il nome della persona che la gestisce. Per ogni coppia convivente residente nel comune deve essere compilata una scheda di convivenza, secondo il modello predisposto dall’Ufficio Centrale di Statistica, in cui devono essere indicate le posizioni anagrafiche relative alla coppia convivente e quelle dei conviventi residenti”.

Nel 2022 è stata istituita l'anagrafe online della popolazione residente: in altre parole, è stata creata una banca dati nazionale accessibile telematicamente, attraverso la quale tutti possono richiedere e scaricare online i certificati anagrafici<sup>24</sup>. Non è quindi più necessario recarsi fisicamente all'anagrafe del Comune di residenza o collegarsi al sito web del proprio Comune, ma è sufficiente accedere al portale telematico per ottenere istantaneamente i certificati anagrafici relativi alla persona, alla famiglia e alla convivenza. Tutti i Comuni italiani fanno parte dell'anagrafe nazionale.

### C. Il contenuto dell'atto di nascita

Il contenuto dell'atto di nascita è determinato dall'articolo 29 del Regolamento di Stato Civile (DPR 396/2000), il cui titolo è "atto di nascita" e prevede: "Nell'atto di nascita sono indicati il luogo, l'anno, il mese, il giorno e l'ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori (del figlio nato nel matrimonio nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio) e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell'articolo 35. 3. Se il parto è plurimo, se ne fa menzione in ciascuno degli atti indicando l'ordine in cui le nascite sono seguite. 4. Se il dichiarante non dà un nome al bambino, vi supplisce l'ufficiale dello stato civile".

Il certificato di nascita non indica quindi se il bambino è nato naturalmente (tramite un rapporto sessuale) o artificialmente (tramite procreazione medicalmente assistita o maternità surrogata). Viene indicato se il bambino è nato nel matrimonio o fuori dal matrimonio, anche se la legislazione attuale non discrimina più tra figli "legittimi" e "naturali", cioè tra figli nati nel matrimonio o fuori dal matrimonio. L'indicazione deriva dall'utilizzo di formule ministeriali per la redazione degli atti di nascita che non sono state aggiornate dall'ultima riforma.

Sul certificato di nascita vengono poi annotati alcuni "eventi" della vita dell'intestatario, come ad esempio: l'adozione, il matrimonio, l'unione civile e il loro scioglimento, il riconoscimento come figlio dopo la nascita da parte del padre o della madre<sup>25</sup>; in questo caso, ci sono annotazioni suc-

---

<sup>24</sup> Il portale è accessibile a questo link: <https://www.anagrafenazionale.interno.it/>.

<sup>25</sup> L'art. 43 del DPR 396/2000 contiene una norma specifica per il riconoscimento del figlio dopo la nascita: (Annotazioni) 43 del DPR 396/2000 contiene una norma specifica per il riconoscimento del figlio dopo la nascita: (Annotazioni) 1. La dichiarazione di riconoscimento di un figlio (nato fuori dal matrimonio), resa ai sensi dell'articolo 254 del Codice civile, deve essere annotata nell'atto di nascita.

cessive che vengono scritte sul certificato di nascita, che rappresenta una sorta di “biografia legale” della persona<sup>26</sup>.

L'ordine dei genitori indicato sul certificato di nascita, sia nel caso di una coppia di sesso diverso che di una coppia dello stesso sesso, è irrilevante (ad esempio, l'ordine in cui due padri o due madri sono indicati su un certificato di nascita è irrilevante e non indica il fatto che il primo genitore sia biologicamente legato al bambino e il secondo no).

#### D. Documenti pubblici relativi alla genitorialità sociale e alla genitorialità di fatto

Come già detto, l'atto di nascita (nei registri di stato civile) e il certificato di nascita (nei registri anagrafici) hanno un contenuto standard e non vengono fornite informazioni sulla tecnica di procreazione (naturale o artificiale), né sul legame (biologico, genetico, gestazionale): la madre, ad

---

<sup>26</sup> L'art. 49 del DPR 396/2000 contiene una norma generale sulle annotazioni da apporre sugli atti di nascita: “1. Negli atti di nascita devono essere annotati i seguenti elementi: a) i provvedimenti di adozione e di revoca; b) i provvedimenti di revoca o di cessazione dell'affiliazione; c) gli avvisi di apertura e di cessazione della tutela, salvo i casi di interdizione legale; d) i decreti di nomina e di revoca del tutore o del curatore provvisorio in pendenza del procedimento di interdizione o di inabilitazione; e) le sentenze di interdizione o inabilitazione e quelle di revoca; f) gli atti di matrimonio e le sentenze da cui risulti l'esistenza del matrimonio, gli atti di costituzione dell'unione civile, registrati anche ai sensi dell'articolo 70-octies, comma 5, e le sentenze da cui risulti l'esistenza dell'unione civile; g) le sentenze che pronunciano la nullità, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (e quelle che pronunciano la nullità o lo scioglimento dell'unione civile) g-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati o autorizzati, conclusi tra i coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale per la cessazione degli effetti civili del matrimonio e lo scioglimento del matrimonio (e quelli conclusi tra le parti dell'unione civile al fine di raggiungere una soluzione consensuale per lo scioglimento dell'unione civile) g-ter) gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (e quelli di scioglimento dell'unione civile) ricevuti dall'ufficiale di stato civile; (5) h) le ordinanze della Corte d'appello di cui all'articolo 17 della legge 27 maggio 1929, n. 847. 847 del 27 maggio 1929, e le sentenze che pronunciano l'annullamento della trascrizione di un matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto; i) gli atti e i provvedimenti relativi all'acquisto, alla perdita, alla rinuncia o al riacquisto della cittadinanza italiana; j) le sentenze dichiarative di assenza o di morte presunta e quelle che, ai sensi dell'art. 67 c.c., dichiarano l'esistenza delle persone di cui è stata dichiarata la morte o ne accertano la morte; k) gli atti di riconoscimento (di un figlio nato fuori dal matrimonio), in qualsiasi forma; l) le domande di impugnazione del riconoscimento, quando ne è disposta l'annotazione, e le sentenze di rigetto; m) le sentenze che pronunciano la nullità o l'annullamento dell'atto di riconoscimento; n) LETTERA CANCELLATA DALLA P.R. 30 GENNAIO 2015, N. 26; o) le sentenze che dichiarano o disconoscono che il figlio è nato nel matrimonio; p) i provvedimenti che determinano il cambiamento o la modifica del nome o del cognome della persona cui l'atto si riferisce; quelle che determinano il cambiamento o la modifica del cognome della persona da cui l'intestatario dell'atto ha derivato il cognome, salvo i casi in cui detto intestatario, se maggiorenne, abbia esercitato il diritto di conservare il cognome precedentemente posseduto; q) le sentenze relative al diritto di usare uno pseudonimo; r) gli atti di morte; s) le ordinanze di rettifica relative all'atto già iscritto o trascritto nei registri”.



esempio, viene indicata come tale senza ulteriori dettagli, anche se non ha alcun legame genetico con il bambino perché c'è stata una maternità surrogata, una procreazione artificiale o assistita con ovodonazione, o un'adozione.

La genitorialità sociale, invece, è documentata da atti di vario genere e natura (come atti giudiziari, o amministrativi come certificati, o atti privati) che in alcuni casi costituiscono la genitorialità. Ad esempio:

- in caso di adozione, l'atto costitutivo della genitorialità è la sentenza di adozione (sia essa adozione piena o esterna, adozione in casi particolari o adozione di un adulto); la sentenza di adozione viene annotata sull'atto di nascita del bambino o dell'adulto;
- nel caso di procreazione medicalmente assistita, il presupposto costitutivo della genitorialità è il documento contenente il consenso informato a sottoporsi alla procreazione artificiale, firmato da entrambi i genitori previsti;
- nel caso della maternità surrogata, l'atto costitutivo della genitorialità è necessariamente un documento pubblico straniero (in quanto illegale in Italia ai sensi dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004): di solito, si tratta di un provvedimento giudiziario chiamato "sentenze pre-natalizie" con il quale un tribunale attribuisce la genitorialità ai genitori intenzionali e la estingue per la gestante e il suo partner e l'eventuale donatore di gameti;
- nel caso di una famiglia registrata, la parentela è indicata in un certificato chiamato "certificato di stato di famiglia", che indica l'appartenenza alla stessa "famiglia registrata". L'appartenenza alla stessa famiglia anagrafica conferisce ai membri della famiglia determinati diritti e doveri (attribuiti dagli statuti)

## E. Accesso ai documenti pubblici

Sebbene i registri di stato civile e di anagrafe siano documenti pubblici, non sono accessibili a chiunque. L'accesso completo è riservato solo agli ufficiali di stato civile (per gli atti di stato civile) e ai funzionari della popolazione (per gli atti di popolazione), nonché alle autorità giudiziarie.

In alcuni casi, anche i privati possono avere accesso al contenuto degli atti di stato civile e di anagrafe, ma con delle limitazioni. In particolare, l'accesso al contenuto degli atti di stato civile è consentito con il rilascio di:

- 1) estratti in copia integrale, solo in presenza di un interesse giuridicamente rilevante che deve essere dichiarato dal richiedente (art. 107 DPR 396/2000)

2) estratti per riassunto, che possono essere rilasciati a chiunque, tenendo conto dei limiti di legge (ad esempio in materia di adozioni) (art. 108 DPR 396/2000)

3) certificati, che possono essere rilasciati a chiunque (art. 108 D.P.R. 396/2000).

L'accesso ai certificati anagrafici (residenza, stato di famiglia e ogni altro dato contenuto nell'archivio anagrafico, con alcune eccezioni) è consentito a chiunque ne faccia richiesta, previa identificazione del richiedente (art. 33 D.P.R. 223/1989).

## V. Presunzioni di legge e genitorialità

### A. Le presunzioni che regolano l'attribuzione della paternità nel caso di un figlio nato o concepito durante il matrimonio

Nell'ordinamento giuridico italiano, la madre è colei che partorisce e dà alla luce il bambino. Infatti, l'articolo 269 del Codice civile prevede che "La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre".

In alcuni casi, la filiazione del padre è determinata sulla base di una presunzione legale: in particolare, si presume che il marito sia il padre del bambino concepito o nato durante il matrimonio. La regola fondamentale, che si basa su una presunzione, è infatti la seguente: "Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio" (art. 231 del Codice civile). È possibile intentare un'azione di disconoscimento del figlio, cioè far stabilire che il bambino non è stato concepito dal marito della madre (ad esempio perché la moglie ha concepito il figlio con un altro uomo).

Quando il figlio è concepito durante il matrimonio? Esiste un'altra presunzione: si presume che un figlio sia stato concepito durante il matrimonio quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232, § 1, Codice civile)<sup>27</sup>.

Coerente con il sistema delle presunzioni, stabilito dal Codice Civile, è la norma sulla formazione dell'atto di nascita: se la partoriente è coniu-

---

<sup>27</sup> La presunzione, invece, non opera quando sono trascorsi trecento giorni dalla pronuncia della separazione personale o dall'omologazione della separazione consensuale, o dalla data di comparizione dei coniugi davanti al giudice, quando i coniugi sono stati autorizzati a vivere separatamente durante il procedimento di separazione, annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232, § 2, Codice civile).

gata, le sue generalità e quelle del marito sono indicate nell'atto di nascita (art. 30 DPR 396/2000).

Ciascuno dei coniugi e i loro eredi possono provare che il figlio nato dopo i trecento giorni successivi all'annullamento, allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio è stato concepito durante il matrimonio (articolo 234, comma 1, del Codice civile). Allo stesso modo, possono provare il concepimento durante la convivenza quando il figlio è nato dopo i trecento giorni successivi alla sentenza o all'accordo di separazione (articolo 234, comma 2, del Codice civile). In ogni caso, il figlio può provare di essere stato concepito durante il matrimonio (art. 234, terzo comma, del Codice civile). L'art. 234 c.c. si ispira al principio del *favor veritatis*, consentendo di provare una gestazione durata eccezionalmente, anche oltre i trecento giorni; ciò consente di operare la presunzione di cui all'art. 231 c.c., che può essere annullata solo attraverso l'azione di disconoscimento, di cui ci occuperemo ora.

## B. Superare le presunzioni con un'azione di disconoscimento della paternità

L'azione di disconoscimento della paternità di un figlio nato nel matrimonio può essere proposta dal marito, dalla madre e dal figlio stesso (art. 243-bis, co. 1, c.c.; è esclusa la legittimazione di altri soggetti).

Si noti come, a differenza di quanto previsto prima della riforma del diritto di famiglia apportata dal D.Lgs. 154/2013, per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità non è più richiesta la sussistenza di specifici presupposti (quali adulterio, impotenza, non convivenza). Ciò corrisponde a una visione più moderna dell'istituto, al quale si può ricorrere anche in casi prima sconosciuti (basti pensare che l'azione di disconoscimento della paternità è stata ammessa nei nostri tribunali nei casi in cui la fecondazione eterologa è avvenuta all'insaputa del marito)<sup>28</sup>.

## C. L'uso della prova del DNA e il suo valore probatorio

Chi propone l'azione ha il diritto di provare che non esiste alcun rapporto di filiazione tra il bambino e il presunto padre (art. 243-bis, comma

<sup>28</sup> Cass., 11 luglio 2012, n. 11644; Cass., 28 marzo 2017, n. 7965.

2, c.c.). La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità (art. 243-bis, comma 3, c.c.). È quindi necessario fornire la prova che il bambino abbia caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre (o, comunque, altra prova idonea a dimostrare che il concepimento non è avvenuto da parte del marito della madre). È possibile effettuare il test del DNA, anche se nessuno può essere obbligato a sottoporsi al test del DNA; il rifiuto di sottoporsi al test, tuttavia, può essere un indice presuntivo da cui dedurre l'esistenza o meno di un rapporto di genitorialità biologica.

Di particolare importanza sono oggi gli esami ematologici e genetici, che richiedono una perizia<sup>29</sup>. Si tratta di indagini che possono essere effettuate, con particolare cautela, anche dopo la morte del soggetto di cui si vuole accertare la paternità<sup>30</sup>. Va anche detto, però, che la sola compatibilità biologica tra il presunto genitore e il presunto figlio non è sufficiente a dichiarare la paternità, in quanto le conclusioni che scaturiscono da tali indagini sono soggette a errori, anche utilizzando gli strumenti più sofisticati. Di conseguenza, i dati devono essere integrati con ulteriori elementi, anche presuntivi: la frequentazione o l'accertamento di una relazione tra il presunto padre e la madre durante il periodo del concepimento, la presenza partecipativa del presunto padre alla gestazione, il suo coinvolgimento nella scelta del nome del bambino, la sua preoccupazione per le condizioni di salute del bambino<sup>31</sup>. Tra le indagini immunoematologiche e le prove storiche degli indici enumerati non esiste un rapporto di subordinazione, in virtù del principio della libertà di prova<sup>32</sup>.

La parte rimane libera di opporsi al prelievo dei campioni necessari per l'esperimento probatorio; tuttavia, dalle ragioni di tale rifiuto il giudice può trarre elementi per la sua decisione<sup>33</sup>.

#### D. L'assenza di presunzioni in caso di filiazione durante l'unione civile

Se un figlio nasce durante l'unione civile, viene riconosciuto:

- come figlio esclusivamente della madre partoriente in caso di procreazione artificiale (anche se la madre partoriente non ha alcun legame

---

<sup>29</sup> Cass., n. 13880/2017.

<sup>30</sup> Trib. Milano, 31 maggio 2016.

<sup>31</sup> Cass., n. 15201/2017.

<sup>32</sup> Cass., n. 783/2017.

<sup>33</sup> Cass., n. 24292/2016; Cass., n. 6025/2015.

genetico con il bambino, ad esempio perché l'ovocita è stato donato dal suo partner) (vedi sotto per ulteriori dettagli);

- come figlio esclusivamente del padre o della madre biologici, in caso di maternità surrogata (vedi sotto per ulteriori dettagli);

Poiché in Italia non è consentito alcun tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali, se queste hanno dei figli, non si può presumere che siano figli di entrambi i genitori che fanno parte dell'unione civile. Questa è una delle differenze più significative tra unione civile e matrimonio. In altre parole, nelle unioni civili non operano le presunzioni di paternità (art. 1, legge n. 76 del 2016 sull'unione civile delle coppie dello stesso sesso, che prevede esplicitamente che la disciplina sulla filiazione prevista dal Codice civile non si applica alle coppie dello stesso sesso).

## VI. Adozioni

L'Italia riconosce diverse forme di adozione, che verranno esaminate di seguito. La disciplina dell'adozione è contenuta nella legge n. 184 del 1983 e, per quanto riguarda l'adozione di una persona maggiorenne, nel Codice Civile (art. 291 e seguenti). Si può anticipare che si tratta di adozioni molto diverse tra loro: hanno requisiti diversi e producono effetti diversi. Un dato comune a tutte le adozioni è che l'autorità che pronuncia la sentenza di adozione è sempre un tribunale (nel caso di adozione di minori, il Tribunale per i minorenni; nel caso di adozione di maggiorenni, il Tribunale ordinario): l'adozione, quindi, in tutti i casi, rappresenta la fase finale di un processo giudiziario.

### A. Adozione di minore (sotto i diciotto anni)

#### 1. Il diritto del minore a una famiglia

La legge sull'adozione (legge n. 184/1983) parte da un presupposto fondamentale: "il minore ha il diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

C'è la consapevolezza, quindi, che la famiglia è il luogo in cui si può meglio provvedere ai bisogni del bambino, secondo i suoi desideri, le sue attitudini e la sua personalità. A tal fine, è previsto che il giudice segnali ai Comuni "le situazioni di indigenza dei nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia" (art. 79-bis l. n. 184/1983, inserito dal d.lgs.

n. 155/2013). I servizi sociali devono attuare interventi di sostegno alla famiglia per consentire la permanenza del minore nella famiglia di origine.

Allo stesso tempo, il legislatore riconosce che, talvolta, la famiglia non è in grado di svolgere (nonostante il sostegno pubblico: art. 31, comma 1, Cost.) alcun ruolo di mantenimento, assistenza, educazione e istruzione nei confronti del minore. Ciò può dipendere da una serie di fattori: assenza di genitori e parenti, gravi malattie e disturbi da parte loro, problemi materiali ed economici, arretratezza culturale e così via.

Quando si verificano queste circostanze, l'istituto dell'adozione di minori ha lo scopo di supplire all'impossibilità e/o all'incapacità educativa della famiglia d'origine, inserendo il figlio minore nella sua nuova famiglia.

Le norme sull'adozione sono in linea con la Costituzione, secondo la quale “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti” (art. 30, 2° comma, Cost.). E ancora: la Repubblica “protegge (...) l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo” (art. 31, 2 comma, Cost.).

L'adozione, quindi, è disposta per supplire all'incapacità permanente e definitiva della famiglia di svolgere la sua funzione educativa<sup>34</sup>: il bambino o l'adolescente riceve una nuova famiglia, mentre viene eliminato il legame con quella originaria. In particolare, viene eliminato il rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore, mentre si crea un nuovo rapporto di filiazione (filiazione adottiva) con i genitori adottivi. La procedura di adozione esclude la possibilità di scegliere un bambino specifico da adottare.

## 2. I requisiti di chi vuole adottare

Proprio per la sua funzione, l'adozione richiede che gli adottanti siano fisicamente e moralmente idonei a educare, istruire e mantenere il minore abbandonato: devono cioè avere determinati requisiti (art. 6 della legge n. 184/1983). L'adozione è consentita ai coniugi in possesso dei seguenti requisiti:

- a) devono essere sposati da almeno tre anni. Non deve esserci stata separazione personale tra i coniugi, nemmeno di fatto, negli ultimi tre anni;
- b) i coniugi devono avere un'età compresa tra i 18 (minimo) e i 45 (massimo) anni rispetto al bambino da adottare (questo divario di età può tuttavia essere derogato in alcuni casi specifici e in ogni caso quando la mancata adozione causerebbe un grave danno al bambino);

---

<sup>34</sup> Si veda Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, che considera l'adozione come “l'ultima spiaggia”.

- c) i coniugi devono essere “effettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i figli che intendono adottare”.

### 3. Le esigenze del bambino

L'adottato deve (artt. 7-8 legge n. 184/1983)

- a) avere meno di diciotto anni;
- b) sono stati dichiarati in stato di adottabilità, che può essere pronunciata quando il bambino si trova in stato di abbandono.
- c) Lo stato di abbandono sussiste quando:
- d) il minore è privo di cure materiali e morali da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedere al suo mantenimento;
- e) l'impossibilità di fornire assistenza materiale e morale non è dovuta a cause di forza maggiore di natura transitoria. La forza maggiore non sussiste se i genitori o i parenti rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali e tale rifiuto è ritenuto ingiustificato dal tribunale<sup>35</sup>.

Si parla di stato di abbandono anche quando i genitori e i parenti sono sconosciuti o deceduti.

L'adottato, se ha compiuto dodici anni, deve essere sempre ascoltato; l'audizione può essere disposta, indipendentemente dall'età del minore, in relazione alla sua capacità di discernimento. Per l'adozione, invece, il consenso dell'adottato è richiesto se ha almeno quattordici anni (art. 25, comma 1, legge 184/1983; si veda anche l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989). Se la domanda è presentata da coniugi che hanno discendenti, questi, se hanno più di dodici anni, devono essere ascoltati (art. 25, comma 2, legge n. 184 del 1983).

---

<sup>35</sup>In giurisprudenza vengono presi in considerazione i gravi abusi sul minore, l'induzione all'accattonaggio, l'abuso sessuale, la malnutrizione, la tossicodipendenza (Cass., 6 novembre 2019, n. 28522), l'infermità mentale dei genitori (Cass., 31 ottobre 2019, n. 28207). Anche lo stato di detenzione dei genitori può dare luogo allo stato di abbandono (Cass., 10 gennaio 2020, n. 319). Il giudice è sempre chiamato a verificare la gravità e l'irreversibilità delle condizioni del minore, considerando il possibile percorso di recupero dei genitori (Cass., 23 febbraio 2018, n. 4493; Cass., 11 dicembre 2019, n. 32412). La giurisprudenza ha recentemente escluso lo stato di abbandono del minore in caso di soggezione psicologica della madre al padre per motivi culturali e maltrattamenti, nonché di gravi e ripetute violenze da parte di quest'ultimo nei confronti della prima: l'adozione costituisce un'extrema ratio, le condizioni di abbandono materiale e morale devono essere puntualmente provate e incardinare un giudizio al solo fine di far dichiarare lo stato di abbandono del minore rispetto alla madre maltrattata dal coniuge costituisce una forma di vittimizzazione secondaria (Cass, SS.UU, 17 novembre 2021, n. 35110).

## 4. Le fasi di adozione

Il procedimento di adozione si svolge in tre fasi.

## 5. La prima fase

La prima fase culmina con la sentenza sulla dichiarazione di adottabilità (articoli 8-21 della legge n. 184/1983).

Il Tribunale per i minorenni, dopo aver effettuato tutti gli accertamenti necessari (anche con l'aiuto dei servizi sociali), dichiara lo stato di adottabilità dei minori che si trovano in stato di abbandono. L'adottabilità può essere dichiarata non solo se i genitori non ottemperano alle prescrizioni del giudice "dirette a garantire l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del minore" (art. 12 L. 184/1983), ma anche quando si dimostra "irrecuperabilità delle capacità genitoriali in tempi ragionevoli" (art. 15 L. 184/1983, come modificato dal D.Lgs. 154/2013). La sentenza che dichiara l'adottabilità del minore può essere impugnata dai familiari (art. 15, comma 2, l. n. 184/1983) e può essere revocata se, successivamente, viene meno lo stato di abbandono (Cass., 3.10.2019, n. 24790).

## 6. La seconda fase

La seconda fase è quella dell'affidamento preadottivo (artt. 22-24 della Legge n. 184/1983). Tra tutte le coppie che hanno presentato domanda, il Tribunale per i minorenni, in presenza di un minore abbandonato, sceglie quelle che, avendo dimostrato di possedere i requisiti di legge, sono ritenute più idonee. Nella valutazione di idoneità, formulata con l'aiuto dei servizi sociali, vengono prese in considerazione le condizioni personali, professionali, economiche e di salute della coppia, nonché l'ambiente familiare e le attitudini psicologiche.

La coppia prescelta accoglie il minore in affidamento preadottivo: l'adottato viene accolto dall'uomo e dalla donna, che iniziano un periodo di convivenza, volto a verificare se la nuova situazione di vita del minore è adatta al suo sano e corretto sviluppo.

Il periodo di affidamento preadottivo dura un anno, prorogabile di un altro anno. Se durante questo periodo sorgono difficoltà e problemi insuperabili, il tribunale revoca l'affidamento e inizia la ricerca di un'altra coppia, che a sua volta riceve l'affidamento preadottivo del bambino.



## 7. La terza fase

Se il periodo di affido ha un esito positivo (l'ambiente familiare è sereno e il bambino è destinato a trovare un ambiente idoneo in cui crescere) si apre l'ultima fase della procedura: il tribunale, con una sentenza, pronuncia la dichiarazione di adottabilità (articoli 25-26 della legge n. 184/1983), che deve essere trascritta nei registri dello stato civile.

## 8. Gli effetti dell'adozione

L'adottato acquisisce lo status di figlio dei genitori adottivi (art. 27, comma 1, legge n. 184/1983). I genitori adottivi, quindi, hanno la responsabilità genitoriale sul figlio adottato, che assume il cognome paterno e ha nuovi fratelli, zii, nonni, cugini. L'adottato, in quanto figlio, ha i diritti ereditari che la legge prevede per tutti gli altri figli.

D'altra parte, tutti i legami con la famiglia d'origine vengono eliminati: i genitori di sangue non sono più padre e madre; lo stesso vale per i nonni di sangue, i fratelli di sangue e così via.

Gli impedimenti al matrimonio tra consanguinei continuano ad esistere (art. 27, comma 3, legge n. 184/1983).

## 9. Irrevocabilità dell'adozione

Questo tipo di adozione è irrevocabile.

## 10. L'obbligo di informazione in materia di adozione

I genitori adottivi hanno imparato a conoscere le sensibilità e le inclinazioni del figlio: sono quindi in grado di trovare il momento e il modo per renderlo consapevole dell'esistenza e dell'identità dei genitori naturali. La legge sull'adozione, infatti, prevede che i genitori forniscano al bambino informazioni sul suo status di figlio adottivo, nei modi e nei termini che ritengono opportuni (art. 28, comma 1, legge n. 184/1983).

## 11. Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini

L'adottato, una volta compiuti i venticinque anni, può avere accesso alle informazioni sulla sua origine e sull'identità dei suoi genitori biologici.

Può farlo anche una volta raggiunta la maggiore età, se vi sono gravi e comprovati motivi legati alla sua salute psicofisica. L'istanza deve essere presentata al Tribunale per i minorenni (art. 28, comma 5, legge n. 184/1983).

Prima del compimento del diciottesimo anno di età, le informazioni sull'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, in quanto esercenti la responsabilità genitoriale, con l'autorizzazione del Tribunale per i minorenni, solo se sussistono gravi e comprovati motivi (art. 28, comma 4, legge n. 184/1983).

Il Tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritiene opportuna l'audizione; assume tutte le informazioni sociali e psicologiche al fine di valutare che l'accesso alle informazioni non possa turbare gravemente l'equilibrio psico-fisico del richiedente. Conclusa l'istruttoria, il Tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle informazioni richieste.

### B. Adozione in casi particolari

#### 1. Panoramica

La legge sulle adozioni prevede la c.d. "adozione in casi particolari".

L'articolo 44 della legge n. 184/1983 prevede che i minori possano essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 7, comma 1, della legge n. 184/1983, ovvero le condizioni richieste per l'adozione di un minore in stato di abbandono<sup>36</sup>. Si tratta quindi di casi eccezionali di adozione, con requisiti meno stringenti. La loro funzione è quella di garantire la tutela del minore nei casi "speciali" in cui non sono soddisfatti i requisiti dell'adozione generale.

#### 2. I "casi speciali"

I minori possono quindi essere adottati:

- a) da persone unite al minore da vincoli di parentela fino al sesto grado o da un preesistente rapporto stabile e duraturo, anche per un perio-

---

<sup>36</sup> Ad esempio, essere una coppia sposata da almeno tre anni, mentre in questo caso può essere adottato anche un single; divario di età tra i genitori adottanti e il bambino; stato di abbandono del bambino: vedi sopra.

- do prolungato di affidamento, quando il minore è orfano di padre o di madre;
- b) dal coniuge nel caso in cui il bambino sia figlio del coniuge, anche adottivo; ad esempio: a seguito di un divorzio tra due persone, il figlio va a vivere con la madre e il suo nuovo partner: il nuovo partner può adottare il bambino, se il padre dà il suo consenso; vi è quindi un caso in cui il bambino può avere due genitori legittimi e un genitore adottivo (la cosiddetta poligenitorialità); in questo caso è necessario il consenso di entrambi i genitori biologici;
  - c) quando il bambino è portatore di handicap ed è orfano di padre e di madre. La legge fornisce la nozione di handicap: “è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”;
  - d) quando si stabilisce che l'affidamento preadottivo è impossibile.

Nei casi di cui alle lettere a), c) e d), l'adozione è consentita non solo ai coniugi ma anche alle persone non sposate. Tuttavia, se l'adottante è una persona coniugata e non coniugata, l'adozione può essere disposta solo su richiesta di entrambi i coniugi (art. 44, comma 3, della legge n. 184/1983). Nei casi di cui alle lettere (a) e (d), l'età dell'adottante deve essere superiore di almeno diciotto anni a quella della persona che intende adottare (art. 44, comma 4, della legge n. 184/1983).

### 3. Accertare l'interesse superiore del minore

Ai fini della pronuncia della sentenza di adozione, il tribunale non è tenuto solo a verificare l'esistenza delle condizioni previste dall'articolo 44 della legge n. 184/1983, ma anche a verificare che l'adozione corrisponda all'interesse del minore (articolo 57 della legge n. 184/1983).

### 4. Effetti dell'adozione

Se il bambino è adottato da due coniugi, o dal coniuge di uno dei genitori, la responsabilità genitoriale sul bambino adottato e il suo esercizio appartengono a entrambi (art. 48, comma 1, della legge n. 184/1983).

Tuttavia, la Corte Costituzionale ha affermato che l'adozione in casi particolari non determina la responsabilità genitoriale dell'adottante sull'adottato, senza chiarire ulteriormente la natura del legame tra le parti<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Corte costituzionale, 9 marzo 2021, n. 33.

L'adottante è tenuto a mantenere l'adottato, istruirlo, educarlo e assisterlo moralmente, secondo quanto previsto dal nuovo articolo 147 del Codice Civile (art. 48, comma 2, legge n. 184/1983).

L'adottante amministra i beni del minore adottato. L'adottante, in tal caso, non ha l'usufrutto legale sui beni, ma può utilizzare il reddito per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore, con l'obbligo di investire l'eccedenza in modo fruttifero (art. 48, comma 3, della legge n. 184/1983).

L'adottante acquisisce i diritti di successione.

L'adozione in casi particolari non produce l'acquisizione di un legame giuridicamente rilevante tra gli adottati e gli ascendenti dell'adottante: sul punto, peraltro, è stata recentemente emessa una dichiarazione di illegittimità costituzionale che afferma l'illegittimità della legge n. 184/1983, nella parte in cui, in riferimento all'art. 300, comma 2, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e gli ascendenti dell'adottante<sup>38</sup>.

## 5. Revoca dell'adozione

L'adozione in casi particolari può essere revocata (a differenza dell'adozione di minori ai sensi dell'articolo 6 e seguenti della legge n. 184/1983, che è caratterizzata dall'irrevocabilità).

La revoca dell'adozione può essere avviata dal Pubblico Ministero a seguito della violazione dei doveri dell'adottante (art. 53, comma 1, lett. A, della legge n. 184/1983).

Inoltre, la revoca dell'adozione può essere pronunciata dal tribunale su istanza dell'adottante quando l'adottando che ha superato i quattordici anni di età ha attentato alla sua vita o a quella del coniuge, dei discendenti o degli ascendenti, oppure si è reso colpevole di un reato punito con una pena non inferiore a tre anni di reclusione (art. 51, comma 1, della legge n. 184/1983).

Quando i fatti di cui all'articolo 51 della legge n. 184/1983 sono stati commessi dall'adottante nei confronti dell'adottato, o del coniuge o dei discendenti o degli ascendenti dell'adottante, la revoca può essere pronunciata su istanza dell'adottato o su richiesta del pubblico ministero (art. 51, comma 1, legge n. 184/1983).

---

<sup>38</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79.

## C. Adozione di maggiorenne

### 1. Funzione

L'adozione di persone maggiorenni è disciplinata dagli articoli 291 e seguenti del Codice civile. Essa ha, essenzialmente, la funzione di rendere possibile la “discendenza elettiva”, che attribuisce all'adottato il cognome e la qualità di erede.

### 2. Prerequisiti

L'adozione è consentita a chi ha compiuto trentacinque anni e ha almeno diciotto anni in più dell'età di chi intende adottare (art. 291 c.c.). La Corte costituzionale ha dichiarato l'art. 291 del Codice civile parzialmente illegittimo nella parte in cui non consente l'adozione da parte di persone che hanno una prole adulta e consenziente<sup>39</sup>. Inoltre, la Suprema Corte ha auspicato una revisione storico-sistematica dell'istituto, che, tenuto conto delle circostanze del singolo caso in esame, consenta una ragionevole riduzione di tale divario di età, al fine di tutelare situazioni familiari consolidate da tempo e fondate su una comprovata *affectio familiaris*<sup>40</sup>.

I bambini non possono essere adottati dai loro genitori (articolo 293 del Codice civile).

### 3. Necessità del consenso

L'adozione richiede il consenso di chi chiede l'adozione e della persona da adottare (art. 296 del Codice civile). L'adozione richiede anche il consenso dei genitori dell'adottante e il consenso del coniuge dell'adottante, se sposato e non legalmente separato (art. 297, comma 1, c.c.). In caso di diniego del consenso di cui al primo comma, il Tribunale, sentite le parti interessate, su richiesta dell'adottante, se ritiene che il diniego sia ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, può comunque pronunciare l'adozione, a meno che non vi sia il consenso dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale o del coniuge, se convivente, dell'adottante o dell'adottato. Allo stesso modo, il tribunale può pronunciare l'adozione quando è impossibile ottenere l'assenso per incapacità o indisponibilità delle persone chiamate a darlo (art. 297.2 del Codice Civile).

<sup>39</sup> Corte cost., n. 557/1988.

<sup>40</sup> Cass., 3 aprile 2020, n. 7667.

In ogni caso, il tribunale, acquisite le opportune informazioni, dovrà verificare non solo se sussistono le condizioni di legge ma anche se “l’adozione conviene all’adottando” (art. 312 c.c.). L’accertamento della convenienza non deve limitarsi alla valutazione dei vantaggi economici, ma deve riguardare, più in generale, le conseguenze sul cambiamento di status e di nome, in relazione alle condizioni della famiglia di origine dell’adottante e della famiglia dell’adottando stesso. Oggetto dell’indagine devono essere, ad esempio, la reputazione e la posizione sociale delle persone interessate. È importante l’esistenza di una relazione duratura tra l’adottante e l’adottato, caratterizzata da una frequentazione quotidiana<sup>41</sup>.

#### 4. Atti

Il tribunale, sentito il parere del pubblico ministero, emette una sentenza (articolo 313, comma 1, del Codice civile).

#### 5. Effetti dell’adozione

Come già detto, gli effetti sono limitati all’assunzione del cognome e della qualità di erede dell’adottante.

L’adottato assume il cognome dei genitori adottivi e lo antepone al proprio (art. 299, comma 1, del Codice civile).

Nonostante l’assunzione del cognome, l’adottato conserva tutti i diritti e i doveri nei confronti della famiglia d’origine (art. 300, comma 1, del Codice Civile). Si pensi agli obblighi alimentari nei confronti dei genitori o dei fratelli biologici.

Inoltre, l’adozione in esame non comporta alcun rapporto giuridico tra l’adottato e la famiglia dell’adottante, né tra l’adottante e i parenti dell’adottato, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (art. 300, comma 2, del Codice Civile). Un’eccezione, ad esempio, consiste nel divieto di matrimonio tra i figli dell’adottante e il coniuge e il figlio dell’adottato (art. 86, commi 7, 8, 9, Codice civile).

L’adozione non conferisce alcun diritto di successione all’adottante (art. 304, comma 1, c.c.). Nulla vieta, ovviamente, che l’adottato, per mezzo di un testamento, istituisca l’adottante come erede, fatti salvi i diritti dei legittimari.

---

<sup>41</sup> Trib. Milano, 10 luglio 2019.

I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel Libro Secondo del Codice civile (art. 304, comma 2, Codice civile).

La disposizione appena citata, quindi, rimanda alle norme contenute nel Libro delle Successioni, equiparando il figlio adottivo, nei confronti dell'adottante, ai figli nati nel matrimonio o fuori di esso (si vedano, in particolare, gli artt. 536 e 567 del Codice civile).

## 6. Possibilità di revoca dell'adozione

L'adozione di persone maggiorenni può essere revocata nei casi espressamente previsti. Ecco:

- a) revoca per indegnità dell'adottante. La revoca dell'adozione può essere pronunciata dal tribunale su richiesta dell'adottante, quando l'adottando ha tentato di uccidere lui o il coniuge, i discendenti o gli ascendenti, o si è reso colpevole nei loro confronti di un reato punibile con una pena non inferiore a tre anni di reclusione (art. 306, comma 1, del Codice Civile). Se l'adottante muore in seguito al tentativo, la revoca dell'adozione può essere richiesta da coloro ai quali spetterebbe l'eredità in mancanza dell'adottante e dei suoi discendenti (art. 306, comma 2, del Codice civile);
- b) revoca per indegnità dell'adottante. Quando i fatti di cui all'articolo 306 del Codice civile sono stati commessi dall'adottante nei confronti dell'adottato, o del coniuge o dei discendenti o degli ascendenti dell'adottante, la revoca può essere pronunciata su richiesta dell'adottato (art. 307 del Codice civile).

L'adozione di un adulto da parte dell'adottante per il fatto di avere figli non è nulla, per cui l'interesse dell'adottante non può essere sacrificato dalla revoca dell'adozione e dalla perdita del cognome acquisito<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Trib. Roma, 17 luglio 2020.

## D. Adozione per coppie dello stesso sesso

### 1. Inammissibilità dell'adozione piena o esterna

La nuova legge sulle unioni civili (legge n. 76 del 2016) non consente l'adozione "piena" da parte delle parti dell'unione civile, e quindi non permette alle coppie dello stesso sesso di adottare un bambino in stato di abbandono (la cosiddetta adozione "esterna").

### 2. Ammissibilità dell'adozione del genitore o del figliastro

Da qualche tempo alcuni tribunali italiani consentono alle coppie omosessuali di adottare in casi particolari, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera (d) della legge n. 184/1983.

Un caso sottoposto al Tribunale di Roma nel 2014 aveva le seguenti caratteristiche: una bambina di cinque anni era stata concepita in Spagna nell'ambito di un progetto procreativo di una coppia formata da due donne. La bambina era geneticamente figlia di una sola delle donne (la più giovane, in grado di garantire minori rischi alla gravidanza). La richiesta di adozione della madre non biologica è stata giustificata sulla base del comma (d) della norma sulle adozioni in casi particolari, che prevede, come abbiamo visto, la possibilità di adottare un minore anche in caso di "impossibilità di affidamento preadottivo". Vale la pena ricordare che, in un primo momento, la giurisprudenza aveva interpretato l'"impossibilità di affidamento preadottivo" come un'impossibilità *di fatto*: si sarebbe dovuto parlare, in sostanza, di casi in cui non era possibile affidare il minore, già dichiarato in stato di abbandono, a causa del suo precario stato di salute o dell'indisponibilità di una famiglia ad accoglierlo<sup>43</sup>. Il Tribunale di Roma, invece, ha seguito un'interpretazione diversa (più in linea con le esigenze del minore): ha interpretato l'accertata impossibilità di affidamento preadottivo come un'impossibilità di fatto, ma anche come un'impossibilità giuridica. In questo modo, l'articolo 44, comma 1, lettera d, può essere applicato anche a casi, come quello deciso, in cui il minore, in quanto accudito, non può essere dichiarato in stato di abbandono e, di conseguenza, collocato in affidamento preadottivo<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Trib. min. Ancona, 15 gennaio 1998; Trib. min. Potenza, 15 giugno 1984.

<sup>44</sup> Così Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, confermato da App. min. Roma, 23 dicembre 2015; nello stesso senso Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015; Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015; App. Torino, 27 maggio 2016; Trib. min. Genova, 3 luglio 2019. Si veda anche, sull'espressione "accertata impossibilità di affidamento preadottivo", Corte costituzionale, n. 198/1986, citata dai giudici romani.



Anche la Corte di Cassazione nel 2016 ha stabilito che: “in tema di adozione in casi particolari, l’art. 44, 1° comma, lett. (d), della l. n. 183/1984, consente l’adozione ogni qualvolta sia necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa del rapporto tra l’adottante e l’adottato, quale elemento caratterizzante l’interesse concreto del minore a veder riconosciuti i legami sviluppati con altre figure di accudimento, con la sola previsione della *condicio legis* dell’”accertata impossibilità di affidamento preadottivo”, che va intesa, in coerenza con lo stato di sviluppo del sistema di tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica e adottiva, come impossibilità “di diritto” di procedere all’affidamento preadottivo e non come impossibilità “di fatto”, derivante da una situazione di abbandono del minore in senso tecnico-giuridico. La mancata specificazione dei requisiti soggettivi dell’adottante e dell’adottato, inoltre, comporta che l’accesso a questa forma di adozione *non legittimante* sia consentito ai single e alle coppie di fatto, senza l’esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l’impossibilità dell’affidamento preadottivo) sia in concreto (l’indagine sull’interesse del minore), potendo avvenire dando rilievo, anche indirettamente, all’orientamento sessuale del richiedente e al conseguente rapporto da lui instaurato con il partner”<sup>45</sup>.

### 3. Ammissibilità della registrazione di adozioni straniere

La giurisprudenza italiana ritiene che le sentenze o i provvedimenti di adozione stranieri in cui i due genitori sono persone dello stesso sesso debbano essere registrati ed eseguiti in Italia. Infatti, si ritiene che tali provvedimenti di adozione non siano contrari all’ordine pubblico e possano quindi essere registrati.

In Italia sono quindi efficaci tutti i tipi di adozione a favore di una coppia omosessuale: sia la *stepparent adoption*<sup>46</sup> che l’adozione piena di un minore in stato di abbandono<sup>47</sup> (si veda sotto per maggiori dettagli).

<sup>45</sup> Cass, 22 giugno 2016, n. 12962; Cass., 26 giugno 2019, n. 17100.

<sup>46</sup> Cass. n. 14007/2018.

<sup>47</sup> Cass. n. 9006/2021: “Il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giudiziario straniero di adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale maschile che conferisca lo status di genitore secondo il modello dell’adozione piena o legittimante non è contrario ai principi di ordine pubblico internazionale, in quanto la circostanza che il nucleo familiare dell’adottante sia omogeneo non costituisce un ostacolo all’adozione se si esclude la preesistenza di un accordo di maternità a fondamento della filiazione”.

## E. Adozione per persone sole

Come abbiamo visto, in Italia i single non possono adottare bambini in stato di abbandono, cioè accedere alla cosiddetta adozione “piena”. Possono però accedere all’adozione in casi particolari previsti dall’articolo 44 della legge 184/1983. La sentenza di adozione pronunciata all’estero a favore di un single maggiorenne può essere riconosciuta e registrata in Italia, in quanto non contraria all’ordine pubblico (per maggiori dettagli si veda più avanti).

## F. Documenti pubblici relativi all’adozione

In caso di adozione, l’atto costitutivo della genitorialità è la sentenza giudiziaria di adozione (sia essa adozione piena o esterna, adozione in casi particolari o adozione di un adulto); la sentenza, in generale, di adozione è registrata sul certificato di nascita del bambino o dell’adulto (art. 49 DPR 396/2000).

Gli atti di stato civile sono pubblici: tuttavia, l’atto di nascita dell’adottato con adozione piena non deve riportare alcuna informazione relativa all’adozione (questo per tutelare la riservatezza dell’adottato). Infatti, l’articolo 28 della legge sulle adozioni prevede che qualsiasi atto di stato civile riferito all’adottato debba essere rilasciato con la sola indicazione del nuovo cognome e con l’esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e maternità naturale del bambino e dell’annotazione della sentenza di adozione.

Il pubblico ufficiale deve rifiutare di fornire documenti o certificati da cui si possa comunque desumere il rapporto di adozione, salvo espressa autorizzazione dell’autorità giudiziaria. L’autorizzazione non è necessaria se la richiesta proviene dall’ufficiale di stato civile, al fine di verificare l’esistenza di eventuali impedimenti matrimoniali.

Viceversa, nel caso di adozione in casi particolari (ai sensi dell’art. 44 della legge n. 184 del 1983) o di adozione di un maggiorenne, la copia dell’atto di nascita rilasciata anche a terzi dovrà indicare l’avvenuta adozione.

## VII. Tecniche di procreazione medicalmente assistita

### A. La legislazione sulla procreazione medicalmente assistita e le sue finalità

La procreazione medicalmente assistita è regolata in Italia da una legge speciale (legge n. 40 del 2004). Si tratta quindi di un insieme di norme poste al di fuori del Codice civile. Con ritardo rispetto a tutti gli altri Paesi europei, infatti, in Italia è stata introdotta una disciplina specifica in materia, che limita e regola i casi di procreazione medicalmente assistita e, come osservato dalla recente giurisprudenza, la regolamentazione della filiazione mediante procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo e diverso rispetto a quello codificato.

### B. I requisiti per l'accesso alla procreazione medicalmente assistita

#### 1. Requisiti oggettivi

La procreazione medicalmente assistita è consentita solo allo scopo di facilitare la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana. L'art. 1 della legge ne specifica infatti le finalità: "1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità".

Per la parte che qui interessa, questi sono i casi in cui si può ricorrere alla procreazione medicalmente assistita:

- a) è necessario un documento medico che attesti una situazione di sterilità o infertilità. Si ricorda, inoltre, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 28 agosto 2012, ha stabilito che la legge 40/2004, nella misura in cui non consente l'accesso alla fecondazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili affette da gravi patologie geneticamente trasmissibili, viola l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Applicando questi principi, il Tribunale di Roma, nella sentenza del 26 settembre 2013, ha stabilito il diritto di una coppia fertile, ma portatrice sana di fibrosi cistica, ad accedere al trattamento di fecondazione assistita.

Più recentemente, la Corte costituzionale ha stabilito che sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della

legge n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili affette da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da autorità pubbliche. È infatti irragionevole vietare indiscriminatamente l'accesso alla PMA, con diagnosi di reimpianto, alle coppie fertili affette da gravi patologie genetiche ereditarie e trasmissibili, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro anomalie o malformazioni significative. Questo perché l'ordinamento italiano consente comunque a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatori, attraverso la modalità innegabilmente più traumatica dell'interruzione volontaria (anche ripetuta) della gravidanza naturale, ovvero l'interruzione di gravidanza consentita dall'art. 6, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 231/2001. 6, para. 1, lett. b), legge n. 194/1978<sup>48</sup>.

## 2. Requisiti soggettivi

Solo le coppie maggiorenni, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile (articolo 5 della legge 40/2004) possono accedere alla tecnica di fecondazione artificiale prevista dalla legge. La possibilità di procreazione assistita è quindi esclusa per i single, le coppie omosessuali, le persone la cui età è incompatibile con la procreazione naturale e le persone decedute. L'accesso è consentito sia alle coppie sposate che a quelle non sposate. L'accesso è consentito alle coppie e non alle famiglie poliamorose, cioè con più di due persone.

## 3. Tecniche consentite o vietate

La legge originariamente prevedeva solo la fecondazione omologa: cioè quella che avviene esclusivamente ricorrendo a gameti appartenenti alla coppia; il legislatore italiano, quindi, aveva vietato la fecondazione eterologa (art. 4, comma 3, legge n. 40/2004), che prevede l'utilizzo, in forma anonima e volontaria, di uno o entrambi i gameti (la cosiddetta doppia fecondazione eterologa) di persone estranee alla coppia dei futuri genitori.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita: la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile, hanno osservato i giudici delle leggi, riguarda "la sfera più

---

<sup>48</sup> Corte Cost., 5 giugno 2015, n. 96.

intima e intangibile della persona umana” e quindi “non può che essere incoercibile”<sup>49</sup>. Il divieto, infatti, presentava evidenti profili di incostituzionalità per violazione degli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, in linea con l’affermazione della Corte di Strasburgo secondo cui tale disciplina si poneva in contrasto con gli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU. Il ricorso alla fecondazione eterologa, afferma la Corte costituzionale, è subordinato alla condizione che il medico stabilisca l’esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità assoluta o infertilità. Nonostante la sentenza dichiarativa, la donazione di cellule da parte di terzi, funzionale alle tecniche di fecondazione eterologa, è stata regolamentata solo di recente dal DPR n. 131 del 23 agosto 2019.

Le tecniche di procreazione assistita come la ROPA non sono consentite: la ROPA prevede la fecondazione con sperma di un donatore dell’ovulo di una donna e l’impianto dell’embrione così creato nell’utero di un’altra donna, la sua compagna (una tecnica che violerebbe il divieto di accesso delle coppie di donne alla procreazione medicalmente assistita).

Allo stesso modo, non sono consentite tecniche di fecondazione post mortem.

L’articolo 12 della legge vieta la maternità surrogata, che è punita come reato.

#### 4. La procedura di fecondazione medicalmente assistita

La procedura di fecondazione medicalmente assistita consiste nelle seguenti fasi:

- 1) la volontà della coppia deve essere espressa per iscritto sulla base di un “consenso informato” (art. 6 l. n. 40/2004), datato e firmato in presenza del medico;
- 2) tra l’espressione del consenso e l’intervento medico devono trascorrere almeno sette giorni;
- 3) Il consenso può essere revocato “fino al momento della fecondazione dell’ovulo” (art. 6, comma 2, della Legge 40/2004).

Le tappe appena citate chiariscono perché la procedura in questione si chiama “procreazione medicalmente assistita”.

---

<sup>49</sup> Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162.

## 5. Termine per la revoca del consenso da parte del padre e della madre intenzionali

Dopo la fecondazione dell'embrione, la revoca del consenso da parte dell'uomo è inefficace: la donna, una volta fecondato l'embrione, può accettare l'innesto dell'ovulo<sup>50</sup>.

D'altra parte, la donna può revocare il proprio consenso anche dopo la fecondazione dell'embrione: anche se la fecondazione dell'embrione è avvenuta, l'ovulo fecondato non può essere trasferito forzatamente nell'utero della donna (cfr. art. 32, comma 2, della Costituzione italiana, che vieta il trattamento medico coercitivo, salvo che per esigenze di tutela della salute collettiva).

## 6. Lo status del bambino nato con la procreazione assistita

Se i genitori che si sono sottoposti alla procreazione medicalmente assistita sono sposati, il bambino che nasce (anche con la fecondazione eterologa) ha lo status giuridico di figlio nato nel matrimonio. Se i genitori sono conviventi, il bambino che nasce è un figlio riconosciuto, nato fuori dal matrimonio (articolo 8 della legge 40/2004). Come abbiamo visto, dopo le ultime riforme del diritto di famiglia italiano non c'è però più distinzione tra figlio nato nel matrimonio e fuori dal matrimonio.

In caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente che ha firmato il consenso informato o che ha espresso il consenso con atti o comportamenti concludenti non può proporre l'azione di disconoscimento della paternità (cioè non può ottenere una sentenza che dichiari che non è il padre) o l'impugnazione del riconoscimento di paternità (art. 9, § 1, l. n. 40/2004).

La madre non può dichiarare di non voler essere nominata nell'atto di nascita (art. 9, comma 2, legge n. 40/2004).

Il donatore di sperma o di ovuli, in caso di inseminazione eterologa, “non acquisisce alcun rapporto giuridico di genitorialità con il bambino nato e non può far valere alcun diritto né essere titolare di alcun obbligo nei suoi confronti” (art. 9, comma 3, Legge 40/2004).

---

<sup>50</sup> Cass., 18 dicembre 2017, n. 30294.

## 7. Trattamenti riproduttivi post mortem

Come già detto, l'accesso alla tecnica è consentito solo alla coppia in vita. Di conseguenza, i trattamenti di riproduzione post mortem non sono consentiti dalla legge nazionale italiana, né il prelievo postumo di sperma. Il trasferimento di cellule riproduttive non è consentito dopo la morte di uno dei pazienti. Il trasferimento di embrioni non è consentito dopo la morte di uno dei pazienti.

Tuttavia, è accaduto che una donna si sia fatta fecondare in Spagna con lo sperma del marito morto di cancro e abbia chiesto all'ufficio di stato civile italiano di formare un atto di nascita indicando anche il marito come padre del bambino. Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche in questo caso è applicabile l'art. 8 della legge 40 del 2004, che prevede, come abbiamo visto, che il bambino nato in violazione della legge acquisti comunque lo status di figlio. Il suddetto art. 8 della legge italiana, in sostanza, è applicabile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem mediante l'utilizzo del seme crioconservato di un soggetto che, dopo aver prestato (congiuntamente alla moglie o al convivente) il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (ai sensi dell'art. 6 della l. n. 40/2004), sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione, avendo altresì autorizzato, per il periodo successivo alla propria morte, la moglie o il convivente a tale utilizzo<sup>51</sup>.

## 8. Accesso alla procreazione medicalmente assistita durante la crisi di coppia o dopo il divorzio

L'articolo 6 della legge prevede che: "La volontà [di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita] può essere revocata fino al momento della fecondazione dell'ovulo". La giurisprudenza ha quindi stabilito che se l'ovulo viene fecondato, e poi la coppia si è separata, la donna può procedere all'impianto dell'embrione e l'atto di nascita sarà formato con l'indicazione che il padre e la madre hanno firmato il consenso informato. In altre parole: se l'ovulo è stato fecondato, la separazione o il divorzio della coppia non pregiudica il diritto della madre all'impianto e il diritto del bambino al riconoscimento giuridico di entrambi i genitori; vale a dire: il consenso dato alla procreazione medicalmente assistita non è revocabile a posteriori in caso di separazione della coppia. In sostanza, la rottura tra marito e moglie non può impedire alla donna di proseguire il percorso per diventare madre, percorso che, come detto, era stato origina-

<sup>51</sup> Cass, 15 maggio 2019, n. 13000.

riamente condiviso dall'uomo, intenzionato a diventare padre, e si era già concretizzato nella crioconservazione di quattro embrioni destinati a essere impiantati nell'utero della donna<sup>52</sup>.

## 9. Accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie di donne dello stesso sesso

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di incostituzionalità, tra l'altro, dell'articolo 5 della legge, nella parte in cui limita l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie di sesso diverso. La ratio della legge, osservano i giudici delle leggi, è quella di fornire un rimedio alla sterilità o all'infertilità umana, e non di predisporre uno strumento per la realizzazione del desiderio di genitorialità in generale<sup>53</sup>. Inoltre, la violazione dei requisiti soggettivi per l'accesso e, in particolare, l'esecuzione di tecniche di fecondazione artificiale a favore di coppie dello stesso sesso determina l'impossibilità di attribuire lo status di genitore a favore di chi non condivide il proprio patrimonio genetico con il figlio nato. La relazione può semmai essere tutelata giuridicamente attraverso l'applicazione dell'adozione in casi particolari<sup>54</sup>.

### C. *Embryo-sharing*

#### 1. Ammissibilità della tecnica

*Embryo-sharing*<sup>55</sup> è una pratica di condivisione di embrioni prodotti in soprannumero in cicli di fecondazione assistita precedentemente conclusi con esito positivo o negativo. È una pratica volta a prevenire l'abbandono delle cellule riproduttive e si traduce in una forma peculiare di fecondazione eterologa, in cui l'oggetto del trasferimento non è costituito da singole cellule riproduttive provenienti da donatori terzi, ma da uno zigote prodotto da una coppia in conformità alle finalità della legge. La legge italiana non menziona né regola la condivisione degli embrioni.

---

<sup>52</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021.

<sup>53</sup> Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221.

<sup>54</sup> Cass., 4 aprile 2022, n. 10844; Cass., 25 febbraio 2022, n. 6383.

<sup>55</sup> Per un'analisi più approfondita, sull'argomento si veda S.P. PERRINO, *Embryoadozioni: Un mondo nuovo e coraggioso?* in *Giustizia civile*, 1 febbraio 2021.



## 2. Le ragioni della mancanza di un quadro giuridico sulla condivisione degli embrioni

Questo approccio giuridico italiano deriva dai divieti che hanno caratterizzato la legge 40 del 2004: sono state vietate la fecondazione eterologa e la crioconservazione degli embrioni. Dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale di questi divieti, si è evidenziata la nuova fenomenologia dell'abbandono degli embrioni.

Questo fenomeno si verifica soprattutto perché non esistono limiti temporali alla durata della conservazione e non è consentita la cancellazione degli embrioni soprannumerari crioconservati. La cancellazione è penalmente sanzionata e comporta pesanti sanzioni interdittive per medici e cliniche.

Il legislatore italiano non ha riformato il quadro giuridico in quasi 20 anni, e questa situazione è possibile perché nell'ordinamento italiano non è prevista la possibilità di affrontare le contingenze sociali, giuridiche e scientifiche nelle leggi che riguardano la scienza e la bioetica, a differenza di quanto avviene in Francia e in Spagna.

## 3. Non ammissibilità dell'*embryo-sharing*

Sebbene non sia espressamente vietata, la condivisione degli embrioni non sembra possibile perché il consenso informato al trattamento consente alla coppia che ottiene l'embrione di utilizzarlo a fini riproduttivi nell'interesse della coppia stessa. Non ci sono finalità diverse nel consenso o nelle regole che si applicano al consenso informato.

Inoltre, l'embrio-adozione è stata discussa prima dell'approvazione della legge. Tuttavia, questa tecnica non è stata ritenuta compatibile con l'alto livello di protezione accordato all'embrione umano dalla legge italiana, né con il principio di dignità umana riconosciuto all'embrione umano. Secondo l'opzione interpretativa più diffusa, il trasferimento a terzi avrebbe comportato un pericolo di adulterio, un pericolo per il matrimonio della coppia di pazienti e la mercificazione dell'embrione.

Diversi membri del Congresso hanno presentato la questione al Parlamento, ma nessun disegno di legge ha individuato o proposto una soluzione.

#### 4. La soluzione proposta dal Comitato Nazionale per la Bioetica: l'embrione-adozione

Il Comitato Nazionale di Bioetica<sup>56</sup> ha esaminato a più riprese le soluzioni al crescente problema degli embrioni abbandonati, senza giungere a una soluzione unitaria. In primo luogo, è stata esaminata l'opzione della destinazione alla ricerca, che rispetta i limiti di soppressione e sperimentazione penalmente sanzionati. In secondo luogo, è stata esplorata l'opzione dell'adozione degli embrioni o dell'*embryo-sharing*, sotto il nome di Adozione per la nascita (APN)<sup>57</sup>.

Al momento della discussione del Comitato Nazionale di Bioetica, nessun Paese dell'Unione Europea aveva previsto la condivisione degli embrioni. Solo negli Stati Uniti si individuano soluzioni frammentarie, come le adozioni di fiocchi di neve; solo negli ultimi cinque anni alcuni Paesi europei hanno adottato soluzioni adeguate per affrontare il problema degli embrioni abbandonati, come nel caso di Svezia, Spagna e Francia.

Sono proprio le limitazioni derivanti dalla struttura del consenso informato nella riproduzione artificiale e dalla rigidità della legge che hanno impedito il ricorso alla condivisione degli embrioni.

Alcuni interpreti hanno esplorato la possibilità di applicare le norme sull'adozione agli embrioni; tuttavia, questa non è una soluzione applicabile.

#### 5. La non ammissibilità dell'embrione-adozione nell'attuale quadro giuridico

La disciplina dell'adozione prevista dal codice si applica all'adulto; la disciplina esterna al codice si applica al minore in stato di abbandono.

L'embrione non può ancora essere considerato una persona e non ha capacità giuridica; inoltre, l'embrione non può trovarsi in uno stato di abbandono secondo le modalità previste dalla legge.

Secondo le linee guida fornite dal Ministero della Salute nel 2004, in caso di morte dei proprietari degli embrioni o in altri casi di abbandono, le biobanche devono destinare gli zigoti alla biobanca nazionale, che può eventualmente utilizzare tali embrioni per scopi terapeutici, non altrimenti specificati.

---

<sup>56</sup> L. LODEVOLE, *Embrioni abbandonati*, Ariccia, 2016, 60; L. EUSEBI, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, in AA.VV., *Embrioni crioconservati quale futuro? Atti del X Congresso Nazionale 23-24 Novembre 2012*, in *Quaderni di scienza e vita*, 2013, 11, 57 ss.

<sup>57</sup> C.N.B., *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residui derivanti da procreazione medicalmente assistita*, 18 novembre 2005, in [www.governo.it/bioetica](http://www.governo.it/bioetica).

L'attuazione di una soluzione interpretativa a legislazione invariata non sembra suscettibile di essere accettata, per i seguenti motivi:

- a. l'applicazione delle norme sull'adozione comporterebbe una competenza dei tribunali al di fuori dell'ambito di applicazione della legge;
- b. permetterebbe l'uso di embrioni al di fuori del campo di applicazione della legge;
- c. non esiste una soluzione specifica per i test che i genitori adottivi devono effettuare prima dell'impianto in caso di condivisione degli embrioni;
- d. non esiste una soluzione specifica per gli embrioni che non sono vitali per la nascita a causa della loro scarsa qualità o perché affetti da malattie genetiche trasmissibili.

Pertanto, in Italia è necessaria una regolamentazione sull'uso nazionale degli embrioni abbandonati.

## 6. Filiazione transfrontaliera per adozione embrionale

Per quanto riguarda la filiazione determinata dalla condivisione di embrioni all'estero e di cui si chiede il riconoscimento in Italia, non ci sono tracce nella giurisprudenza e nella dottrina. Questi casi sono difficili da individuare e non possono essere distinti dalle tecniche di fecondazione eterologa.

L'assenza di un divieto espresso o di norme di ordine pubblico determina la compatibilità degli effetti prodotti all'estero con l'ordine pubblico nazionale. Per questo motivo, i pazienti possono ottenere la filiazione tramite *embryo-sharing* all'estero e vedere riconosciuto il loro status in Italia.

## VIII. Maternità surrogata

### A. Il divieto di maternità surrogata

Tutte le forme di maternità surrogata sono espressamente vietate dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40/2004). 6, Legge n. 40/2004). Secondo l'interpretazione della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, il divieto serve a tutelare: a) la dignità umana della gestante; b) i rapporti umani fondamentali; c) le norme sull'adozione (che potrebbero essere "aggirate" dalla maternità surrogata). Inoltre, il divieto si basa sul già citato principio del *favor veritatis*.

La disposizione non solo vieta la maternità surrogata, ma la punisce anche con la reclusione e una multa. Essa prevede che: "Chiunque, in qualsiasi forma, esercita, organizza o pubblicizza la maternità surrogata è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a 1 milione di euro".

L'interpretazione della disposizione è dibattuta. Secondo l'opinione maggioritaria, la norma non si applica ai genitori intenzionali, che quindi non sarebbero punibili per il reato di maternità surrogata. Al contrario, la norma si applicherebbe a tutti coloro che assistono o offrono servizi ai genitori intenzionali, come intermediari, operatori sanitari e professionisti che eseguono la maternità surrogata.

Se in Italia si pratica la maternità surrogata, la madre legale del bambino sarebbe solo quella che ha partorito, non quella intenzionale. L'articolo 269, comma 3, del Codice civile stabilisce in termini generali che la madre è colei che ha partorito il bambino (madre uterina o gestazionale): non, quindi, la cosiddetta madre sociale o intenzionale, né la donatrice di ovuli<sup>58</sup>.

## B. Registrazione di un atto di nascita straniero emesso da una maternità surrogata

La Corte di Cassazione si è pronunciata sull'iscrizione nei registri dello stato civile italiano degli atti di nascita stranieri rilasciati dopo la maternità surrogata (atti di nascita che quindi indicano sia il genitore previsto che il genitore biologico).

In quell'occasione, la Corte di Cassazione ha affermato che l'atto di nascita è registrabile in parte, cioè solo nella parte relativa al genitore biologico. Non è invece registrabile nella parte relativa al genitore non biologico, che può adottare il bambino tramite adozione in casi particolari (art. 44 lett. d) Legge n. 184 del 1983). Non è infatti consentito il riconoscimento della genitorialità tra il bambino nato da maternità surrogata e il genitore non biologico, in quanto il rapporto verrebbe a crearsi in violazione del reato di maternità surrogata, ai sensi dell'art. 12, comma 1, della legge n. 184 del 1983. 12, comma 6, legge n. 40/2004. 6, legge n. 40/2004. Tale reato è posto a tutela della dignità della gestante e a salvaguardia della disciplina delle adozioni, unica disciplina prevista per la costituzione di un legame tra soggetti privi di un patrimonio genetico condiviso. Si tratta di una norma di ordine pubblico che non può essere aggirata attraverso il ricorso alla maternità surrogata all'estero.

Per questo motivo, il riconoscimento della relazione genitoriale tra il bambino e il genitore intenzionale è in conflitto con un principio di ordine pubblico posto a tutela di valori fondamentali. L'interesse del minore può soccombere quando è necessario tutelare la dignità della donna e delle rela-

---

<sup>58</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272; Trib. Roma, 10 maggio 2016.

zioni umane e preservare l'istituto dell'adozione. In ogni caso, il minore è adeguatamente protetto dall'adozione effettuata dal genitore intenzionale<sup>59</sup>.

Successivamente, la Corte Costituzionale ha affermato che lo strumento dell'adozione in casi particolari non è un mezzo di tutela adeguato per il bambino nato da maternità surrogata, in quanto presenta alcuni rilevanti profili problematici. In particolare, l'adozione “costituisce una forma di tutela (...) non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali richiamati. L'adozione in casi particolari non attribuisce la paternità all'adottante (...), è ancora controverso se l'adozione in casi particolari consenta anche di stabilire legami di parentela tra il bambino e coloro che socialmente appaiono, e lui percepisce, come nonni, zii e zie, o addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Richiede inoltre, per il suo compimento, il necessario consenso del genitore ‘biologico’”<sup>60</sup>.

La giurisprudenza ha successivamente tentato di “risolvere” i problemi e la mancanza di tutela del minore individuati dalla Corte Costituzionale attraverso un'interpretazione evolutiva della legge. In particolare, recentemente, la disciplina dell'adozione in casi particolari è stata dichiarata contraria alla Costituzione italiana e quindi illegittima nella parte in cui non consente al minore adottato di instaurare un legame giuridicamente rilevante con la famiglia dell'adottante (e quindi non gli permette di acquisire nonni, zii, ecc.)<sup>61</sup>.

Inoltre, la Corte di Cassazione ha recentemente ribadito che l'atto di nascita straniero rilasciato dopo la maternità surrogata non può essere registrato a tutti gli effetti in Italia: il genitore intenzionale deve quindi adottare il bambino. Tuttavia, se il genitore biologico non dà il consenso all'adozione (consenso che è richiesto dalla legge sulle adozioni), il rifiuto del consenso può essere superato dal tribunale, nell'interesse del bambino, caso per caso<sup>62</sup>. In altre parole: il rifiuto del consenso da parte del geni-

<sup>59</sup> Cass., 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>60</sup> Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

<sup>61</sup> Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79.

<sup>62</sup> Cass. 30 dicembre 2022, n. 38162. Poiché la pratica della maternità surrogata, a prescindere dalle modalità di svolgimento e dalle finalità perseguite, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina profondamente le relazioni umane, non può essere automaticamente trascritta la sentenza di un tribunale straniero, e a maggior ragione l'atto di nascita originario, se indica come genitore del bambino il genitore previsto che, insieme al padre biologico, ha voluto che il bambino nascesse ricorrendo alla maternità surrogata in un Paese straniero, anche se in conformità alla lex loci. Tuttavia, anche il bambino nato da maternità surrogata ha il diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in virtù della relazione affettiva instaurata e vis-

tore biologico potrebbe essere superabile poiché deve prevalere l'interesse del bambino. Secondo la Corte Suprema, la soluzione dell'adozione in casi particolari sembra essere in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. Tuttavia, resta da risolvere un problema importante: qual è lo strumento per tutelare il bambino nel caso in cui il genitore previsto non voglia stabilire un legame giuridico con lui. Certamente, il bambino non può "costringere" il genitore previsto ad adottarlo. In questo caso, quindi, rimane un importante vuoto di tutela, la cui soluzione è oggi molto complessa.

### C. I genitori che richiedono la registrazione dell'atto di nascita non commettono il reato di "alterazione dello stato civile"

L'articolo 567 del Codice Penale italiano (Alterazione di stato) prevede che: "Chiunque, sostituendo un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. È punito con la reclusione da cinque a quindici anni chiunque, rilasciando un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità". Secondo la Corte di Cassazione, non commette il reato di alterazione di stato chi chiede la registrazione in Italia di un atto di nascita formato a seguito di gestazione per altri<sup>63</sup>.

---

suta con la persona che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile necessità di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita dall'adozione in casi particolari, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Allo stato di sviluppo dell'ordinamento giuridico, l'adozione è lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha contribuito a prendersi cura del bambino fin dal momento della nascita.

<sup>63</sup> Cass. 11 ottobre 2016, n. 48696. Non costituisce il reato di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, secondo comma, del codice penale. La trascrizione in Italia di un atto di nascita legittimamente redatto all'estero non può essere considerata ideologicamente falsa, in quanto l'atto è conforme alla legislazione del Paese di nascita del minore, anche se la procreazione è avvenuta con modalità non consentite in Italia. (Caso emblematico è quello di un bambino nato in Ucraina, Paese che ammette la maternità surrogata eterologa quando almeno la metà del patrimonio biologico del bambino appartiene a uno dei due genitori).

Vedi anche: Cass. 13 ottobre 2020, n. 31409. Secondo la Corte di Cassazione: "Ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p. è necessaria un'attività materiale di alterazione dello status che costituisca un *quid pluris rispetto* alla mera falsa dichiarazione e si caratterizzi per la sua attitudine a creare una falsa attestazione, non potendosi ritenere ideologicamente falso un certificato conforme alla legislazione del Paese di nascita del minore, neppure nel caso in cui la procreazione sia avvenuta in modo non consentito in Italia". (In motivazione, la Corte ha affermato la perdurante validità del principio anche a seguito della sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 12193 del 2019, che, in un'occasione, ha affermato che il principio è valido anche a seguito della sentenza delle Sezioni Unite Civili. 12193 del 2019, che, senza toccare la questione della sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato, ha ritenuto contrario all'ordine pubblico il rico-

## IX. Discriminazione legata alla genitorialità

Nella parte che segue verranno analizzati gli ostacoli sia giuridici che pratici che possono creare discriminazioni nell'accesso alla genitorialità.

### A. Discriminazione nell'accesso all'adozione semplice

Considerati i requisiti soggettivi per l'accesso all'adozione semplice (cioè l'adozione di un bambino in stato di abbandono), è possibile affermare che non possono essere adottati

- a) Persone single, in quanto manca il requisito del “matrimonio” tra due persone durato almeno tre anni, previsto dalla legge sulle adozioni; in più occasioni, la Corte Costituzionale ha stabilito che questa norma non è contraria ai principi e alle norme della Costituzione italiana: il Parlamento ha la discrezionalità di estendere l'accesso all'adozione alle persone single (tuttavia, nonostante i numerosi tentativi e le proposte di legge depositate in Parlamento, l'adozione è ancora riservata alle coppie sposate)<sup>64</sup>;
- b) Le coppie omosessuali, in quanto manca il requisito del “matrimonio” (infatti, le coppie omosessuali possono solo contrarre un'unione civile, e non un matrimonio; tuttavia, come visto in precedenza, le sentenze straniere di adozione a favore di una coppia omosessuale sono riconosciute ed eseguite in Italia, in quanto non contrarie all'ordine pubblico);
- c) Le famiglie poliamorose, poiché l'accesso è limitato alle coppie unite in matrimonio, e quindi alle famiglie composte da due soli genitori;
- d) Coppie conviventi, poiché il requisito del matrimonio non è soddisfatto.

Anche nel processo di adozione possono verificarsi discriminazioni indirette: ad esempio, chi aspira ad adottare un bambino può essere ritenuto non idoneo perché affetto da una malattia al momento della domanda (ad esempio, perché malato di cancro): la presenza di una malattia invalidante e incerta come il cancro rende difficile prevedere se il genitore sarà in grado di sopravvivere e quindi di prendersi cura adeguatamente del bambino, per cui, in pratica, la coppia che aspira all'adozione viene considerata non idonea.

---

noscimento dell'efficacia del provvedimento del giudice straniero che aveva accertato il rapporto di filiazione tra un bambino nato in Ucraina attraverso il ricorso alla maternità surrogata e il genitore cittadino italiano).

<sup>64</sup> Cfr. E. PESCE, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del single: una decisione originale*, *Famiglia e Diritto*, n. 2/2018; G. IORIO, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 4, 2022, 495.

## B. Discriminazione nell'accesso all'adozione di maggiorenne

Come abbiamo visto, uno dei requisiti legali per l'adozione di un adulto è la differenza di età di almeno diciotto anni tra l'adottante e l'adottato (articolo 291 del Codice Civile). Questo requisito impedisce l'adozione in molti casi in cui esiste un forte legame affettivo, ma non c'è una differenza di età di almeno diciotto anni. Pertanto, la Corte di Cassazione ha recentemente affermato che: “nell'attuale contesto sociale, il limite dei diciotto anni di età fissato dal legislatore per l'adozione di maggiorenne, costituisce un ostacolo rilevante e ingiustificato, e si configura come un'indebita ingerenza dello Stato nella struttura familiare, in contrasto con l'articolo 8 della CEDU. Per quanto riguarda l'adozione di un adulto, la disposizione dell'articolo 291 del Codice civile, nel richiedere la differenza di diciotto anni di età tra l'adottante e l'adottato, pone un'ingiusta limitazione alla formazione di famiglie tra persone che, pur essendo maggiorenni, sono legate tra loro da forti vincoli personali, morali e civili. Il giudice, tenuto conto delle circostanze del singolo caso, può ridurre tale differenza di età per tutelare situazioni familiari già consolidate”<sup>65</sup>.

## C. Discriminazione nell'accesso alla procreazione artificiale

### 1. Discriminazione causata da requisiti soggettivi

Come abbiamo visto, la legge 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita garantisce l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale solo a coloro che soddisfano determinati requisiti oggettivi come l'infertilità o la sterilità (articolo 2) e soggettivi (articolo 5). Ne consegue che non possono accedere alle tecniche i seguenti soggetti:

- 1) Persone single (ad esempio, le donne single non possono accedere alla fecondazione eterologa, con donazione di sperma);
- 2) coppie omosessuali femminili. Su questo punto la Corte Costituzionale ha emesso la sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019. La Corte ricorda la funzione della PMA, che la legge configura come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile. È quindi escluso che la PMA rappresenti una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale. Inoltre, la legge pone una serie di vincoli soggettivi all'accesso alla PMA, espressamente finalizzati a garantire che tale nucleo riproduca il modello familiare caratterizzato dalla presenza

---

<sup>65</sup> Cass., 3 aprile 2020, n. 7667.



di una madre e di un padre. Pertanto, la norma che preclude l'accesso alla procreazione artificiale alle coppie femminili non è incostituzionale.

- 3) Coppie in cui uno dei partner è morto, prima o dopo l'accesso alla procreazione artificiale (sulla fecondazione post mortem si veda quanto scritto sopra).

Tuttavia, vi sono molti ostacoli all'applicazione e all'accesso alla legge 40 del 2004, e vi è anche una discriminazione tra regione e regione in Italia, poiché il regolamento di attuazione della legge è attribuito dalla Costituzione italiana alle regioni (art. 117 Cost.). Ad esempio:

## 2. Discriminazione causata dall'età

Esiste una disparità nei criteri di accesso alla procreazione artificiale. I requisiti variano a seconda della regione: ad esempio, in Friuli-Venezia Giulia il limite di età per accedere alla procreazione assistita eterologa è di 50 anni; in Sardegna è di 46 anni questo crea differenze di accesso e discriminazioni tra i diversi luoghi d'Italia.

## 3. Discriminazione causata dalla condizione economica

Le file di attesa sono molto lunghe in Italia: se una coppia si rivolge alle cliniche pubbliche, può aspettare fino a 18 mesi; questo produce la seguente conseguenza: le persone si rivolgono alle cliniche private, che sono molto più costose di quelle pubbliche. Il problema è che spesso le persone si rendono conto di avere problemi di sterilità o infertilità molto tardi (di solito quando hanno più di 35 anni), quindi c'è l'urgenza di procedere con la tecnica di procreazione artificiale e sono disposte a pagare, non potendo aspettare oltre. Ma tutto questo discrimina le coppie meno abbienti.

Inoltre, lo Stato italiano non incentiva economicamente le coppie ad accedere alla procreazione artificiale.

## 4. Discriminazione nel caso di malattie ereditarie e geneticamente trasmissibili

Mancano laboratori e professionisti sanitari specializzati nella diagnosi pre-impianto. Questo esclude di fatto le persone con malattie genetiche dalla procreazione medicalmente assistita.

## D. Discriminazione dei diritti dei bambini

In Italia, la discriminazione nei diritti dei bambini è stata gradualmente superata. Lo stato dei diritti dei bambini può essere schematizzato come segue:

### 1. Figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio

Lo status giuridico di un bambino è identico, indipendentemente dal fatto che sia nato nel o fuori dal matrimonio. Le riforme del 2012 e del 2013 hanno eliminato l'ultima discriminazione esistente tra figli "naturali" (cioè nati da due persone non sposate) e figli "legittimi" (cioè nati da due persone sposate). Oggi, infatti, il Codice civile stabilisce che lo status di figlio è "unico", il che significa che non ci possono essere discriminazioni tra i figli: non ci sono più figli naturali o figli legittimi, ma solo figli (articolo 315 del Codice civile).

### 2. Bambini adottati

Anche i bambini adottati in caso di adozione piena/plenaria hanno uno status giuridico equivalente a quello dei bambini non adottati (l'art. 27 della legge sull'adozione prevede: "Per effetto dell'adozione, l'adottato acquista lo status di figlio legittimo dei genitori adottivi, di cui assume e trasmette il cognome").

### 3. Bambini nati con tecniche di procreazione medicalmente assistita consentite o vietate in Italia

Anche i bambini nati attraverso la procreazione medicalmente assistita hanno pieno status giuridico. L'articolo 8 della legge 40 del 2004 prevede infatti che: "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo status di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6". Come già detto, i figli nati in violazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita acquisiscono in ogni caso lo status di figli della partoriente e del partner o marito che ha acconsentito, anche con atti materiali, alla tecnica, o ha firmato il consenso informato (art. 9 Legge 40 del 2004). La madre non può chiedere di non comparire nell'atto di nascita e il partner o il marito non possono disconoscere il figlio.

Nell'atto di nascita, in altre parole, saranno necessariamente indicati i genitori intenzionali e non il donatore. Tale disposizione ribadisce il cosid-

detto “principio di responsabilità procreativa”, secondo il quale la coppia che ha prestato il proprio consenso, desumibile anche da meri comportamenti concludenti, all’applicazione di una tecnica di procreazione assistita eterologa, un tempo vietata ma ora consentita per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014, non può cambiare idea (“venire contra factum proprium”, cioè “venire contro i propri fatti”), e quindi essere privato degli obblighi giuridici assunti nei confronti del nascituro: la prestazione del consenso alla fecondazione eterologa (con donazione di sperma o ovuli da parte di terzi) è, quindi, un atto irrevocabile, che non può essere revocato da colui o colei che, riconsiderando la propria posizione, decida di liberarsi dei propri doveri in ragione del fatto che il nascituro non avrà alcun legame biologico con lui.

La ratio della norma è quella di tutelare giuridicamente il minore, nel suo interesse superiore: cioè di garantirgli il diritto alla bi-genitorialità e di impedire che sia il genitore biologico che quello non biologico si affranchino dai loro obblighi giuridici revocando il loro consenso informato e, di conseguenza, il loro status di genitori. Anche se il bambino non è legato da un vincolo biologico con il genitore – sia esso padre o madre – acquisisce *ex lege* lo status di figlio “inamovibile”. Questa regola si applica anche in caso di violazione di altre disposizioni di legge (come la fecondazione post-mortem), ma non in caso di violazione del divieto di inseminazione artificiale per le coppie femminili o del divieto di maternità surrogata (si veda sopra per ulteriori dettagli).

#### 4. Figli incestuosi

La riforma del 2012 ha portato alcune novità anche per quanto riguarda i figli incestuosi: possono essere riconosciuti dai genitori, con l’autorizzazione del tribunale. Il riconoscimento conferisce loro lo status giuridico di figli, come qualsiasi altro figlio non incestuoso. In particolare, l’articolo 251 del Codice civile stabilisce che sono figli incestuosi i figli nati da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea diretta all’infinito o in linea collaterale fino al secondo grado, oppure un vincolo di affinità in linea diretta. Il riconoscimento del figlio può avvenire solo in presenza di un’autorizzazione del tribunale: il tribunale deve considerare l’interesse del bambino e la necessità di evitare qualsiasi pregiudizio al bambino.

## 5. Minori adottati in casi particolari

Rimangono invece alcune incertezze sui minori adottati ai sensi dell'articolo 44 della legge 184/1983. Questa adozione, infatti, è soggetta a un regime giuridico speciale.

Le norme sull'adozione in casi particolari, ad esempio, prevedono che:

- 1) Il genitore adottivo amministra i beni del figlio, ma non ne ha l'usufrutto (a differenza del genitore comune; in altre parole: esiste un regime giuridico speciale per l'amministrazione dei beni del figlio, diverso da quello previsto per gli altri tipi di filiazione (art. 48 legge 184 del 1983));
- 2) Il genitore adottivo non eredita i beni del bambino; in altre parole, se il bambino muore, il genitore adottivo non eredita il suo patrimonio;
- 3) L'adozione non costituisce un legame di parentela tra genitore e figlio adottivo, e quindi non conferisce all'adottato nonni, zii; in altre parole, l'adozione produce un legame giuridico biunivoco, solo tra adottante e adottato, e non tra l'adottato e il resto della famiglia (art. 55 Legge 184 del 1983); la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non faccia sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, per violazione degli articoli della Cost.: 3 (uguaglianza e non discriminazione), 31 (interesse del minore e diritto del minore a una famiglia) e 117, comma 1, con riferimento all'articolo 8 della CEDU, che sancisce il diritto alla vita privata e familiare.
- 4) L'adozione crea un vincolo giuridico che può essere revocato in presenza di un giustificato motivo, mentre in nessun altro caso il vincolo giuridico tra genitori e figli può essere rimosso (art. 51 Legge 184 del 1983<sup>66</sup>).

---

<sup>66</sup> L'articolo 51 prevede: "la revoca dell'adozione può essere pronunciata dal tribunale su istanza del padre/madre adottivi quando l'adottante che ha superato i quattordici anni ha attentato alla vita sua o del coniuge, dei discendenti o degli ascendenti, o si è reso colpevole nei loro confronti di un reato punito dalla legge. ai suoi discendenti o ascendenti, o si è reso colpevole nei loro confronti di un reato punibile con una pena che comporti la privazione della libertà personale non inferiore a tre anni. Se l'adottante muore in seguito all'aggressione, la revoca dell'adozione può essere richiesta da coloro ai quali l'eredità spetterebbe in assenza dell'adottante e dei suoi discendenti. Il Tribunale, assunte le informazioni e compiuti gli accertamenti del caso, sentito il Pubblico Ministero, l'adottante e l'adottato, pronuncia la sentenza. Il Tribunale, sentito il Procuratore della Repubblica e il minore, può anche emettere con decreto in camera di consiglio i provvedimenti opportuni in materia di assistenza, rappresentanza della persona del minore, rappresentanza e amministrazione dei beni. Si applicano gli articoli 330 e seguenti del Codice civile. Nei casi in cui vengono adottati i provvedimenti di cui al paragrafo 4, il tribunale ne riferisce al giudice tutelare ai fini della nomina di un tutore".

Attualmente è in corso un dibattito in letteratura: secondo alcuni autori, le norme che prevedevano uno status giuridico “speciale” per i figli adottati in casi particolari sarebbero state tacitamente abrogate dalle riforme del 2012 e del 2013; in particolare, le norme che sancivano nel codice civile l’unicità dello status giuridico del figlio (art. 315 c.c.) avrebbero *di fatto* eliminato le norme, anche se queste non sono state espressamente ed esplicitamente abrogate dal legislatore (si tratta di abrogazione tacita, che si verifica quando una norma successiva è incompatibile con quella precedente, con la conseguenza che prevale quella successiva).

Secondo un’altra opinione, invece, le disposizioni che regolano l’adozione in casi particolari non sono state tacitamente abrogate: infatti, pur avendo riformato il diritto di famiglia, il legislatore non le ha espressamente cancellate. A conferma di ciò, la recente sentenza della Corte costituzionale, n. 32 e 33 del 2021, ha affermato che persiste una discriminazione tra i bambini adottati in casi particolari e gli altri bambini e che è necessario un intervento legislativo.

C’è poi un altro tipo di discriminazione indiretta: la procedura di adozione è spesso molto lunga e laboriosa, anche in considerazione dei ritardi e dei tempi lunghi dei processi italiani (il sistema giudiziario italiano è notoriamente ingolfato): questa situazione crea una condizione di precarietà per il bambino che spesso deve aspettare anni prima di essere adottato.

## X. Norme generali sul riconoscimento dei documenti pubblici

### A. Il riconoscimento dei documenti pubblici relativi alla genitorialità

In Italia, le norme che regolano il riconoscimento degli atti pubblici stranieri emessi da un’autorità straniera in materia di genitorialità variano a seconda della natura dell’atto. In particolare, le norme che regolano la registrazione e l’esecuzione degli atti pubblici emessi da un’autorità amministrativa sono diverse da quelle che regolano gli atti emessi da un’autorità giudiziaria. È quindi necessario analizzare separatamente le due ipotesi.

#### 1. Atti pubblici o certificati relativi alla genitorialità

L’articolo 18 del DPR 396/2000 stabilisce che gli atti di stato civile stranieri possono essere registrati in Italia solo se non sono contrari all’ordine pubblico. Nel novero degli atti contemplati dalla norma, si possono includere gli atti di nascita, gli estratti integrali degli atti di nascita, gli

estratti sommari degli atti di nascita e gli atti di nascita stranieri (e in generale gli atti e i certificati relativi alla genitorialità, alla filiazione, alla famiglia).

Nel caso in cui l'atto pubblico sia considerato contrario all'ordine pubblico, l'ufficiale di stato civile rifiuta di registrarlo nei registri dello stato civile. La decisione negativa può essere impugnata davanti al tribunale ordinario, ai sensi dell'articolo 95 del DPR 396/2000. Davanti al tribunale si svolge un procedimento sommario e rapido, noto come "procedimento camerale". Al procedimento partecipa il pubblico ministero e può essere sentito l'ufficiale di stato civile.

## 2. Adozione e provvedimenti parentali

I provvedimenti stranieri relativi all'adozione piena o alla *stepchild* o *stepparent adoption* sono riconoscibili ai sensi dell'articolo 64 della legge 218 del 1995 sul diritto internazionale privato.

La disposizione prevede: "Art. 65. Riconoscimento dei provvedimenti stranieri. I provvedimenti stranieri relativi ... all'esistenza di rapporti familiari ... sono efficaci in Italia ... quando ... non sono contrari all'ordine pubblico e sono stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

I provvedimenti stranieri sono immediatamente efficaci. Se qualcuno contesta l'efficacia del provvedimento (ad esempio, se l'ufficiale di stato civile rifiuta di registrare l'atto o se un'autorità pubblica rifiuta di riconoscere un diritto che deriva dalla genitorialità), è possibile avviare il procedimento disciplinato dall'articolo 67 della legge 218 del 1995.

L'articolo 67 prevede: "1. In caso di inottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere all'esecuzione, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria di accertare i requisiti per il riconoscimento".

Il procedimento giudiziario si svolge presso la Corte d'appello (e non presso il Tribunale di primo grado, come nel caso dell'impugnazione di atti o certificati di stato civile).

Il pubblico ministero partecipa al procedimento.

## B. La clausola di ordine pubblico

Come abbiamo visto, entrambe le norme citate sul riconoscimento e la registrazione degli atti relativi alla filiazione prevedono che un atto pubblico abbia effetto in Italia e possa essere trascritto solo a condizione che non sia contrario all'ordine pubblico.

È quindi necessario dare una definizione di ordine pubblico nel sistema giuridico italiano. A questo proposito, esistono diverse interpretazioni, che sono cambiate nel tempo.

### 1. La precedente teoria della Corte di Cassazione

Secondo una prima ricostruzione, prevalente nella giurisprudenza passata: “l'ordine pubblico, la cui contrarietà impedisce la trascrizione in Italia degli atti di stato civile rilasciati all'estero, ai sensi dell'art. 18 DPR 396/2000, attiene alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati istitutivi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”<sup>67</sup>. L'ordine pubblico, in altre parole, è costituito dall’“insieme dei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico interno in un determinato periodo storico, ma che si ispirano alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti giuridici e che si collocano ad un livello superiore rispetto alla legislazione ordinaria”<sup>68</sup>. Il concetto di ordine pubblico in esame non si identifica, quindi, con quello di ordine pubblico interno, “perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operative solo se portassero all'applicazione di norme materiali di contenuto analogo a quelle italiane, annullando la diversità tra ordinamenti e rendendo inutili le norme di diritto internazionale privato”<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cass., n. 14878/2017.

<sup>68</sup> Cass., n. 19599/2016, richiamando a sua volta, “tra le tante, Cass. nn. 1302 e 19405 del 2013, 27592 del 2006, 22332 del 2004, 17349 del 2002”; si veda nello stesso senso anche App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2017, 5, 657, con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*; quello in esame è, in altri termini, il c.d. “ordine pubblico internazionale”, da contrapporre al c.d. “ordine pubblico interno”, irrilevante nel caso di specie, ossia nell'insieme delle specifiche e specifiche norme di diritto internazionale. Nel merito, per questa definizione, nella giurisprudenza che ha accolto la domanda di trascrizione di un atto di nascita formato a seguito di gestazione per altri, si veda: Trib. Livorno, 14 novembre 2017; App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2017, 5, 657, con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*; App. Trento, 2 febbraio 2017: tutti in *dejure.it* e *articolo29.it*.

<sup>69</sup> Cass., n. 10215/2007.

## 2. La teoria attuale della Corte di Cassazione

Secondo la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la valutazione di conformità o contrarietà all'ordine pubblico deve essere effettuata in considerazione “non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli sanciti dalle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui essi sono stati incarnati nella disciplina ordinaria delle singole istituzioni, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente da cui non può prescindere la ricostruzione della nozione di ordine pubblico”; in altre parole, non solo la Costituzione e i trattati internazionali sulla tutela dei diritti umani, ma anche la legge, la giurisprudenza e i principi contribuiscono a delineare la nozione di ordine pubblico. Le norme di legge e la giurisprudenza non possono essere tali fonti e formanti “declassati” a mere disposizioni di dettaglio: parafrasando la Corte, quindi, si può dire che l'ordine pubblico è “il distillato” dell'intero sistema giuridico o un “mosaico” completo, comprensivo, quindi, tra le sue tessere, anche della giurisprudenza<sup>70</sup>.

Mentre quindi la teoria passata considerava solo la Costituzione e i trattati, la teoria attuale considera anche la legge, i regolamenti, la giurisprudenza e l'interpretazione.

## 3. La regola per cui la valutazione in materia di ordine pubblico deve essere effettuata considerando il “miglior interesse del minore”

Quando il giurista (giudice, pubblico ufficiale, ufficiale di stato civile, ecc.) deve decidere se un atto genitoriale (atto di nascita, atto di adozione, ecc.) è conforme o contrario all'ordine pubblico, deve considerare l'interesse superiore del minore, come stabilito da numerose convenzioni internazionali e norme di diritto interno (ad esempio, l'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo)<sup>71</sup>. È importante, in altre parole,

---

<sup>70</sup> Cass., n. 12191/2019.

<sup>71</sup> Il suddetto principio è sancito: 1) dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata con legge 176/1991, secondo cui “in tutte le decisioni riguardanti i fanciulli, siano esse emesse da istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, da tribunali, da autorità amministrative o da organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”; dall'art. 23 del Regolamento CE n. 2201/2003, intitolato “motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale”, prevede che le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non siano riconosciute quando “tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento sarebbe manifestamente contrario all'ordine pubblico”; 2) dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. “Carta di Nizza”), secondo il quale “le decisioni relative alla responsabilità genitoriale non sono riconosciute”.



quando si valuta la contrarietà all'ordine pubblico, la posizione e la tutela dei diritti del minore: è una "roccia" su cui devono poggiare tutte le decisioni che riguardano la vita del bambino<sup>72</sup>. Come sostenuto dalla giurisprudenza sulla tutela dei figli incestuosi (Corte cost. 494/2002)<sup>73</sup>, infatti, "le conseguenze della violazione dei divieti giuridici non possono ricadere negativamente sulla persona nata a seguito di tali violazioni, la quale ha comunque un diritto fondamentale, che deve essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* e alla continuità delle relazioni affettive"<sup>74</sup>.

Anche la giurisprudenza sulla trascrizione degli atti di nascita con due padri, rilasciati dopo la maternità surrogata, afferma che: "L'insieme delle fonti normative citate [Convenzione di New York, art. 3; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 24, ecc. 24, ecc.], così come interpretate anche dalla giurisprudenza internazionale, affermano, in tema di relazioni familiari, la prevalenza del diritto del minore a un rapporto parentale certo, e ciò in particolare in casi come quello in esame, tenuto conto che non si tratta di introdurre una situazione giuridica inesistente, ma di garantire copertura giuridica a una situazione *di fatto* esistente da tempo, nell'esclusivo interesse dei figli dalla nascita allevati dai ricorrenti, che la legge riconosce entrambi come genitori"; inoltre, "il mancato rico-

---

te". cosiddetta "Carta di Nizza"), secondo cui "in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente"; 3) da numerose disposizioni di diritto interno, quali l'art. 31, comma 2, della Costituzione e gli artt. 316, 330, 336-bis, 337-ter, 337-quater, 337-sexies, 317-bis del Codice civile, ecc. 4) dalla giurisprudenza della CEDU.

<sup>72</sup> In dottrina è stato evidenziato che, ogni qualvolta si tratti di decidere se dare ingresso nel nostro ordinamento a provvedimenti stranieri riguardanti i minori, l'interesse del minore dovrebbe essere il parametro principale nell'applicazione del limite dell'ordine pubblico, potendo costituire anche un "contro-limite", in particolare quando si tratta di riconoscere gli effetti di rapporti validamente sorti all'estero: cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze in materia matrimoniale e responsabilità genitoriale*, in *Dig. Disc. Pubbl. Aggiornamento*, 2005, 336; P. PALMERI, *Il Tribunale Supremo a proposito di status familiari e maternità di sostituzione*, in *articolo29.it*, per il quale il principio dell'ordine pubblico illuminato dalla clausola del best interest "consente di mantenere il diniego nei confronti di atti o prassi ritenuti contrari all'ordinamento interno, salvandone però, sotto certi aspetti, gli effetti conseguenti, in funzione della reale tutela dei soggetti coinvolti e in particolare di quelli che si trovano in una posizione di maggiore fragilità".

<sup>73</sup> Trib. Roma, 11 maggio 2018, in *articolo29.it*.

<sup>74</sup> A questo proposito, si vedano le osservazioni di M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per altri*, in *articolo29.it*, 6, che osserva: "La questione è – da un punto di vista normativo, non certo fenomenologico – simile per certi aspetti a quanto avviene nella procreazione incestuosa. Anche lì l'atto sessuale – o addirittura il rapporto – tra i soggetti di cui all'art. 564 c.p. è penalmente sanzionato, ma questo estremo, come è noto, non incide più sulla condizione della prole così generata, la cui riconoscibilità (o dichiarazione giudiziale di paternità e/o maternità) è impedita solo se si rivela pregiudizievole per il minore (art. 251; art. 278 c.c.). Il disvalore della condotta – peraltro sanzionata indipendentemente dalla procreazione – non si riversa quindi sulla posizione del figlio, consentendo di affermare giuridicamente il legame con gli ascendenti".

noscimento dello *status filiationis* arrecherebbe un grave ed evidente danno ai figli, che non vedrebbero riconosciuti in Italia i diritti inerenti a tale status nei confronti di uno dei genitori e subirebbero la perdita dell'identità familiare e sociale legittimamente acquisita all'estero, nello Stato di nascita, in quanto il vincolo parentale instaurato nel Paese straniero non troverebbe alcun ostacolo nell'ordinamento interno"<sup>75</sup>.

#### 4. Il principio secondo cui la mera diversità tra il diritto interno e quello straniero non costituisce un motivo di contrasto con l'ordine pubblico

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato la regola secondo cui la mera diversità tra diritto straniero e diritto interno non può costituire motivo di contrarietà all'ordine pubblico. Tale principio è stato più volte ribadito anche dalla giurisprudenza in materia di trascrizione di atti di nascita indicanti due madri dello stesso sesso, formatisi a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita lecite nel Paese

<sup>75</sup> Queste le parole di Trib. Livorno, 14 novembre 2017, in *dejure* e *articolo29.it*. Si veda la giurisprudenza, integralmente prodotta sub. doc. 9, in particolare: Trib. Milano, 16 novembre 2018; Trib. Milano, 24 ottobre 2018; Trib. Roma, 11 maggio 2018, secondo cui "l'atto di nascita americano dei minori non appare in contrasto con l'ordine pubblico e con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona, garantendo anzi in particolare, da un lato, la tutela del superiore e preminente interesse del minore e, dall'altro, il diritto delle persone ad autodeterminarsi e a formare una famiglia, valori questi già presenti nella nostra Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31, 32 Cost. ) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali... considerato che nel caso in esame l'interesse preminente dei minori appare quello di preservare il loro status legittimo di figli di entrambi i ricorrenti riconosciuto loro dall'atto di stato civile statunitense in corso di validità, in ossequio al principio del favor filiationis di cui alla l. n. 218/1995"; Trib. Pisa, 18 settembre 2018, non pubblicata; Trib. Pisa, 22 luglio 2016, in *iusexplorer.it*; Trib. Milano, 12 giugno 2015, in *iusexplorer.it*; Da segnalare anche la giurisprudenza che ha riconosciuto e disposto la trascrizione in Italia ex art. 65 l. 218/95 di un provvedimento giudiziario canadese che disponeva la formazione di un atto di nascita con due padri: App. Venezia, 16 luglio 2018, in *articolo29.it*, secondo cui: "Sarebbe quindi contrario all'ordine pubblico il fatto che, al di fuori del territorio dello Stato di nascita, nel territorio dello Stato italiano, di cui possiede anche la cittadinanza, il minore sia privato dei suoi riferimenti parentali e sia esposto a una diversa condizione giuridica del tutto con evidente pregiudizio delle relazioni e dei riferimenti familiari, con incidenza esterna anche sulla rappresentanza e sulla responsabilità sul minore"; App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*; si veda anche App. Bari, 13 febbraio 2009, in *iusexplorer.it*, che ha riconosciuto in Italia ex art. 65 l. 218/95 e ha ordinato la trascrizione di un provvedimento del tribunale del Regno Unito che disponeva la formazione di un certificato di nascita a seguito di gestazione per altri a cui aveva fatto ricorso una coppia formata da un uomo e una donna. Si vedano anche le decisioni che hanno ordinato la trascrizione dell'atto di nascita recante l'indicazione del solo genitore biologico che aveva fatto ricorso alla gestazione per altri: App. Milano, 28 dicembre 2016, in *articolo29.it*; Trib. Forlì, 25 ottobre 2011, in *Dir. famiglia*, 2013, 3, 532; Trib. Napoli, 1 luglio 2011, in *iusexplorer.it* (per una sintesi della giurisprudenza citata: S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 1, 81; C. CAMPIGLIO, *Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 3, 2014, in spec. 507).

estero ma non consentite in Italia: “un atto di nascita straniero che attesti la nascita di un bambino da due madri (una che ha donato l’ovulo e l’altra che ha partorito) non contrasta di per sé con l’ordine pubblico in quanto la tecnica procreativa utilizzata non è riconosciuta nell’ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, che rappresenta una delle possibili modalità di attuazione della potestà normativa attribuita al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilievo costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate”<sup>76</sup>. Nella valutazione della compatibilità tra atto straniero e ordine pubblico, sarebbe quindi errato fare la seguente equazione: “ordine pubblico = rispetto della normativa interna in materia di procreazione medicalmente assistita”, facendo coincidere il concetto di ordine pubblico con il solo insieme di norme del diritto nazionale (racchiuse, peraltro, nella sola legge 40/2004).

Ne consegue, ad esempio, che la mera discrepanza tra la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (l. 40/2004) e la legge straniera non può essere considerata un valido motivo di contrasto con l’ordine pubblico<sup>77-78</sup>.

<sup>76</sup> Cass., n. 19599/2016: “la non conformità della legge spagnola [o, in generale, della legge straniera, ndr] rispetto a quella italiana non è causa, di per sé, di violazione dell’ordine pubblico, a meno che non si dimostri che la legge n. 40 del 2004 contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligatori e che, quindi, non sarebbe consentito al legislatore italiano stabilire una disciplina analoga o assimilabile a quella spagnola. Tale possibilità è da escludere, trattandosi di una materia in cui la potestà normativa è ampia e, quindi, lo spettro delle possibili scelte del legislatore ordinario, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale (nella sentenza n. 162 del 2014, § 3.5), che ha osservato che si tratta di questioni eticamente sensibili, in relazione alle quali “l’individuazione di un ragionevole bilanciamento tra le opposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene in primo luogo alla valutazione del legislatore”. “Se la discrezionalità del legislatore nella regolamentazione concreta della materia è ampia, ciò significa che non esiste alcun vincolo costituzionale dal punto di vista del contenuto, e quindi non si può invocare l’ordine pubblico per impedire l’ingresso nell’ordinamento interno dell’atto di nascita di T.solo perché redatto all’estero secondo regole non conformi a quelle attualmente previste dalle leggi ordinarie italiane, sia pure inderogabili, ma astrattamente modificabili dal futuro legislatore”; sembra opportuno sottolineare che nel caso affrontato dalla Cassazione l’ovulo, fecondato con lo sperma della donatrice, era stato impiantato nell’utero della compagna della donatrice di ovuli: la gestante aveva quindi semplicemente portato avanti la gravidanza e non aveva alcun rapporto genetico con il nascituro; nello stesso senso, per quanto riguarda la gestazione da parte di altri: App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2017, 5, 657, con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell’atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*; App. Trento, 2 febbraio 2017: sia in *dejure.it* che in *articolo29.it*.

<sup>77</sup> D’altra parte, è quanto già statuito dalla stessa giurisprudenza che ha ritenuto trascrivibile un atto di nascita o una sentenza genitoriale formatasi a seguito di gestazione per altri, laddove si è osservato che “la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita deve... essere considerata non come espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo”: così App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 7. 2017, p. 935 ss.

<sup>78</sup> Come affermato dalla giurisprudenza, la discrepanza tra il diritto interno e quello straniero in materia di gestazione per altri “non può costituire una violazione dell’ordine pubblico internazionale”. Valorizzando l’orientamento seguito dalla Corte di Cassazione in modo consolidato [v.

## 5. Il principio secondo cui l'oggetto della valutazione della conformità all'ordine pubblico è l'effetto giuridico dell'atto e non il suo antecedente fattuale o il diritto straniero

Quando il giudice o l'ufficiale di stato civile devono valutare se un atto straniero è conforme o contrario all'ordine pubblico, non sono tenuti a esaminare la compatibilità con l'ordine pubblico delle tecniche e dei metodi con cui il bambino è nato o della legislazione straniera.

Essi devono valutare se gli effetti giuridici che l'atto straniero produrrebbe, una volta trascritto, nell'ordinamento italiano siano contrari all'ordine pubblico: è stato infatti affermato che “il rispetto dell'ordine pubblico deve essere garantito... avendo riguardo non all'astratta formulazione della norma straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, ma ai suoi effetti”<sup>79</sup>; più precisamente, è stato scritto che “la valutazione di compatibilità [con l'ordine pubblico] deve avvenire sugli effetti che la sentenza può produrre nell'ordinamento italiano”<sup>80</sup>.

Emblematica, in tal senso, è la casistica da sempre affrontata dalla giurisprudenza di legittimità: in particolare, tra i tanti casi, quello del cosiddetto atto di “matrimonio telematico”, di cui si è recentemente occupata la Corte di Cassazione, che ha disposto la trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di matrimonio celebrato, secondo l'ordinamento straniero,

---

supra, ndr.], tale violazione sarebbe ravvisabile solo se si potesse sostenere che al legislatore italiano non è consentito, perché vietato da principi fondamentali e costituzionalmente inderogabili, dettare norme analoghe o assimilabili a quelle dei Paesi che consentono il ricorso alla fecondazione eterologa o alle pratiche di maternità surrogata”, ma “non si può certo concludere nel senso che una disciplina analoga o assimilabile a quella che in altri ordinamenti consente la maternità surrogata sarebbe di per sé contraria ai principi supremi e/o fondamentali della Costituzione, dei Trattati istitutivi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vincolano il legislatore ordinario”.

Trib. Livorno, 14 novembre 2017; nello stesso senso: App. Milano, 28 dicembre 2016, App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2017, 5, 657, con nota di G. CARDACI, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, secondo cui “La circostanza che il bambino sia stato messo al mondo attraverso una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia non può essere rilevante ai fini della trascrizione di un atto di nascita. La non conformità della legge straniera che consente la gestazione per altri alla legge italiana non è infatti di per sé causa di violazione dell'ordine pubblico, da intendersi come insieme di diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati istitutivi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”; sia in *dejure.it* che in *articolo29.it*.

<sup>79</sup> Così, Cass. 9978/2016; Cass. 10070/2013; nello stesso senso: Cass. S.U. 16601/2017, che ha affermato il principio di diritto, in tema di riconoscimento delle sentenze straniere di condanna ai danni punitivi, secondo cui occorre “avere riguardo, in sede di delibazione, ai soli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico”.

<sup>80</sup> Cass. 9483/2013; si veda anche la giurisprudenza nella nota precedente.

senza la presenza fisica degli sposi e con l'ausilio del mezzo di comunicazione via Internet: una modalità incompatibile con l'ordinamento nazionale, eppure ritenuta non contraria all'ordine pubblico internazionale, in quanto "il rispetto dell'ordine pubblico deve essere garantito, in sede di delibazione, avendo esclusivo riguardo 'agli effetti' dell'atto straniero" (nel caso di specie: l'effetto sarebbe stato quello della pubblicità, della prova, e quindi dell'opponibilità ai terzi, in Italia, dello status di coniuge stabilito in uno Stato estero)<sup>81</sup>.

La stessa giurisprudenza che ha disposto la trascrizione di un atto di nascita formato a seguito di gestazione per altri recante l'indicazione di due padri, ha anche affermato che "la non conformità all'ordine pubblico deve essere verificata ... considerando l'effetto che le disposizioni che si intendono applicare produrrebbero in Itali". In altri termini, non è la norma

---

<sup>81</sup> Così, Cass. 15343/2016, secondo cui "Ne consegue che se l'atto matrimoniale è valido per l'ordinamento straniero, in quanto da esso ritenuto idoneo a rappresentare in modo consapevole il consenso dei coniugi, non può ritenersi in contrasto con l'ordine pubblico solo perché celebrato in una forma non prevista dall'ordinamento italiano"; altra decisione emblematica, questa volta in un caso di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale, è Cass. 16511/2012, che ha riconosciuto l'efficacia in Italia di una sentenza di condanna della Corte Suprema delle Bahamas al pagamento di 1.200.000 dollari derivanti da un debito contratto per il *gioco d'azzardo*, certamente contrario all'ordinamento italiano, tanto che ne è vietato l'esercizio e la partecipazione ai sensi degli artt. 718 e 720 c.p. e non è ammessa l'azione per il suo pagamento ai sensi dell'art. 1933 c.c., ma non contrario all'ordine pubblico internazionale: Anche in quel caso, la Cassazione ha ribadito che "non si tratta di accertare la diversità – non di rado riscontrabile in sede di delibazione – delle norme poste a fondamento della sentenza straniera rispetto al nostro ordinamento, ma, come già accennato, di verificare se gli effetti della sua applicazione superino il vaglio di legittimità alla luce dei principi dell'ordine pubblico; va inoltre osservato che, ove l'esame fosse incentrato sulla sola divergenza delle norme poste a fondamento della decisione deliberata rispetto a quanto previsto dal primo comma dell'art. 1933 c.c., si dovrebbe tener conto del fatto che la sentenza straniera è stata emanata in un momento successivo alla sua emanazione. 1933 c.c., si dovrebbe tener conto, da un lato, della concreta portata dell'efficacia del riconoscimento, consistente nella riaffermazione del principio, universalmente condiviso, della responsabilità patrimoniale del debitore..."; cfr. anche Cass. 10215/2007, in tema di *licenza estera ad nutum*, secondo cui "l'ordine pubblico... deve essere garantito, in sede di controllo di legittimità dei provvedimenti giurisdizionali, con riguardo non all'astratta formulazione della legge straniera, ma 'ai suoi effetti'"; Cass. 9483/2013, che ha confermato la decisione della Corte di Cassazione di sostenere il principio della legge dello Stato d'origine, che è l'unico che può essere sostenuto dai giudici. 9483/2013, che ha confermato la sentenza del giudice d'appello che ha riconosciuto l'efficacia in Italia di una sentenza di divorzio statunitense che assegnava un immobile alla moglie nonostante i coniugi fossero, in Italia, in regime di separazione dei beni, in quanto "gli effetti che la sentenza può determinare nell'ordinamento italiano" non determinano una violazione dell'ordine pubblico internazionale; il punto è stato sottolineato anche in dottrina: N. IRTI, *Digressioni intorno al muto 'concetto' di ordine pubblico*, in *NGCC*, 2016, 3, 481, "nell'utilizzare il 'filtro' dell'ordine pubblico, il problema che i giudici interni affrontano (o dovrebbero affrontare) non è quello di giudicare la liceità o meno dell'atto – formatosi altrove sulla base di una normativa straniera – ma quello di valutare in concreto se l'effetto prodotto – l'attribuzione di un rapporto di filiazione, eventualmente privo di legame biologico – sia o meno inaccettabile per il nostro ordinamento, in quanto incompatibile con i principi etici, economici, politici dell'ordinamento stesso".

in base alla quale la sentenza – o il provvedimento – straniero è stato reso che rileva ai fini del riconoscimento, ma il risultato concreto che il riconoscimento produce nell'ordinamento che effettua il relativo controllo di ammissibilità”<sup>82</sup>.

### C. Atti pubblici relativi alla paternità che non sono stati riconosciuti, eseguiti o registrati nei registri dello stato civile

Di seguito sono elencati i casi in cui i documenti pubblici relativi alla genitorialità stabilita in un altro Stato non sono stati riconosciuti in Italia. In tutti i casi, la motivazione addotta dalle autorità nazionali per il mancato riconoscimento della genitorialità stabilita in un altro Stato è stata la contrarietà all'ordine pubblico. L'unico genitore riconosciuto è stato quello biologico.

#### 1. Certificati di nascita con due madri

Fino a poco tempo fa, gli ufficiali di stato civile italiani non riconoscevano gli effetti giuridici di un atto di nascita rilasciato in un altro Stato membro con due donne indicate come genitori.

Nel 2016 e nel 2017, la Corte di Cassazione italiana ha stabilito per la prima volta che un certificato simile rilasciato da un Paese straniero (Spagna) non è contrario all'ordine pubblico e può essere registrato nei registri dello stato civile italiano (nel primo caso, una partner ha fornito l'ovulo e l'altra ha portato in grembo il bambino<sup>83</sup>; nel secondo caso, non vi era alcun legame biologico con la seconda donna)<sup>84</sup>.

Tuttavia, ancora oggi, l'argomento è controverso e molti ufficiali di stato civile non registrano gli atti di nascita con due madri<sup>85</sup>.

#### 2. Certificati di nascita rilasciati a seguito di maternità surrogata

I certificati di nascita di bambini nati da maternità surrogata rilasciati in un altro Stato membro (come la Grecia e, in passato, il Regno Unito) o in

---

<sup>82</sup> Trib. Pisa, 22 luglio 2016, in *dejure.it*, con specifico riferimento al caso di un atto di nascita formato a seguito di gestazione per altri recante l'indicazione del padre biologico e della madre designata.

<sup>83</sup> Cass., n. 19599/2016.

<sup>84</sup> Cass., n. 14878/2017.

<sup>85</sup> Ad esempio, Corte d'Appello di Bari, 3 febbraio 2020, relativa a un certificato di nascita rilasciato nel Regno Unito nel 2016.

un Paese terzo (come il Canada o gli Stati Uniti) non possono essere registrati in Italia perché contrari all'ordine pubblico<sup>86</sup>.

### 3. *Stepchild adoption* nelle coppie dello stesso sesso

Gli effetti giuridici dell'adozione straniera da parte di genitori dello stesso sesso sono ora riconosciuti in Italia<sup>87</sup>.

### 4. Adozione completa nelle coppie omosessuali

La Corte di Cassazione ha stabilito che è possibile riconoscere e registrare una sentenza di adozione piena per le coppie omosessuali: “Un provvedimento giudiziario straniero (nella specie, dello Stato di New York) di adozione di un minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile (entrambi cittadini americani, uno anche cittadino italiano), che conferisca uno status genitoriale corrispondente all'adozione piena o legittimante, può essere riconosciuto efficace, posto che (a) tale provvedimento non produca effetti contrari ai principi dell'ordine pubblico internazionale, non essendo di ostacolo, al riguardo, l'orientamento sessuale della coppia adottante, e tali principi non siano integrati dalla riserva di adozione legittimante”, di diritto interno alle sole coppie sposate, ma piuttosto dal riconoscimento del primato dell'interesse di tutti i minori, senza discriminazioni, nelle determinazioni che incidono sul loro diritto all'identità e alla stabilità affettiva b) tale riconoscimento presuppone, da un lato, che non vi sia un preventivo consenso alla maternità surrogata e, dall'altro, che il provvedimento straniero, anche se pronunciato, come nel caso di specie, dopo aver ottenuto il consenso dei genitori biologici del minore, abbia valutato positivamente l'idoneità genitoriale degli adottanti”<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Per quanto riguarda il documento canadese, si veda Cass., n. 12193/2019, che ha stabilito che solo il genitore biologico può essere registrato, mentre il genitore intenzionale dovrebbe adottare il bambino; si veda anche Cass., n. 38162/2022.

<sup>87</sup> Ad esempio Trib. Napoli, 5 aprile 2016, ha riconosciuto un'adozione francese di secondo genitore.

<sup>88</sup> Cass., n. 9006/2021, secondo la sentenza: “[Non è contrario ai principi dell'ordine pubblico internazionale riconoscere gli effetti di una decisione giudiziaria straniera di adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale maschile che concede lo status di genitore secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, in quanto la circostanza che il nucleo familiare dell'adottante sia omogeneo non costituisce un ostacolo all'adozione se si esclude la preesistenza di un accordo di maternità a fondamento della filiazione; si vedano anche le sentenze “gemelle” Trib. Min. Firenze, 7 marzo 2017 e Trib. Min. Firenze, 7 marzo 2017, in articolo29.it, che hanno riconosciuto l'efficacia in Italia di due sentenze di adozione piena esterna di due uomini pronunciate nel Regno Unito e negli Stati Uniti (Cfr. anche App. Napoli, 5 aprile 2016, in *dejure*, che ha riconosciuto l'efficacia in Italia di una sentenza francese di adozione, con effetti pieni e legittimanti, da parte di una donna nei confronti del figlio della moglie): come si evince dal dispositivo delle senten-

## 5. Adozione da parte di un solo genitore

Anche il riconoscimento dell'adozione monogenitoriale straniera è oggetto di dibattito<sup>89</sup>. Tuttavia, l'opinione prevalente è che una sentenza di adozione monogenitoriale debba essere riconosciuta, eseguita e trascritta in Italia.

In questo caso, tuttavia, si discute sugli effetti del riconoscimento.

La Corte di Cassazione ha stabilito che l'adozione di un minore straniero da parte di un single produce in Italia solo gli effetti "lievi", "semi-pieni", "non legittimanti" delle adozioni in casi particolari previste dall'art. 44 della legge italiana sulle adozioni (si è già visto che questa adozione non produce una genitorialità "piena"). Ad esempio, se l'adozione straniera viene riconosciuta in Italia a una sola persona, il rapporto del bambino con la famiglia d'origine può essere mantenuto e il genitore non eredita i beni del bambino in caso di morte. La Corte di Cassazione ha affermato che, per essere riconosciuta in Italia, l'adozione straniera deve rispettare "i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico in materia di famiglia e di minori": tra questi principi, secondo la Corte di Cassazione, vi è il requisito stabilito dalla legge 184/83 secondo cui solo le coppie unite in matrimonio possono essere ammesse all'adozione, essendo questa condizione adeguata, secondo il legislatore italiano, all'interesse del minore.

Gli unici casi ammessi in Italia di adozione di persone singole sono quelli previsti dall'art. 44 della legge sull'adozione, con effetti "miti": con la conseguenza che anche l'adozione straniera di una persona singola deve produrre gli stessi effetti in Italia<sup>90</sup>.

### D. Costi del mancato riconoscimento della filiazione stabilita in un altro Stato

Quando un documento pubblico non viene riconosciuto e registrato, i genitori devono intraprendere una costosa causa davanti al tribunale. In virtù dell'articolo 10 del DPR 115/2002 (regolamento italiano sulle spese processuali), i procedimenti giudiziari relativi alla registrazione dello stato civile e, più in generale, alla genitorialità, sono esenti da spese processuali. I richiedenti devono pagare le spese di consulenza legale, disciplinate dal Decreto Ministeriale 55/2014. La complessità del caso e la fase

---

ze, è stato ordinato all'Ufficiale di stato civile di trascrivere il provvedimento nei registri dello stato civile nei registri degli atti di nascita dei minori "con la conseguente modifica del loro atto di nascita"; è stata ritenuta trascrivibile anche la sentenza di adozione da parte di due uomini: App. Genova, 1 settembre 2017, in *articolo29.it*; App. Milano, 9 giugno 2017, in *articolo29.it*.

<sup>89</sup> Ad esempio: App. Potenza, 9 aprile 2020.

<sup>90</sup> Cass. 3572/2011.



del procedimento (Tribunale, Corte d'Appello, Corte di Cassazione) possono influire sui costi. Il procedimento giudiziario che regola il riconoscimento degli effetti giuridici di un atto straniero che stabilisce la filiazione è un procedimento volontario (non contenzioso): secondo la tabella allegata al suddetto decreto, le spese legali vanno da 2.225,00 a 4.320,00 euro solo davanti al Tribunale (più IVA). Le spese per i procedimenti davanti alla Corte d'Appello sono simili.

È raro che la Corte riconosca il rimborso delle spese legali del ricorrente vincitore a spese dell'autorità pubblica che ha causato il contenzioso.

## **XI. Effetti del mancato riconoscimento della filiazione stabilita in un altro Stato**

La conseguenza del mancato riconoscimento del secondo genitore è che il bambino non ha alcun rapporto giuridico e legale con il secondo genitore e viceversa.

### **A. Violazione dei diritti del minore**

La mancanza di riconoscimento mina i loro diritti fondamentali, come i seguenti.

#### **1. Violazione del diritto del minore alla vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU (assenza di diritti ereditari, rappresentanza legale, permessi di lavoro, ecc.)**

In assenza di un certificato di nascita che indichi un genitore, il rapporto giuridico tra quest'ultimo e il bambino viene di fatto annullato: il bambino non eredita; gli enti amministrativi – come scuole pubbliche, ospedali – non riconoscono il rapporto giuridico tra genitore non registrato e bambino. Se il genitore biologico muore, il genitore non registrato rimane giuridicamente estraneo al bambino; lo stesso pericolo potrebbe sorgere se il genitore non registrato decidesse di lasciare la casa familiare: in tal caso, potrebbe farlo senza conseguenze legali: il bambino non potrebbe rivendicare alcun diritto, ad esempio al mantenimento economico, nei confronti del proprio genitore.

Inoltre, il figlio, in assenza di un riconoscimento giuridico del suo rapporto con il genitore, non può diventare titolare di diritti previsti da norme specifiche che hanno come presupposto il riconoscimento della condizione di figlio "a carico" di una determinata persona: ad esempio, il genitore non riconosciuto non può usufruire di permessi o congedi per assistere il figlio; il figlio non può subentrare nei contratti di locazione del genitore; ecc.

Di conseguenza, il diritto alla vita privata e familiare è violato, ai sensi dell'art. 8 CEDU: è proprio un caso simile che ha portato, nelle cause CEDU *Mennesson c. Francia* e CEDU *Labasse c. Francia*, alla condanna della Francia per violazione del diritto al rispetto della vita privata, per non aver trascritto i certificati di nascita di due bambine, ai sensi dell'art. 8 CEDU. (si vedano, in nota, i paragrafi più salienti della decisione, in cui la CEDU ribadisce, con molti esempi, come il rifiuto dello Stato francese abbia messo in serio pericolo la vita privata delle bambine: ad esempio, mettendo in pericolo la loro capacità di ereditare, se non come legatari, ecc.)<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Come ha osservato la Corte, §§ 88-89-90, infatti, le ragazze “non disponendo di documenti che attestino la loro nazionalità francese e il loro stato di famiglia, sono costrette a produrre documenti di stato civile statunitensi non registrati, accompagnati da una traduzione giurata, ogni volta che chiedono di accedere a un diritto o a un servizio che richieda la prova del loro legame familiare, e sono quindi spesso trattate con sospetto, o almeno con incomprensione, da chi si occupa della richiesta”. Riferiscono delle difficoltà incontrate nel registrare il terzo e il quarto richiedente [cioè le giovani *Domenica* e *Fiorella*, ndr], che sono state oggetto di una richiesta di asilo. Inoltre, come conseguenza – almeno allo stato attuale delle cose – del fatto che le due ragazze, secondo la legge francese, non hanno un rapporto giuridico con la prima e la seconda richiedente [cioè con i loro genitori, ndr], la loro famiglia e la loro famiglia non sono in grado di gestire la loro situazione. Questa circostanza complica la possibilità di viaggiare in famiglia e desta preoccupazione (...) rispetto alla possibilità per la terza e la quarta ricorrente [le bambine *Fiorella* e *Domenica*, *n.d.t.*] di rimanere in Francia”; sebbene il governo francese si sia difeso sostenendo che le bambine avrebbero potuto ottenere un certificato di nazionalità, e sebbene la Corte lo abbia invitato a specificare meglio la sua posizione, “la Corte osserva che non è affatto chiaro se questa possibilità esista realmente” e finisce, anzi, per argomentare contro la deduzione del governo, ritenendo che ciò non sia possibile (cfr. par. 90); la Corte ha anche ritenuto che il diritto alla privacy delle bambine sia stato violato: cfr. parr. 96-101: “Come ha osservato la Corte, il rispetto della vita privata richiede che ogni persona sia libera di affermare i dettagli della propria identità personale come essere umano individuale, che include il rapporto giuridico tra genitore e figlio; un elemento essenziale dell'identità degli individui è in pericolo quando è in discussione il rapporto genitore-figlio (si veda il paragrafo 80 sopra). In base all'attuale diritto interno, la terza e la quarta ricorrente [le ragazze, ndr] si trovano in una posizione di incertezza giuridica. (...) Il rifiuto di concedere qualsiasi effetto alla sentenza statunitense e di registrare coerentemente i dati dei certificati di nascita dimostra che il rapporto non è riconosciuto dall'ordinamento giuridico francese. In altre parole, anche se la Francia è a conoscenza del fatto che le ragazze sono state identificate in un altro Stato come figlie della prima e della seconda ricorrente, la Francia nondimeno nega loro tale status ai sensi della legge francese. La Corte ritiene che tale contraddizione pregiudichi il diritto all'identità delle bambine all'interno della società francese. 97. Anche se l'articolo 8 della Convenzione non garantisce il diritto di acquisire una particolare nazionalità, resta il fatto che la nazionalità è un elemento dell'identità personale (si veda *Genovese c. Malta*, n. 53124/09, par. 33, 11 ottobre 2011). Come la Corte ha già sottolineato, sebbene il loro padre biologico sia francese, il terzo e il quarto ricorrente si trovano di fronte a una preoccupante incertezza circa la possibilità di ottenere il riconoscimento della loro cittadinanza francese ai sensi dell'articolo 18 del Codice civile. Questa incertezza rischia di avere ripercussioni negative sulla definizione della loro identità personale. 98. La Corte osserva che il fatto che la terza e la quarta ricorrente non siano identificate dalla legge francese come figlie della prima e della seconda ricorrente ha conseguenze sui loro diritti ereditari. Prende atto che il Governo nega questa circostanza, ma osserva che il Consiglio di Stato ha stabilito che, in assenza di riconoscimento in Francia di un rapporto di filiazione instaurato all'estero nei confronti della madre designata, un figlio nato all'estero a seguito di un accordo di surrogazione non può ereditare l'eredità della madre a meno che quest'ultima non lo abbia nominato legatario, e le imposte di successione

## 2. Violazione del diritto del minore all'identità personale ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione e dell'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo

Il mancato riconoscimento giuridico nell'ordinamento italiano del rapporto di filiazione tra genitore e figlio viola il diritto fondamentale all'identità personale del minore: come sottolineato dalla giurisprudenza della CEDU, lo status di figlio costituisce un elemento fondante dell'identità personale, in quanto “interesse giuridicamente protetto a non vedere alterato o travisato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, etico e sociale”<sup>92</sup> è tutelato dall'articolo 2 della Costituzione e, soprattutto, nel caso di specie, dall'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, secondo cui “gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a conservare la propria identità, compresi la nazionalità, il nome e le relazioni familiari, quali riconosciuti dalla legge, senza interferenze illecite”<sup>93</sup>.

## 3. Violazione del diritto alla bigenitorialità ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

L'assenza di un riconoscimento legale della paternità viola l'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui “Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse”.

---

sono calcolate come se fosse un terzo... cioè in modo meno favorevole. La stessa situazione si verifica per quanto riguarda l'eredità del padre intenzionale, anche se è il padre biologico, come in questo caso. Anche questa è una componente della loro identità: il loro legame di parentela, in quanto figli nati a seguito di un accordo di maternità surrogata perfezionato all'estero, viene privato. 99. La Corte può accettare che la Francia possa voler dissuadere i suoi cittadini dal recarsi all'estero e usufruire di metodi di riproduzione assistita che sono vietati sul suo territorio (si veda il paragrafo 62 supra). Tuttavia, gli effetti del mancato riconoscimento da parte della legge francese del rapporto parentale tra i bambini così concepiti e i loro genitori previsti non si limitano ai soli genitori che hanno scelto un particolare metodo di procreazione assistita vietato dalle autorità francesi. Esse riguardano anche i bambini stessi, il cui diritto al rispetto della vita privata – che implica che ognuno sia libero di determinare l'essenza della propria identità, compreso il legame parentale – è significativamente compromesso. Di conseguenza, sorge un serio interrogativo sulla compatibilità di una tale situazione con l'interesse superiore delle bambine, che deve guidare qualsiasi decisione che le riguardi”; identico ragionamento nel caso gemello CEDU Labasse c. Francia, n. 65941/2011.

<sup>92</sup> Corte di Cassazione, n. 987 del 7 febbraio 1986, che ha sottolineato come questo diritto trovi il suo fondamento diretto nell'articolo 2 della Costituzione.

<sup>93</sup> Un importante riferimento all'identità personale del bambino è contenuto anche nell'articolo 29 della stessa Convenzione, dove si afferma che “gli Stati parti convengono che l'educazione del bambino avrà come scopo: (...) (c) di sviluppare nel bambino il rispetto dei suoi genitori, della sua identità, della sua lingua e dei suoi valori culturali, nonché il rispetto dei valori nazionali del paese in cui vive, del paese di cui può essere originario e delle civiltà diverse dalla sua”.

#### 4. **Violazione del diritto del minore alla non discriminazione sulla base della sua nascita, ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo**

Il mancato riconoscimento del legame giuridico tra genitore sociale e figlio, inoltre, potrebbe produrre oggi una discriminazione intollerabile per il minore, basata su una condizione personale, cioè sul fatto di avere due genitori dello stesso sesso, o sul fatto di essere nato attraverso una certa tecnica di procreazione artificiale: tale discriminazione è vietata dall'art. 2 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che stabilisce che gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti sanciti dalla presente Convenzione e ad assicurare tali diritti ad ogni bambino all'interno della loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e indipendentemente dal fatto che si tratti di un bambino. 2 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, secondo cui gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e ad assicurare tali diritti a ogni bambino che rientra nella loro giurisdizione, senza alcuna distinzione di sorta e indipendentemente dalla razza, dal colore, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dalle opinioni politiche o di altro genere, dall'origine nazionale, etnica o sociale, dalla situazione finanziaria, dalla disabilità, dalla nascita o da qualsiasi altra condizione del bambino o dei suoi genitori o tutori legali; gli Stati parti adottano tutte le misure appropriate per garantire che il bambino sia effettivamente protetto da ogni forma di discriminazione o punizione basata sulla condizione sociale, le attività, le opinioni o le convinzioni professate dai genitori, dai rappresentanti legali o dai membri della famiglia del bambino.

È chiaro che l'ordinamento giuridico non può né creare distinzioni tra i bambini, cioè tra quelli nati attraverso la procreazione medicalmente assistita o in modo "tradizionale", né tra i bambini nati da coppie omosessuali o eterosessuali, né può rifiutarsi di riconoscere l'esistenza degli uni o degli altri e quindi ostacolare l'esercizio dei loro diritti fondamentali.

#### **B. Violazione dei diritti del secondo genitore (genitore sociale)**

Il mancato riconoscimento del vincolo giuridico lede anche i diritti del padre nei confronti del figlio. Ad esempio: il diritto di ereditare il patrimonio del figlio, se muore; il diritto di chiedere gli alimenti al figlio, se si trova in un grave stato di disagio economico e di indigenza; il diritto all'identità personale, che consiste anche nell'identità di padre o madre, ecc.

# CAPITOLO SPAGNA\*

## *Sommario*

- I. Introduzione
- II. Il concetto di famiglia nella Costituzione del 1978
- III. Un concetto aperto di famiglia e di sistema giuridico della filiazione
- IV. L'infanzia nella Costituzione del 1978: l'interesse del minore
- V. Il sistema giuridico della famiglia in una realtà sociale in evoluzione
- VI. Accesso alla genitorialità
  - A. Adozione da parte di coppie dello stesso sesso
  - B. Procreazione medicalmente assistita: *ley sobre técnicas de reproducción humana asistida - ley 14/2006*
- VII. Maternità surrogata in Spagna
- VIII. Riconoscimento ed esecuzione di documenti pubblici relativi alla genitorialità rilasciati in un altro Paese
- IX. La maternità surrogata nella giurisprudenza della Corte Suprema
- X. La registrazione degli atti di nascita formati all'estero nella prassi dei tribunali spagnoli

## **I. Introduzione**

Il saggio rappresenta il risultato dell'attività di ricerca svolta dalla Just Parent Unit dell'Università di Granada. L'intento è quello di offrire una panoramica dei principali aspetti della filiazione e, soprattutto, della genitorialità sociale nell'ordinamento giuridico spagnolo. La rilevanza di questo studio, in una prospettiva comparativa con le altre normative interessate dal progetto, dipende dall'entrata in vigore della Costituzione spagnola nel 1978. Da alcuni punti di vista, come si vedrà, questa Costituzione, più giovane di altre studiate nell'ambito del Progetto JUST-PARENT, si sta dimostrando maggiormente in linea con alcune delle esigenze più attuali della società in materia di genitorialità.

Si tratta di una considerazione di carattere generale che prende le mosse dalla parità di genere all'interno del matrimonio e dal cosiddetto matrimonio egualitario. Come si evidenzierà, infatti, gli elementi che permettono di parlare dell'ordinamento giuridico spagnolo come di un sistema più favorevole alla configurazione di modelli di genitorialità sociale discen-

---

\* Questo capitolo rappresenta uno dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'Unità dell'Università di Granada, composta da: Prof. A Pérez Miras (P.I.), Dott. G. Palombino, Prof. E. Guillén López, Prof.ssa A. Galera Victoria e L.F. Martínez Quevedo.

dono proprio dalle norme relative al matrimonio<sup>1</sup>. Solo per fare un esempio, lasciando alle pagine successive una riflessione più approfondita, si consideri che la Spagna, contestualmente alla regolamentazione del matrimonio omosessuale, ha approvato anche l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, un passo che in altri ordinamenti europei (come quello italiano, ad esempio) trova ancora qualche resistenza<sup>2</sup>.

Al di là di tutto questo, però, è indubbio che anche l'ordinamento giuridico spagnolo, come gli altri studiati nel contesto del progetto, si oppone ad alcune istanze che, da un punto di vista strettamente giuridico, non godono ancora di un riconoscimento normativo (come nel caso della maternità surrogata). In questo lavoro, quindi, cercheremo di descrivere lo stato dell'arte in materia, evidenziandone le criticità e/o le prospettive.

## II. Il concetto di famiglia nella Costituzione del 1978

È chiaro che la promulgazione della Costituzione nel 1978, segnando la nascita della democrazia spagnola dopo gli anni del regime totalitario di Franco, ha cambiato profondamente la società spagnola<sup>3</sup>. Anche il diritto di famiglia è stato interessato da questi sviluppi<sup>4</sup>. I principi costituzionali, infatti, hanno cambiato la visione dell'ordinamento giuridico della fami-

<sup>1</sup> A.L. CABEZUELO ARENAS, *Matrimonio y parejas de hecho. ¿es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos?* *A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, 9-62. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-04/25902dcp21001.pdf>.

<sup>2</sup> E. ALONSO CRESPO, *Adopción nacional e internacional*, in *La Ley Actualidad*, 2004; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, 2013; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, *Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, in *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 6/2017 parte Doctrina, 2017; A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, (dirs.), *Código civil Comentado*, vol. I, ed. II, Aranzadi SA, 2011; P. GONZÁLEZ NAVASA, *Acogimiento familiar y adopción*, in *Shinè Psicología y Coaching*, S.L-Universidad de La Laguna, 2018; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Edisofer S.L, 2016; M.V. MAYOR DEL HOYO, *La Adopción en el Derecho Común Español*, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>3</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN (Dir.), *Introducción al Derecho constitucional*, ed. XI, Madrid, Tecnos, 2020; F. BALAGUER CALLEJÓN, (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, ed. XVII, Tecnos, 2022; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, in M.A. APARICIO PÉREZ (Coord.), *Derechos Constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Cedecs, 2001, 93-116; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Constitución normativa y ciencia del Derecho*, in AA.VV. *Estudios de derecho Publico en Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, 1997.

<sup>4</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO (Dir.), *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, *Familia*, Dykinson, 2010; E. LLAMAS POMBO, *Manual de Derecho civil*, vol. V, *Derecho de familia*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, 2021.

glia, trasformando la vecchia concezione di *familia* contenuta nel sistema pre-costituzionale, basata esclusivamente sul rapporto giuridico matrimoniale e ispirata a un'idea patriarcale ed eterosessuale della società<sup>5</sup>.

Questo modello si basava sull'idea che la funzione sociale essenziale della famiglia fosse la procreazione della prole. Ciò spiega perché, nell'ambito di questa sezione dedicata allo studio del sistema giuridico spagnolo, il ragionamento sulla regolamentazione del matrimonio in direzione dell'approfondimento della genitorialità sociale debba essere considerato di centrale importanza<sup>6</sup>. La formazione della genitorialità sociale, *de facto*, passa anche attraverso la regolamentazione delle unioni affettive perché è sulla base di queste che prende forma la famiglia, la più antica formazione sociale soggetta a tutele giuridiche<sup>7</sup>.

Tuttavia, è interessante osservare che proprio nel Codice civile del 1889 i figli erano profondamente discriminati a causa della loro filiazione; nel Codice era contenuta una lista di classificazioni filiali anacronistiche e umilianti, il cui scopo principale era quello di discriminare i cosiddetti figli illegittimi, naturali o non naturali, putativi e adottivi, rispetto ai figli legittimi, nati o concepiti nel matrimonio. In altre parole, la famiglia descritta dalla versione originale del Codice civile spagnolo era l'eco del pensiero comune di quel periodo<sup>8</sup>.

Nel corso degli anni, il Codice civile è cambiato e la concezione patriarcale e autoritaria della famiglia, fondata sul matrimonio e legata all'idea forte della filiazione legittima, è scomparsa dopo diversi interventi legislativi<sup>9</sup>. Inoltre, il sistema giuridico familiare spagnolo è stato adattato ai valori del sistema familiare stabiliti dalla Rivoluzione francese del 1789 e sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Come noto, la nozione di famiglia in quel contesto era costruita sull'idea di convivenza,

<sup>5</sup> E. LLAMAS POMBO, *op. cit.*

<sup>6</sup> J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 223: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10059dpc012069.pdf>; N. ÁLVAREZ LATA, *Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 7: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10059dpc012069.pdf>; M.I. RAMOS QUINTANA, *Uniones de hecho, protection social y relación de trabajo*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 7: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10059dpc012069.pdf>.

<sup>7</sup> F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El principio de no discriminación en las relaciones de filiación*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 38, 2021, 157-194.

<sup>8</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO (Dir.), *op. cit.*; E. LLAMAS POMBO, *op. cit.*

<sup>9</sup> Le riforme hanno avuto luogo nei seguenti anni: 1981 (cfr. Legge 11/81, del 13 maggio e Legge 30/1981, del 7 maggio 1981), 1990 (cfr. Legge 11/1990, del 15 ottobre 1990), 2005 (cfr. Legge 13/2005, del 15 ottobre 2005), 2005 (cfr. Legge 13/2005, del 1° luglio e Legge 15/2005, dell'8 luglio) e 2015 (Legge 15/2015, del 2 luglio 2015).

qualificata dalla circostanza di supporre un reciproco impegno personale ed economico. Inoltre, è questo il momento in cui cambia il riferimento alla funzione fondante della procreazione, che non viene più considerata un elemento decisivo nella costruzione della relazione familiare<sup>10</sup>.

Partendo da questo punto di vista, l'idea di famiglia introdotta nella Costituzione spagnola determina un approccio in materia di genitorialità sociale strettamente adattativo: gli artt. 32 e 39 della Costituzione<sup>11</sup>, infatti, non contemplano e tutelano un modello unico e chiuso di famiglia, ma piuttosto una pluralità di modelli familiari, approccio che offre maggiore riconoscimento e tutela da parte delle autorità pubbliche e dei privati<sup>12</sup>.

Pertanto, la Costituzione non approva un unico tipo o modello di famiglia, ma una pluralità di "famiglie" costituzionalmente riconosciute. Ad esempio, nelle garanzie degli articoli 32 e 39 della Costituzione, la famiglia basata sul matrimonio contratto da due individui eterosessuali e sulla filiazione matrimoniale non è l'unico (modello) interessato, ma sono inclusi anche la filiazione extraconiugale e il matrimonio contratto da due individui dello stesso sesso, le unioni di fatto, la famiglia monoparentale, estesa o nucleare (oggi, ad es., uno dei modelli familiari riconosciuti si basa sulla nozione di matrimonio contratto da due persone, di sesso diverso [eterosessuale] o uguale [omosessuale], con identica responsabilità decisionale nelle relazioni personali ed economiche, e su un sistema di filiazione costruito sul principio della responsabilità dei genitori o di coloro che esercitano la potestà genitoriale legalmente riconosciuta sui figli)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> G. CÁMARA VILLAR, *El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española*, in F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, ed. XIV, Tecnos, 2019, 78.

<sup>11</sup> Art. 32: "1. Uomini e donne hanno il diritto di sposarsi con piena uguaglianza giuridica. 32: "1. L'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi con piena uguaglianza giuridica. 2. La legge regolerà le forme del matrimonio, l'età in cui può essere contratto e la capacità richiesta, i diritti e i doveri dei coniugi, le cause di separazione e di scioglimento e le relative conseguenze". Art. 39: "1. I poteri pubblici assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. 2. I poteri pubblici assicurano altresì la piena protezione dei bambini, che sono uguali davanti alla legge, indipendentemente dalla loro filiazione e dallo stato civile delle madri. La legge prevede l'accertamento della paternità. 3. I genitori devono fornire ai figli, nati all'interno o all'esterno del matrimonio, ogni tipo di assistenza quando sono ancora minorenni e nelle altre circostanze in cui la legge è applicabile. 4. I bambini devono godere della protezione prevista dagli accordi internazionali che tutelano i loro diritti".

<sup>12</sup> J. APARICIO TÓVAR, J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M. NIEVES MORENO VIDA, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002; Ó. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, 2017.

<sup>13</sup> M. MARTÍN CASALS, *Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 143: <https://www.cepc.gob.es>



### III. Un concetto aperto di famiglia e di sistema giuridico della filiazione

Sulla base dell'art. 39 della Costituzione spagnola<sup>14</sup>, possiamo affermare che l'ordinamento giuridico spagnolo accoglie un "concetto aperto" di famiglia<sup>15</sup>. La protezione offerta a questa dall'articolo citato non può essere limitata alle famiglie costituite dal matrimonio, ma a *qualsiasi forma di convivenza umana*, qualificata dalla circostanza di presupporre un *impegno personale ed economico reciproco* senza un termine anticipato, basato sull'affetto o sull'aiuto reciproco tra i suoi membri. In questo senso, la Corte costituzionale ha avuto un ruolo rilevante nell'affermare il cosiddetto "modello aperto" di famiglia basato sui principi costituzionali. In molte sentenze, la Corte ha affermato che il tipo di famiglia contemplato dalla Costituzione è un modello plurale<sup>16</sup> e che la famiglia protetta dalle garanzie costituzionali ammette diverse modalità di convivenza stabile, più di quella basata sul matrimonio<sup>17</sup>.

Nella stessa prospettiva, è chiaro che la Costituzione determina un impatto rilevante anche sul sistema giuridico della filiazione. La Costituzione spagnola ha trasformato profondamente quest'ultimo (cfr. artt. 108-141 e 175-180 CC), per cui possiamo ritenere che il sistema di filiazione spagnolo sia una delle aree del diritto civile in cui la Costituzione del 1978 ha proiettato più intensamente i suoi valori e principi<sup>18</sup>. Ciò costituisce un passo importante per culminare la transizione vissuta dal diritto di famiglia da una visione istituzionale e organica a una visione non solo associa-

sites/default/files/2021-12/10060dpc012143.pdf; M. NÚÑEZ GRAÑÓN, *Régimen tributario de las uniones de hecho*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 189: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10061dpc012189.pdf>; N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*; M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*; M.E. ROVIRA SUEIRO, *La "Familia de hecho" in Italia: stato attuale della questione*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 223: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10063dpc012269.pdf>; J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*

<sup>14</sup> E. ARANDA ÁLVAREZ, S. SIEIRA, A. RASTROLLO RIPOLLÉS, *Artículo 39*, in *Índice sistemático de la Constitución*, Congreso de los Diputados, 2017:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>.

<sup>15</sup> C. MOLINA NAVARRETE, *La multiculturalidad, el pluralismo de relaciones de convivencia en pareja y el derecho social: entre tradición y renovación*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, 275-311: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25908dpc21007.pdf>.

<sup>16</sup> Su questo punto, si veda A. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *La legislación sobre parejas de hecho tras las sentencias del Tribunal Constitucional 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril*, in *Revista de derecho aragonés*, n. 20, 2014, 183-200.

<sup>17</sup> In questa direzione, F.J. CAÑAL GARCÍA, *Matrimonio y uniones de hecho en la reciente jurisprudencia constitucional*, in *Ius Canonicum*, XXXV, n. 69, 1995, 287-300.

<sup>18</sup> N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*; M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, 223; M.E. ROVIRA SUEIRO, *op. cit.*, 223.

tiva, ma anche marcatamente individualista. Anche se, come si svilupperà in seguito, si tratta di un sistema ancora incompiuto e, per alcuni aspetti specifici, in crisi<sup>19</sup>.

In particolare, il principio di uguaglianza e non discriminazione in base alla nascita ha una proiezione speciale nel sistema di filiazione. Quest'ultimo si ispira ai seguenti principi: a) il principio di uguaglianza dei bambini, il cui massimo esponente si specifica nel divieto di qualsiasi discriminazione per motivi, tra gli altri, di nascita o di altre condizioni, circostanze personali o sociali; b) i poteri pubblici garantiranno la protezione globale dei bambini, che sono uguali davanti alla legge indipendentemente dalla loro appartenenza, che non è altro che una concretizzazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 9.2 della Costituzione; c) il principio dell'indagine sulla genitorialità delineato nell'art. 39.2 della Costituzione<sup>20</sup>, la cui consacrazione positiva ha permesso o legittimato la definizione di limiti all'azione di accertamento della paternità e della maternità, cioè alle azioni di filiazione nel cui processo si procede all'accertamento della paternità, anche con prove biologiche (es. brevi termini di scadenza, legittimazione, prove indiziarie, ecc.)<sup>21</sup>.

L'introduzione del principio di non discriminazione in base alla nascita nel sistema di filiazione ha avuto un riflesso immediato sulla posizione giuridica attribuita ai figli nati fuori dal matrimonio e sulla nuova configurazione delle azioni di filiazione. In particolare, la consacrazione dei nuovi aspetti della filiazione è avvenuta in Spagna attraverso una legge di particolare rilevanza e incidenza nel regime di filiazione del Codice civile: Legge

<sup>19</sup> A.H. PULEO, *Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 29, 2017, 165-184; E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009*, in *InDret - Revista para el análisis del derecho*, n. 1, 2010.

<sup>20</sup> "1. I poteri pubblici assicurano la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia. 2. I poteri pubblici assicurano inoltre la piena protezione dei bambini, che sono uguali davanti alla legge, indipendentemente dalla loro parentela e dallo stato civile delle madri. La legge prevede l'accertamento della paternità. 3. I genitori devono fornire ai figli, nati all'interno o all'esterno del matrimonio, ogni tipo di assistenza quando sono ancora minorenni e nelle altre circostanze in cui la legge è applicabile. 4. I bambini devono godere della protezione prevista dagli accordi internazionali che tutelano i loro diritti".

<sup>21</sup> M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, *La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 39, 2021, 213-247; F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El principio de no discriminación en las relaciones de filiación*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 38, 2021, 157-194; M. NÚÑEZ BOLAÑOS, I.M. NICASIO JARAMILLO, E. PIZARRO MORENO, *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 29, 2015, 227-261.

11/1981, del 13 maggio 1981, *De modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*<sup>22</sup>, che ha imposto un nuovo regime per la filiazione.

In primo luogo, il legislatore ha cercato di bilanciare i delicati interessi coinvolti dall'appartenenza coniugale. Così, il matrimonio non prevale ai fini della filiazione, ma la sua esistenza ha importanza al momento di discriminare i titoli della sua determinazione, così come in quello di articolare il sistema di azioni<sup>23</sup>.

Con questi pilastri, si affronta la differenziazione dei termini e la legittimazione attiva per facilitare l'adattamento dell'affiliazione legale a quella sociale, e per porre ostacoli o limiti alla contestazione della filiazione matrimoniale. In breve, in questa prima fase legislativa post-costituzionale, nel Codice civile viene introdotta la non discriminazione della filiazione extracongiugale, consacrando l'uguaglianza tra quella coniugale e quella extracongiugale e concedendo ai figli nati fuori dal matrimonio non solo un mero *status filiae*, ma un pieno *status familiae*; l'ammissione dell'azione di accertamento della paternità; e l'idea che "l'interesse del figlio" sia preminente rispetto a quello del genitore. Ciò si evince dal fatto che quest'ultimo è sempre legittimato all'esercizio di azioni di rivendicazione di filiazione,

<sup>22</sup> Art. 112: "La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario. En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes, de que la filiación hubiere sido determinada". Art. 113: "La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria". Art. 114: "Los asientos de filiación podrán ser rectificadlos conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación. Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados".

<sup>23</sup> Art. 127: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde". Art. 128: "Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor. Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adaptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior". Art. 129: "Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal". Art. 130: "A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas".

così come che il maggiorenne può rifiutare il riconoscimento da parte del genitore<sup>24</sup>.

#### IV. L'infanzia nella Costituzione del 1978: l'interesse del minore

Sempre nell'ottica di fornire elementi generali che possano definire il perimetro dell'indagine dalla prospettiva spagnola, è opportuno offrire anche alcuni spunti di riflessione sulla dimensione dell'infanzia nella Costituzione del 1978<sup>25</sup>.

L'infanzia manca di una specifica regolamentazione costituzionale. È stata tradizionalmente legata alla famiglia e, quindi, è stata inquadrata all'interno delle relazioni genitori-figli<sup>26</sup>. Come sappiamo, la famiglia è riconosciuta come principio guida dall'art. 39 CE, per cui sono previste una serie di misure da parte dei poteri pubblici che ne garantiscono la tutela. Ciò è in linea con le disposizioni della Convenzione sui diritti del fanciullo quando riconosce che “La famiglia, come gruppo fondamentale della società e come mezzo naturale per la crescita e il benessere di tutti i suoi membri, e in particolare dei bambini, deve ricevere la protezione e l'assistenza necessarie per poter assumere pienamente le proprie responsabilità all'interno della comunità”.

<sup>24</sup> Art. 131: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada” Art. 132: “A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”. Art. 133: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida. Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare. para completar dichos plazos”. Art. 134: “El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia”. Art. 135: “Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”.

<sup>25</sup> A. PÉREZ MIRAS, *La regulación constitucional y estatutaria de la infancia*, in M.C. PÉREZ VILLALOBOS (Coord.), *Los conflictos armados y la protección de la infancia: un estudio multidisciplinar desde la perspectiva de los derechos humanos*, Aranzadi, 2020, 357-381.

<sup>26</sup> E. ARANDA ÁLVAREZ, S. SIEIRA, A. RASTROLLO RIPOLLÉS, *Artículo 39*, in *Índice sistemático de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2017.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=39&tipo=2>.

È in questo quadro che diventa rilevante la sezione 4 dell'art. 39 CE perché ci offre un trattamento specifico per i bambini, come soggetti propri e non legati al loro status filiale. Questa sezione non compariva nel progetto costituzionale, ma è stata introdotta da un emendamento del senatore Villar Arregui nel dibattito in plenaria. La disposizione afferma che “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, quindi ci offre un'interessante prospettiva soggettiva per la protezione dei bambini. Questi accordi hanno il loro massimo esponente nella Convenzione sui diritti del fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1989<sup>27</sup>.

Tuttavia, non possiamo dimenticare che questo rientra nei principi guida e, nonostante la bontà del riferimento al trattato internazionale, dal punto di vista costituzionale implica un livello inferiore di garanzie. Come diritto fondamentale in senso stretto, troviamo solo un riferimento alla sua tutela nell'ambito delle libertà comunicative<sup>28</sup>. Infatti, l'art. 20.4 CE stabilisce la protezione della gioventù e dell'infanzia come limite estrinseco<sup>29</sup>. Da tutto ciò si può dedurre che la regolamentazione costituzionale è scarsa.

Solo con la “*Ley Orgánica del menor*” (LOPJM)<sup>30</sup>, nel 1996, l'ordinamento spagnolo ha reso esplicito l'interesse del minore, in conformità con

<sup>27</sup> B. ALÁEZ CORRAL, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, 2003, 64.

<sup>28</sup> A. PÉREZ MIRAS, *Libertad de expresión y menores*, in F.J. DURÁN RUIZ (Dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch, 2018, 235-256.

<sup>29</sup> E. ALBA FERRÉ, *La protección del libre desarrollo de la personalidad del menor en los procesos de custodia compartida*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA, M.P. IADICICCO (Dir.), C. MONTESINOS PADILLA (Coord.), *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, vol. II. *Derechos fundamentales*, CEPC-BOE, 2020, 387-389.

<sup>30</sup> *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (LOPJM), dove si afferma “La Constitución Española de 1978 al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en primer lugar a la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores [...] a presente Ley pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. En este sentido - y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código -, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste funda-

quanto previsto dall'art. 3.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo, in cui si afferma che "in tutte le misure riguardanti i bambini prese da istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, da tribunali, da autorità amministrative o da organi legislativi, la considerazione principale è l'interesse superiore del bambino". Ma è solo con la riforma della LOPJM del 2015 che l'interesse superiore del minore assume una dimensione molto più completa. Infatti, nella formulazione originaria è stato stabilito, all'art. 2 LOPJM e come principio generale, che l'interesse superiore del minore debba prevalere su qualsiasi altro interesse legittimo che possa emergere nell'applicazione di tale legge. Sebbene questa fosse già una vera e propria pietra miliare importante, riteniamo che la nuova e più estesa stesura dell'art. 2 LOPJM, che si occupa direttamente dell'interesse del minore, sia più coerente con l'effettiva tutela che deve essere perseguita nella protezione dei minori<sup>31</sup>.

Inoltre, la riforma ha comportato un cambiamento nella natura del precetto. Nella formulazione originaria l'art. 2 era di natura ordinaria. Tuttavia, la nuova formulazione data dalla LO 8/215 ha conferito natura organica all'articolo, nel senso che l'art. 81 CE incide sullo sviluppo dei diritti fondamentali. Come abbiamo visto, è indubbio che la formulazione letterale del 2015 abbia un impatto sui diritti fondamentali dei minori. Ci interessa in particolare l'art. 2.1 LOPJM in cui il miglior interesse del minore è considerato un diritto che riguarda indubbiamente sia la sfera pubblica che quella privata, per cui deve essere sempre valorizzato e considerato preminente in tutte le azioni e decisioni che lo riguardano<sup>32</sup>.

Anche se continuiamo a muoverci nell'ambito giuridico, non c'è dubbio che la modifica ha un forte valore perché introduce il miglior interesse del minore nello spettro dei diritti fondamentali. Data l'assenza costituzionale, possiamo almeno considerarlo un piccolo passo verso quella che, dal

---

mentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos".

<sup>31</sup> C. FLORIT FERNÁNDEZ, *La protección del menor del artículo 39 de la Constitución en las medidas a adoptar en cuanto a su custodia*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA, M.P. IADICICCO (Dir.), C. MONTESINOS PADILLA (Coord.), *Setenta... op. cit.*, 408-411.

<sup>32</sup> E. GÓMEZ CALLE, *La responsabilidad civil del menor*, in *Derecho privado y constitucion*, n. 7, 1995, 87: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9979dpc007087.pdf>; M.V. MAYOR DEL HOYO, *En torno al tratamiento de la adopción en la convención de la ONU sobre los derechos del niño*, in *Derecho privado y constitucion*, n. 7, 1995, 135: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9980dpc007135.pdf>; E. RAMOS CHAPARRO, *Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional*, in *Derecho privado y constitucion*, n. 7, 1995, 167: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9981dpc007167.pdf>; M. SALANOVA VILLANUEVA, *El derecho del menor a no ser separado de sus padres*, in *Derecho privado y constitucion*, n. 7, 1995, 167: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9982dpc007231.pdf>.

nostro punto di vista, dovrebbe essere la giusta natura del *best interest of the child*, secondo la sua dimensione trasversale nell'ordinamento, ovvero la sua inclusione come principio costituzionale di base, sarebbe auspicabile una migliore corrispondenza normativa di quello che, in concreto, già agisce come elemento che incide direttamente sul sistema dei diritti, facendo pendere l'ago della bilancia sempre e comunque verso una maggiore tutela del minore, in modo tale da non arrecare alcun danno. Pertanto, il solo riferimento all'art. 20.4 CE sembra insufficiente per estrapolare tale carattere trasversale che, d'altra parte, pur avvicinandosi, non possiamo far rientrare pienamente nell'art. 39.4 CE. Per questo motivo, una norma simile a quella prevista dall'art. 24 CFUE, che offre autonomamente una visione soggettiva olistica degli elementari necessita che la legge provveda per il minore. Insomma, un'espressa menzione a livello costituzionale dell'interesse superiore del minore contribuirebbe a rafforzare ulteriormente la protezione dei minori. Il consolidamento del principio a livello giuridico in questi anni, con il supporto dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, facilita questa elevazione, in modo che l'ordinamento acquisti coerenza, poiché è difficile ipotizzare un'interpretazione dei diritti fondamentali nel loro complesso che non sia necessariamente accompagnata da quel principio, il quale incide irrimediabilmente sul sistema dei diritti fondamentali<sup>33</sup>.

## V. Il sistema giuridico della famiglia in una realtà sociale in evoluzione

Come noto, la realtà sociale è visibilmente cambiata rispetto al 1978, non solo nelle abitudini ma anche in una prospettiva scientifica e tecnologica. Questa considerazione può essere chiaramente sviluppata da molti punti di vista, e uno di questi è anche il sistema familiare. Infatti, il modello tradizionale di filiazione sancito nel Codice civile dalla Legge 11/1981 si è presto rivelato non in sintonia con la realtà sociale, sia per quanto riguarda il fondamento della paternità sia per quanto riguarda i suoi effetti<sup>34</sup>. L'identificazione dell'appartenenza giuridica con l'incarnazione di un rap-

<sup>33</sup> E. GUILLÉN LÓPEZ, *Servicios sociales, voluntariado, menores y familia*, in F. BALAGUER CALLEJÓN, L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, G. CÁMARA VILLAR, J. A. MONTILLA MARTOS (Coords.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, 2007, 655-674; F.J. DURÁN RUIZ, *Derechos y principios relacionados con las personas mayores, las menores de edad y la integración de la juventud*, in F. BALAGUER CALLEJÓN, L.I. ORTEGA ÁLVAREZ, G. CÁMARA VILLAR, J.A. MONTILLA MARTOS (Coords.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, 2008, 435-460.

<sup>34</sup> N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, 7; M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*, 223.

porto biologico è legata all'incidenza delle tecniche di riproduzione assistita, all'assunzione di funzioni genitoriali da parte di chi non è genitore biologico, alla considerazione degli aspetti psicologici del bambino e a una visione antropologica della genitorialità<sup>35</sup>.

Di conseguenza, la riforma del Codice Civile avvenuta nel 1981 ha comportato una profonda modifica del sistema delle azioni di filiazione legale, rendendo più accessibili le azioni legali del figlio attraverso un'adeguata applicazione del principio costituzionale del riconoscimento della paternità delineato dall'art. 39.2 della Costituzione.

Tuttavia, per questo motivo è stato necessario superare alcune obiezioni e resistenze dottrinali e giurisprudenziali dell'epoca in relazione all'interpretazione dell'abrogato art. 127 del Codice Civile, nella riformulazione dettata dalla Legge 11/1981, riferita alla pratica degli esami biologici probatori per determinare l'appartenenza extraconiugale. Infatti, pochi anni dopo l'entrata in vigore della riforma, è stato sollevato in tribunale un conflitto relativo alla pratica di tali test biologici in caso di rifiuto del convenuto, rivendicando il dovuto rispetto del diritto all'integrità e alla privacy personale dei genitori sulla base degli articoli 15 e 18.1 della Costituzione.

Inaspettatamente, la Corte Suprema ha confermato la sentenza del Tribunale Provinciale di Madrid che aveva dichiarato la paternità del convenuto considerando come indizio della stessa, oltre ad altri, il rifiuto di praticare i test biologici, sia in istanza che in fase di giudizio. Al contrario, il STS del 30 aprile 1992 (ric. 1126/90), riflettendo sull'impossibilità di praticarli, ha ritenuto la paternità non provata e ha respinto la domanda.

Un ricorso per *amparo* è stato allora presentato dalla madre, rappresentante del minore di cui si rivendicava la filiazione, e la Corte costituzionale ha dettato la nota sentenza n. 7/1994<sup>36</sup>, con la quale accoglie il ricorso per la tutela del diritto all'effettiva protezione giudiziaria del ricorrente. La Corte ha affermato che non vi è alcuna violazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giudiziario basato sulla pratica degli esami di prova biologica per determinare la filiazione. Questo criterio, successivamente assunto dalla Corte Suprema<sup>37</sup>, ha ricevuto un avallo giuridico nell'attuale art. 767.4 LEC.

---

<sup>35</sup> A.H. PULEO, *op. cit.*; E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripción...*, *op. cit.*; M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*

<sup>36</sup> BOE, n. 41, del 17 febbraio 1994), in rec. 1407/92.

<sup>37</sup> Sentenze dell'8 marzo 2017, del 28 e 12 maggio 2015, dell'11 aprile 2012, del 30 gennaio 2007, del 1° settembre 2004, del 17 giugno 2004, del 28 marzo 2000, del 26 settembre 2000, del 28 aprile 1993, tra le altre.



Secondo l'argomentazione della Corte costituzionale, il diritto all'integrità fisica non viene violato quando si tratta di eseguire un test previsto dalla legge e ragionevolmente concordato dall'autorità giudiziaria in un processo. Allo stesso tempo, la privacy viene violata quando vengono imposte alcune limitazioni a causa dei doveri e dei rapporti giuridici che l'ordinamento giuridico regola, come nel caso della ricerca della paternità e della maternità attraverso test biologici in un giudizio di filiazione.

Questa posizione è stata assunta dalla Corte costituzionale nelle sue sentenze 103/1990 e 221/1990, in cui i giudici hanno dichiarato che, in questa classe di cause, si produce una collisione tra i diritti fondamentali delle diverse parti coinvolte. Quindi, non c'è dubbio che, nei casi di filiazione, prevalga l'interesse sociale e l'ordine pubblico che sta alla base delle dichiarazioni di paternità. Pertanto, i diritti costituzionali alla privacy e all'integrità fisica non possono essere convertiti in una sorta di consacrazione dell'impunità, con l'ignoranza degli oneri e dei doveri derivanti da una condotta che ha una stretta relazione nel rispetto di eventuali legami familiari. L'imputato in una causa di unione extraconiugale potrebbe legittimamente rifiutarsi di sottoporsi agli esami biologici solo se non vi sono gravi indizi del comportamento che gli viene attribuito<sup>38</sup> o vi possa essere un gravissimo pregiudizio per la sua salute.

## VI. Accesso alla genitorialità

In questa linea di ragionamento, è interessante analizzare le forme di accesso alla genitorialità nel sistema giuridico spagnolo. Questo costituisce il cuore del Progetto JUST-PARENT perché corrisponde allo spazio in cui è più chiara l'influenza dell'evoluzione sociale e scientifica. Infatti, pensare alla genitorialità oggi significa capire in che modo un individuo possa diventare genitore, o per essere più precisi, genitore sociale<sup>39</sup>.

A questo proposito, se la definizione di *genitore sociale* trova oggi una certa corrispondenza a livello "terminologico" in tutti gli ordinamenti giuridici, lo stesso non si può dire per la sua concreta configurazione giuridica. Analizzando l'ordinamento spagnolo, ad esempio, è possibile osservare come la configurazione giuridica delle situazioni riconducibili al concetto di *genitorialità sociale* si affermi con maggiore frequenza grazie al riconoscimento del matrimonio egualitario. L'affermazione di quest'ul-

<sup>38</sup> STC 35/1989, del 14 febbraio 1989.

<sup>39</sup> E. ALONSO CRESPO, *op. cit.*; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013.

timo istituto (che in un certo senso corrisponde a un vero e proprio principio, visto che finisce per tradursi in una più forte affermazione del principio di uguaglianza) determina, sotto certi punti di vista, un più facile accesso alla genitorialità, mettendo così da parte quelle posizioni discriminatorie che si verificano altrove. Tuttavia, va sottolineato che anche in Spagna persistono divieti che, colpendo situazioni che non dipendono dal tipo di unione degli aspiranti genitori sociali, impediscono l'accesso alla genitorialità. Di seguito verranno analizzate tutte le modalità di accesso alla genitorialità distinte da quella biologica per offrire un quadro giuridico dell'ordinamento spagnolo<sup>40</sup>.

### A. Adozione da parte di coppie dello stesso sesso

Quanto detto in precedenza vale innanzitutto per il regime delle adozioni. Tuttavia, non vogliamo concentrarci tanto sull'adozione in generale, quanto piuttosto sull'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, poiché si ritiene che questo sia l'ambito in cui l'ordinamento giuridico spagnolo può offrire maggiori spunti di riflessione.

A differenza di altri Paesi europei, dove la legge continua a prevedere alcuni ostacoli all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, in Spagna questa è consentita da tempo. Infatti, la legge 13/2005, del 1° luglio 2005, che modifica il Codice civile in materia di diritto al matrimonio (BOE n. 157 del 2 luglio 2005), legalizzando il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha esteso la possibilità di adozione alle coppie sposate dello stesso sesso e, con essa, la possibilità di stabilire la filiazione di un minore a favore di due uomini o due donne<sup>41</sup>.

In realtà, però, questa evoluzione normativa parallela (matrimonio omosessuale e adozione da parte di coppie dello stesso sesso) ha trovato

<sup>40</sup> C. CALLEJO RODRÍGUEZ, *op. cit.*; A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), *op. cit.*; P. GONZÁLEZ NAVASA, *op. cit.*; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, *op. cit.*; M.V. MAYOR DEL HOYO, *La Adopción en el Derecho Común Español*, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>41</sup> A livello regionale, sebbene la Risoluzione non ne faccia menzione perché i fatti suggeriscono che la legge applicabile al caso non era quella di una Comunità autonoma con un proprio diritto civile, alcune leggi avevano già concesso questa possibilità alle coppie omosessuali non sposate. La prima legge della Comunità autonoma ad autorizzare l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso è stata la *Ley Foral 6/2000, Igualdad Jurídica de las parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra* (BON n° 82, 7.7.2000). Successivamente, *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco* (BOPV n° 2003100, 23.5.2003); *Ley 2/2004, de 3 mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón* (BOA n° 54, 12.5.2004); *Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, de modificación del Código de Familia, la Ley de Uniones estables y el Código de Sucesiones* (DOGC n° 4366, 19.4.2005); infine, *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria* (BOC n° 98, 24.5.2005).

spazio perché la precedente legislazione spagnola era già stata caratterizzata da aperture a favore di forme di genitorialità sociale.

In realtà, prima della nuova normativa del 2005, altre leggi avevano già modificato la materia in questione, e più precisamente: da un lato, la legge 21/198758 che ha modificato il Codice civile in materia di adozione. E dall'altro, la legge 35/198859 che ha disciplinato per la prima volta le tecniche di riproduzione assistita, aprendo *de facto*, anche se solo parzialmente in alcuni casi, l'omo-genitorialità dall'ordinamento giuridico.

Nel primo caso, l'accesso è stato autorizzato a persone singole - la persona in questione poteva essere omosessuale, se nascondeva il proprio orientamento sessuale durante il processo di idoneità nel corso di un'adozione. Nel secondo caso, una donna single - anch'essa con orientamento sessuale nascosto -, oltre a poter adottare individualmente, è stata autorizzata a diventare una madre biologica single attraverso la fecondazione in vitro (FIV)<sup>42</sup>.

In entrambe le situazioni era possibile, solo in alcuni casi passati inosservati, che le coppie omosessuali allevassero indirettamente dei figli. Tuttavia, solo uno dei partner dell'unione omosessuale aveva la custodia del bambino che aveva adottato come genitore single o, nel caso delle coppie femminili, aveva generato attraverso la fecondazione assistita<sup>43</sup>.

A partire dal 2000, quattro comunità autonome (Aragona, Navarra, Comunità Basca e Catalogna) hanno regolamentato l'adozione congiunta da parte di partner domestici omosessuali. In altre (Andalusia, Asturie e Cantabria) è stato legalizzato solo l'affidamento di minori da parte di unioni omosessuali. Già con la legge 13/2005 la Spagna è stato il primo Paese a stabilire la piena uguaglianza in termini di adozione e matrimonio per le coppie dello stesso sesso<sup>44</sup>.

## B. Procreazione medicalmente assistita (MAR): *ley sobre técnicas de reproducción humana asistida - ley 14/2006*

In questo contesto di studio, un altro metodo di accesso alla genitorialità che vanta una regolamentazione in Spagna è la riproduzione medicalmente assistita (MAR). La MAR è stata oggetto di tutela giuridica

---

<sup>42</sup> A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dir.), *op. cit.*; P. GONZÁLEZ NAVASA, *op. cit.*; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*; M.V. MAYOR DEL HOYO, *La Adopción en el Derecho Común Español*, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>43</sup> E. ALONSO CRESPO, *op. cit.*; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>44</sup> N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*; M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*

nell'ordinamento spagnolo più di due decenni fa<sup>45</sup>. Attualmente, la legge di riferimento che dobbiamo prendere in considerazione per verificare lo stato attuale in Spagna è la *Ley 14/2006, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA).

La legge è suddivisa in otto capitoli: il primo disciplina le disposizioni generali, nonché l'oggetto e il campo di applicazione (art. 1), specificando cosa si intende per pre-embrione (art. 1.2)<sup>46</sup>. Inoltre, elenca le tecniche che soddisfano le circostanze di accreditamento scientifico e clinico, rimandando la sua enumerazione all'allegato (A)<sup>47</sup>. Prosegue indicando le condizioni personali di applicazione delle tecniche (art. 3). In questa disposizione, si può verificare che il legislatore limita il trasferimento di pre-embriani a un limite massimo di 3 (art. 3.3)<sup>48</sup>. Si conclude con l'indica-

<sup>45</sup> Infatti, la Legge n. 14/2006 è preceduta dalla Legge 35/1988 del 22 novembre, specifica, sulle tecniche di riproduzione assistita, inoltre, sufficientemente sviluppata e pionieristica in un contesto europeo. Successivamente, la Legge 42/1988 del 28 novembre sulla donazione e l'utilizzo di embrioni e feti umani (dal 14° giorno dopo la fecondazione) a fini riproduttivi. Infine, a disciplinare il trattamento dei pre-embriani crioconservati o congelati, consentendone così l'utilizzo a fini di ricerca, è intervenuta la legge n. 45/2003, del 21 novembre.

<sup>46</sup> "A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

<sup>47</sup> "1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos".

<sup>48</sup> "1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. 2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo. 3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica. 4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación. 5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse. 6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas".

zione dei requisiti che devono rispettare i centri e i servizi di riproduzione assistita, presentando le condizioni di applicazione (art. 4.2)<sup>49</sup>.

Il Capo II è dedicato solo ai partecipanti a MAR. L'articolo 5 è molto completo e specifico in termini di donatori (gameti e pre-embrioni), così come nella regolamentazione del contratto di donazione<sup>50</sup>. Stabilisce persino che il numero massimo di bambini generati con gameti dello stesso donatore non deve superare i sei (articolo 5.7). Risulta inoltre innovativo rispetto ad altri sistemi giuridici, il fatto di non distinguere tra le donne in base al loro stato civile o al loro orientamento sessuale (articolo 6.1, in fine), nonostante il fatto che, logicamente, sia necessario il consenso del marito, se la donna è sposata (articolo 6.3).

L'articolo 7 stabilisce i canoni per la filiazione dei figli nati per via maritale, mentre l'articolo 8 è più specifico perché tratta le regole della determinazione legale dell'affiliazione. Gli articoli 9 e 10 trattano, rispettivamente, le situazioni di premorte del marito e di gravidanza sostitutiva.

Il Capo III è dedicato alla regolamentazione delle condizioni di crioconservazione (di gameti e pre-embrioni, articolo 11) e di altre tecniche coadiuvanti a quelle di riproduzione assistita, come la diagnosi preimpianto, in particolare per l'individuazione di malattie, disturbi ereditari gravi/non trattati, o altri disturbi che possano rendere impossibile la vitalità del pre-embrione (articolo 12). Anche le tecniche terapeutiche nel pre-embrione sono indirizzate, sempre e solo per, secondo la legge, "curare malattie o prevenirne la trasmissione, con ragionevoli e comprovate garanzie" (articolo 13)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> "1. La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso. 2. La autorización de un centro o servicio sanitario para la práctica de las técnicas de reproducción asistida exigirá el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el capítulo V de esta Ley y demás normativa vigente, en especial, la dirigida a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad".

<sup>50</sup> "La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado".

<sup>51</sup> "1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. 2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente. b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación. c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza. d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto. 3. La reali-

Il Capitolo IV si occupa della conservazione e della ricerca su gameti e pre-embrióni (articoli da 14 a 16), permettendone l'uso a scopo di ricerca, contando che siano successivamente utilizzati ai fini della riproduzione umana assistita - tanto non è consentito in questo caso che gameti e pre-embrióni siano trasferiti nell'utero della donna (articoli 14.2 e 15.1). Le misure riguardanti i centri sanitari e le attrezzature biomediche sono previste agli articoli 17 e 19 - qualificazione, autorizzazione, condizioni operative e audit<sup>52</sup>.

La Commissione Nazionale per la Riproduzione Umana Assistita occupa un capitolo con un solo articolo. Si tratta di un organo collegiale incaricato di dare supporto, avvertimenti e orientamenti in materia di MAR, oltre a contribuire all'ammodernamento, all'aggiornamento e all'espansione della scienza nelle materie in questione; inoltre ha competenza su "...lo sviluppo dei criteri funzionali e degli aspetti strutturali dei centri e dei servizi in cui vengono effettuati" (articolo 20.1). Tra gli articoli 21 e 23 si colloca la disciplina dei Registri nazionali di procreazione assistita, occupando così il Capo VII della Legge 14/2006<sup>53</sup>.

---

zación de estas prácticas en cada caso requerirá de la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida".

<sup>52</sup> C. LASARTE ÁLVAREZ, *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*, in *Diario La Ley*, 7777, 1-15; J. S. MILL, *Sobre la libertad y otros escritos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991; M. PEREÑA VICENTE, *Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI*, in *Revista IUS*, 6, (29), 2012, 130-149: <https://doi.org/10.35487/rius.v6i29.2012.59>; A. PÉREZ MIRAS, *La regulación de la reproducción humana médicamente asistida: una perspectiva comparada entre Italia y España de la fecundación heteróloga*, in F. BALAGUER CALLEJÓN, E. ARANA GARCÍA (Coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 1661-1682; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

<sup>53</sup> "1. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. 2. Formarán parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida representantes designados por el Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas. 3. Podrán recabar el informe o asesoramiento de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida los órganos de gobierno de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, así como las comisiones homólogas que se puedan constituir en estas últimas. Los centros y servicios sanitarios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida podrán igualmente solicitar el informe de la Comisión Nacional sobre cuestiones relacionadas con dicha aplicación. En este caso, el informe deberá solicitarse a través de la autoridad sanitaria que haya autorizado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por el centro o servicio correspondiente. 4. Será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en los siguientes supuestos: a) Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimen-

Infine, il Capitolo VIII è dedicato esclusivamente all'accertamento delle infrazioni e alle conseguenti sanzioni - articoli 24 (norme generali) fino alla fine, articolo 28 (competenza sanzionatoria).

Partendo dalle linee guida principali della LTRHA dal punto di vista dei principi del Codice Civile, possiamo sottolineare quattro pilastri o regole principali. Il primo si riferisce alle donne. Come abbiamo visto, è necessario che le donne beneficiarie: a) siano maggiorenni e abbiano piena capacità di agire; b) siano sufficientemente informate; c) diano il loro consenso.

Il secondo riguarda la donazione di gameti e pre-embrioni. Quindi, specifica quali sono gli scopi legali e come può avvenire la donazione - attraverso un contratto libero, formale e confidenziale, tra centro autorizzato e donatore. Anche la conoscenza del donatore è vietata, tranne quando ci sono rischi per la vita. L'idea è che tra donatore e bambino non esista alcun tipo di rapporto genitore-figlio<sup>54</sup>. Inoltre, tutto questo regime si riflette nell'articolo 5 della Legge.

L'ultimo pilastro è una norma rivolta ai servizi dello Stato Civile. È previsto all'articolo 7.2 e si riferisce al divieto di manifestare l'origine della filiazione<sup>55</sup>.

---

tal, no recogida en el anexo. b) Para la autorización ocasional para casos concretos y no previstos en esta Ley de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, así como en los supuestos previstos en el artículo 12.2. c) Para la autorización de prácticas terapéuticas previstas en el artículo 13. d) Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida. e) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en esta Ley o directamente relacionadas con la reproducción asistida. f) En cualquier otro supuesto legal o reglamentariamente previsto. 5. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberá ser informada, con una periodicidad al menos semestral, de las prácticas de diagnóstico preimplantacional que se lleven a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1. Igualmente, con carácter anual deberá ser informada de los datos recogidos en los Registros nacionales de donantes y de actividad de los centros a los que se refieren los artículos 21 y 22. 6. Las comisiones homólogas que se constituyan en las Comunidades Autónomas tendrán la consideración de comisiones de soporte y referencia de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y colaborarán con ésta en el ejercicio de sus funciones. 7. Los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida deberán efectuar una declaración de actividades e intereses y se abstendrán de tomar parte en las deliberaciones y en las votaciones en que tengan un interés directo o indirecto en el asunto examinado”.

<sup>54</sup> E. FARNÓS AMORÓS, *La Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*, in *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 2015, 5-61; C. LASARTE ÁLVAREZ, *La reproducción...*, *op. cit.*

<sup>55</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 2020: <https://bit.ly/3j-GvB-nj>; J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa y italiana sobre reproducción asistida)*, in *Diario La Ley*, 6161, 2005, 1-23.

## VII. Maternità surrogata in Spagna

Tra le questioni affrontate dal JUST-PARENT Project, il tema della maternità surrogata è probabilmente quello che si caratterizza per i maggiori punti di interesse. Ciò è conseguenza delle numerose criticità che la maternità surrogata comporta. Ne è una dimostrazione l'attuale dibattito europeo, che si sta sviluppando sia all'interno dei singoli ordinamenti giuridici sia, in generale, a livello di Unione Europea<sup>56</sup>. Anche all'interno dell'ordinamento giuridico spagnolo, il tema è ancora oggetto di un intenso dibattito a livello politico e, naturalmente, strettamente giuridico, soprattutto alla luce delle sue implicazioni sociali ed etiche.

Come in altri Paesi, anche in Spagna la gestazione per sostituzione è illegale. L'art. 10 della LTRHA (*Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*) afferma che:

*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Pertanto, questo tipo di contratto è espressamente vietato da una norma imperativa, la cui violazione genera la piena nullità del contratto. La genitorialità si determina con il parto, prevedendo, come conseguenza della nullità del contratto: l'attribuzione della filiazione alla gestante (art. 10.2 LTRHA), e la possibilità che il padre biologico rivendichi la propria genitorialità (art. 10.3 LTRHA)<sup>57</sup>.

Lo scopo perseguito dalle parti - ossia l'attribuzione ai committenti della paternità e/o maternità del nato - non può risultare dal contratto di gestazione per sostituzione; in altre parole, l'ordinamento giuridico non ammette l'ambito propriamente raggiunto da questo contratto in quanto espressione dell'autonomia privata<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017: <https://bit.ly/34EaugY>; COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 2020: <https://bit.ly/3j-GvBnj>.

<sup>57</sup> M. JORQUI AZOFRA, *La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 37, 2020, 381-426.

<sup>58</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y deberes*, in *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, 79-120: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19307>; E. ROCA TRÍAS, *Dura lex sed lex. O de cómo integrar*



D'altra parte, per quanto riguarda la nullità del contratto, è possibile, tuttavia, configurare effetti giuridici legati alla nascita di un bambino<sup>59</sup>. In questo senso, il decisore spagnolo sceglie di rispondere affermativamente alla domanda se l'esercizio in Spagna delle azioni di filiazione per l'accertamento della paternità in questi casi, in conformità alle norme generali<sup>60</sup>.

La nullità del contratto di maternità surrogata significa che i diritti e gli obblighi concordati dalle parti non producono alcun effetto. Quindi, stipulando questo tipo di contratto, le conseguenze continuano ad essere che la madre è quella surrogata e non quella stabilita nel contratto<sup>61</sup>.

Di conseguenza, il padre biologico può rivendicare la sua paternità se ha fornito il suo materiale genetico. Il partner del committente, una volta riconosciuta la sua paternità, ha l'opzione dell'adozione, se la madre incinta la accetta, come abbiamo indicato, sei settimane dopo la nascita del bambino. In questo modo, diventerebbe la madre adottiva e legale, anche se è stata lei a fornire il materiale genetico.

Quando non esiste un legame biologico tra il minore concepito mediante gestazione per sostituzione e il padre intenzionale, si deve considerare la possibilità di una procedura di affidamento o di adozione. In questo senso, possiamo osservare che l'ordinamento spagnolo articola meccanismi che, pur non consentendo di registrare nel Registro Civile l'affiliazione di un bambino nato attraverso questo tipo di contratto a favore della parte principale, la risolvono, ove opportuno, attraverso la filiazione adottiva<sup>62</sup>.

---

*el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada*, in P. BENAVENTE MOREDA, E. FARNÓS AMORÓS (Coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, 2015, 301-338; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués*, in *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 28, 2018, 137-151.

<sup>59</sup> J.S. MILL, *Sobre la libertad y otros escritos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991; M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*

<sup>60</sup> Grupo DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (SEF), *Propuesta de bases para la regulación en España de la gestación por sustitución*, 2015: <https://bit.ly/3mw2dSt>; I. HEREDIA CERVANTES, *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, in *Anuario de Derecho Civil*, 66 (2), 2013, 688-715; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, in *InDret*, 2, 2012, 1-49.

<sup>61</sup> A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 2011, 1-13; A. DURÁN AYAGO, *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*, in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 12, 2012, 265-308; K. EKIS EKMAN, *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, 2017.

<sup>62</sup> E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*, in *InDret*, 1, 2010, 1-25; M.P. GARCÍA RUBIO, M. HERRERO OVIEDO,

Allo stesso modo, da un punto di vista giuridico, la nullità di questo tipo di contratto si basa sull'illiceità dell'oggetto (art. 1271. I CC), e sulla violazione dei limiti dell'autonomia della volontà, come il buon costume e l'ordine pubblico (art. 1255 CC)<sup>63</sup>. Inoltre, dell'illiceità della causa (art. 1275 CC), determinando l'esclusione di qualsiasi richiesta di restituzione dell'importo pagato se la transazione è onerosa (art. 1306 CC)<sup>64</sup>.

## VIII. Riconoscimento ed esecuzione di documenti pubblici relativi alla genitorialità rilasciati in un altro Paese

La situazione attuale in Spagna solleva il problema relativo all'eventuale accesso al Registro Civile spagnolo di coloro che sono nati all'estero attraverso questa pratica, mantenendo due posizioni diverse interpretate, da un lato, dalla DGRN (*Dirección General de los Registros y del Notariado*) e, dall'altro, dalla Corte Suprema (in avanti, TS). Il fatto che ha scatenato queste due posizioni contrastanti si basa sul caso di una coppia di uomini spagnoli che hanno chiesto, davanti allo Stato Civile Consolare di Spagna a Los Angeles (California), la registrazione della nascita dei loro figli nati a San Diego per sostituzione di gestazione come figli matrimoniali. A tal fine, hanno presentato la certificazione di nascita dei minori, rilasciata dal Registro di San Diego.

Lo Stato civile consolare nega la registrazione dei neonati come figli di questa coppia, invocando la LTRHA, il cui art. 10.1 stabilisce il "divieto categorico" di questa pratica. Respinge l'iscrizione e il ricorso presentato contro il provvedimento di diniego, la delibera della DGRN del 18 febbraio 2009 e ordina l'iscrizione, nel Registro civile consolare, della nascita

---

*Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2017, 67-89; E. LAMM, *Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo*, in R. GARCÍA MANRIQUE (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso e disposizione dei biomateriali umani*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018m 191-220. C. LASARTE ÁLVAREZ, *La reproducción op. cit.*; C.M. ROMEO CASABONA, *Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?* in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 49, 2018, 15-32: <https://doi.org/10.30860/0034>; A. SALAS CARCELLER, *Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 2017, 1-4.

<sup>63</sup> A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*

<sup>64</sup> A.H. PULEO, *op. cit.*; S. QUICIOS MOLINA, *Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: Dónde estamos y hasta dónde podemos llegar*, in *Revista de Derecho Privado*, 1, 2019, 3-46; M.J. GARCÍA ALGUACIL, *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* in *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 2016, 1-32; R. GARCÍA MANRIQUE, *La dimensión corporal de la ciudadanía*, in R. GARCÍA MANRIQUE (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso e disposición dei biomateriali umani*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 13-32.

dei minori che è stata registrata nella certificazione di registrazione estera presentata, con le menzioni di doppia appartenenza paterna.

Successivamente, la Procura di Valencia ha presentato ricorso contro la registrazione effettuata con la delibera della DGRN. Il ricorso è stato ammesso alla procedura dal Tribunale di prima istanza di Valencia che, con delibera del 15 settembre n. 201035, ha annullato la registrazione della nascita. Il Tribunale Provinciale di Valencia, con sentenza del 23 novembre n. 201136, ha respinto il ricorso e la Corte Suprema ha dichiarato, con sentenza del 6 febbraio n. 201437, che non c'era spazio per il ricorso presentato contro questa risoluzione (anche se con un voto individuale dissenziente). Le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno generato l'apertura di un'istanza di annullamento promossa contro la sentenza, che è stata respinta con l'ordinanza TS del 2 febbraio 2015<sup>65</sup>.

Prima della comparsa di nuovi casi, la DGRN emette l'Istruzione del 5 ottobre 2010 sul sistema di registrazione della filiazione dei nati tramite maternità surrogata, in cui sulla base di una serie di criteri si stabiliscono le condizioni di accesso al Registro Civile spagnolo. L'obiettivo principale di questa istruzione è quello di proteggere sia l'interesse del minore sia gli altri interessi coinvolti in questi casi. In questa prospettiva, lo scopo è quello di stabilire strumenti diretti a consentire l'accesso al registro civile spagnolo quando uno dei genitori è spagnolo. Inoltre, si intende prevenire il traffico internazionale di minori e tutelare il diritto del minore a conoscere la propria origine biologica. Infatti, uno dei problemi principali è garantire alle donne che decidono di accettare questa pratica, rinunciando ai propri diritti di madre, di prestare liberamente e volontariamente il proprio consenso, una volta ricevute le informazioni necessarie<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión tra la legge, la biología e l'effetto*, in *Bitácora Millennium dipr: Derecho Internacional Privado*, 1, 2015, 1. A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*; E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripció a Espanya de la filiació derivada de l'accés a la maternitat subrogada a Califòrnia*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2010; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2009. Per una rassegna del trattamento giudiziario di questo problema, da un approccio più critico alla figura della maternità surrogata: M.J. VAQUERO PINTO, *¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?*, in R. BARBER CÁRCAMO, M.S. QUICIOS MOLINA, R.A. VEREDA SERVER, (Coords.), *Retos actuales de la filiación*, Tecnos, 2018, 229-268.

<sup>66</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, *Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)*, in *Diario La Ley*, 9237, 2018, 1-17; A.J. VELA SÁNCHEZ, *Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, in *Diario La Ley*, 9453, 2019, 1-19; A. URRUELA MORA, *El Derecho y la Bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada. Considerazioni di diritto e prospettive future*, in *Derecho y Salud*, 29, 2019, 113-144; M.J. VAQUERO PINTO, *op. cit.*

Per salvaguardare questi interessi, è richiesto come prerequisito al momento della registrazione, la presentazione al responsabile del Registro Civile di una decisione giudiziaria emessa dal tribunale competente del Paese d'origine che stabilisca la filiazione del minore<sup>67</sup>. Se la decisione straniera è stata emessa nell'ambito di un procedimento giudiziario di natura contenziosa, negherà la registrazione, a meno che non sia accompagnata da un riconoscimento in Spagna tramite *exequatur*. Al contrario, se la decisione giudiziaria ha avuto origine in un procedimento analogo a quello spagnolo di volontaria giurisdizione, il Conservatore controllerà incidentalmente, come prerequisito per la registrazione, se tale risoluzione può essere riconosciuta in Spagna. Verificando, per questo, che siano soddisfatti determinati requisiti. Infine, per la registrazione della persona nata all'estero senza una delibera che ne determini l'affiliazione, il richiedente può tentare questa registrazione se si tratta di un figlio biologico, con i mezzi ordinari regolati dall'art. 10.3 LTRHA.

Il ruolo svolto dalla DGRN è evidente - pur nella lodevole finalità di difendere concretamente l'interesse dei minori in ogni caso, garantendo, per questo, la continuità della filiazione e, quindi, il diritto all'identità e alla vita privata e familiare - sfuggendo alla dottrina della ST. La quale, da parte sua, si mostra contraria alla registrazione delle appartenenze derivate dalla gestazione per sostituzione, ferma restando la previsione, anche a tutela dell'interesse del minore, dei mezzi necessari per la registrazione dei nati secondo questa pratica.

## IX. La maternità surrogata nella giurisprudenza della Corte Suprema

Come abbiamo sottolineato, la Camera Civile della Corte Suprema ha stabilito la sua dottrina nella sentenza del 6 febbraio 2014, ritenendo che la gestazione per sostituzione in Spagna sia una pratica contraria alla dignità della persona (art. 10.1 CE)<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto de deseos y derechos*, Dykinson, 2018; E. LAMM, *Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo*, op. cit.; I. HEREDIA CERVANTES, op. cit.; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, 2013.

<sup>68</sup> "1. La dignità umana, i diritti inviolabili e intrinseci, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale. 2. I principi relativi ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione devono essere interpretati in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con i trattati e gli accordi internazionali ratificati dalla Spagna".

In questa decisione, la Corte ha stabilito che, per riconoscere la validità extraterritoriale di una decisione straniera, non è necessario che questa rispetti il diritto sostanziale nazionale, ma che non sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico internazionale spagnolo. In questa direzione, la Corte ha concluso che la registrazione delle certificazioni risultanti da quel tipo di contratti sarebbe contraria all'ordine pubblico internazionale spagnolo, anche sulla base del miglior interesse del minore (FD 5.6)<sup>69</sup>.

La possibilità di registrare l'affiliazione che risulta da una certificazione straniera è stata, quindi, scartata. Tuttavia, come indicato dalla stessa Corte, ciò non rappresenta un ostacolo insormontabile al raggiungimento dell'obiettivo di stabilire la filiazione del minore a favore dei genitori, potendo questi ultimi ricorrere ad altre vie alternative che consentono la formalizzazione giuridica dell'effettiva integrazione del minore nel proprio nucleo familiare, nello specifico, la rivendicazione della paternità rispetto al padre biologico e le figure dell'affidamento familiare e dell'adozione (FD 5.11)<sup>70</sup>.

In questa ricostruzione, i giudici ritengono che si tratti di un processo di mercificazione di entrambi, la donna incinta e il neonato, oltre a favorire, in molti casi, lo sfruttamento dello stato di necessità di donne che si trovano in una situazione di povertà. Pertanto, si afferma che questa pratica non può che dispiegare gli effetti contemplati nell'art. 10 LTRHA<sup>71</sup>.

D'altra parte, non si ritiene che negare la registrazione dell'appartenenza per natura dei soggetti nati in California a favore di due uomini sia discriminatorio. Nel caso analizzato, la Corte Suprema sostiene che non c'è discriminazione basata sul sesso perché la stessa soluzione si presenta nei casi in cui ricorrano alla gestazione per sostituzione matrimoni o coppie eterosessuali o omosessuali formate da donne, o da una sola persona, uomo o donna.

Per quanto riguarda il miglior interesse del minore, ci sono diverse argomentazioni della Corte Suprema che ci invitano a riflettere su come

---

<sup>69</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, (2015), *op. cit.*; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*; E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripción... op. cit.*; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *op. cit.*; M.J. VAQUERO PINTO, *op. cit.*

<sup>70</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La questione giuridica delle madri di allevatori*, Reus, 2015; B. SOUTO GALVÁN, *Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del Bioderecho*, in *Foro, Nueva Época*, 1, 2005, 275-292; E. TORAL LARA, *Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias*, in *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, 289-336; K. EKIS EKMAN, (2017), *op. cit.*; A. EMALDI CIRIÓN, *Surrogacy in Spagna e la proposta di una modifica legislativa per la sua regolamentazione. Un fenomeno globale in Europa*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 49, 2018, 75-99.

<sup>71</sup> *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

debba essere interpretata la sua considerazione primaria quando si possono considerare altri valori ispiratori della legislazione nazionale e delle convenzioni internazionali. Quindi, non può servire a contraddire quanto espressamente previsto dalla legge. Si ritiene che debba essere soppesato con altri diritti concorrenti, come il rispetto della dignità e dell'integrità morale della donna incinta, evitare lo sfruttamento dello stato di necessità delle giovani che vivono in povertà, o impedire la mercificazione della gravidanza e della filiazione<sup>72</sup>.

Pertanto, infine, la Suprema Corte comprende che tale interesse dei minori deve partire, secondo la fattispecie, dalla rottura di ogni loro rapporto con la donna che li ha partoriti, dall'attuale esistenza di un nucleo familiare composto dai minori e dai ricorrenti e dalla paternità biologica di alcuno di essi rispetto a detti minori<sup>73</sup>.

Per quanto riguarda il diritto a un'identità unica, la Corte Suprema ritiene che non vi sia alcuna violazione, poiché in questo caso i minori non sono legati agli Stati Uniti. Secondo la Corte Suprema, non è violato nemmeno il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEHD). La ragione è che i due requisiti che giustificano, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'ingerenza dello Stato, da un lato, sono previsti dalla legge che impone il rispetto dell'ordine pubblico internazionale e, dall'altro, sono necessari in una società democratica, poiché tutelano l'interesse del minore e altri beni giuridici di rilevanza costituzionale<sup>74</sup>.

Infine, sulla questione relativa all'eventuale mancanza di tutela che verrebbe lasciata ai minori, si sostiene – seguendo l'interpretazione della CEDU dell'art. 8 CEDU – che laddove esista una relazione familiare con un minore, lo Stato deve agire per consentire lo sviluppo di questo legame e permettere una tutela giuridica che renda possibile l'integrazione del

<sup>72</sup> A. GÁLVEZ CRIADO, *¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable*, in *Diario La Ley*, 9444, 2019, 1-24; E. FARNÓS AMORÓS, *La Filiación derivada... op. cit.*; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)*, in *Anuario de Derecho Civil*, 58 (1), 2005, 9-74; M.R. DÍAZ ROMERO, *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, in *Diario La Ley*, 7527, 2010, 1-15.

<sup>73</sup> C. ARAGÓN GÓMEZ, *La legalizzazione di fatto della maternità surrogata. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo social del tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad*, in *Revista de Información Laboral*, 4, 2017, 1-26; V. BELLVER CAPELLA, *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*, in *Cuadernos de Bioética*, 28 (93), 2017, 229-243; J.I. BENÍTEZ ORTUZAR, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, Granada, Comares, 1998. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2), 2015, 45-113.

<sup>74</sup> A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*

minore nella propria famiglia<sup>75</sup>. Ciò va realizzato attraverso figure previste dal nostro ordinamento giuridico, come l'affido o l'adozione, che consentono la formalizzazione giuridica della reale integrazione del minore nel nucleo familiare, senza dimenticare la rivendicazione giuridica della paternità rispetto al padre biologico<sup>76</sup>. Inoltre, è necessario che il diniego del riconoscimento del certificato di registrazione californiano riguardi esclusivamente la filiazione e non il resto del suo contenuto, al fine di rispettare le disposizioni dell'art. 7.1 della Convenzione sui diritti del fanciullo (di seguito, CDN), che richiede l'immediata registrazione della nascita e il diritto, fin dalla nascita del bambino, di avere un nome e di acquisire una nazionalità<sup>77</sup>.

Nel voto particolare formulato in questa STS il 6 febbraio 2014, si è ritenuto, invece, che la questione da chiarire si basi sulla validità o meno di una decisione estranea e legale secondo i propri regolamenti, se sia o meno contraria all'ordine pubblico. Inteso dalla considerazione che la tutela del miglior interesse del minore, e non dal punto di vista del disaccordo con i regolamenti interni. Si ritiene quindi che l'interesse del minore (superiore e di ordine pubblico) sia gravemente compromesso, poiché i minori sono posti in un limbo giuridico incerto rispetto alla risoluzione del conflitto e alla risposta che deve essere data in un caso in cui alcuni bambini continuano a crescere e a creare legami affettivi e familiari irreversibili. Si afferma che questo interesse è tutelato prima e dopo la gravidanza<sup>78</sup>.

Ciò è stato fatto dai tribunali americani nel primo caso ed è stato negato nel secondo. Si conclude che, di fronte a un fatto compiuto – come l'esistenza di alcuni minori in una famiglia che agisce socialmente come tale e che ha agito legalmente in conformità con le norme straniere – applicare

---

<sup>75</sup> M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22, 2017, 117-131.

<sup>76</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 2016, 349-357; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*; M.R. DÍAZ ROMERO, *op. cit.*

<sup>77</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)*, in *Diario La Ley*, 6161, 2005, 1-23.

<sup>78</sup> F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente*, in *Derecho y Salud*, 27, 2017, 26-47; L.I. ARECHEDERRA ARANZADI, *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (la llamada gestación por sustitución)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; M. ATIENZA, *De nuevo sobre las madres de alquiler*, in *El Notario del siglo XXI*, 27, 2009: <https://bit.ly/3e42j0v>; M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *La maternidad subrogada en un Estado Social*, Universitat de València-Càtedra, 2017; R. BARBER CÁRCAMO, *La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 2013, 2905-2950.

le norme di diritto interno come questione di ordine pubblico danneggia i bambini, che potrebbero trovarsi costretti in situazioni di impotenza, e vengono privati della loro identità e della loro famiglia, in contrasto con le norme internazionali che impongono la cura del miglior interesse del minore<sup>79</sup>.

Il richiamo a questo principio fondamentale è servito alla Corte di cassazione per mantenere una posizione favorevole al riconoscimento del diritto alla maternità. Al fine di dare priorità al miglior interesse del minore, si difende, tra le altre ragioni, la necessità di distinguere tra la nullità del contratto di gravidanza surrogata e la situazione dei minori, che non possono vedersi danneggiati da tale nullità. Ciò non significa che il minore nato in tali circostanze sia privato di alcuni diritti<sup>80</sup>. Se i minori formano un nucleo familiare con i genitori in attesa - che stabiliscono le cure parentali e generano relazioni familiari “di fatto” - devono proteggere questo legame, essendo un mezzo ideale per questo la concessione dell’assegno di maternità. Si afferma quindi che il fatto che una legge civile prescriva la nullità del contratto non elimina la situazione di bisogno che si è venuta a creare con la nascita del minore e il suo inserimento in un determinato nucleo familiare<sup>81</sup>.

## X. La registrazione degli atti di nascita formati all’estero nella prassi dei tribunali spagnoli

Per conoscere la situazione attuale della maternità surrogata nel diritto spagnolo, in realtà, è sufficiente conoscere la giurisprudenza della Corte Suprema. Oltre a quest’ultima, infatti, sono pochi i profili che emergono dalla giustizia ordinaria<sup>82</sup>. Nonostante ciò, può essere interessante analizzare due decisioni dell’Alta Corte di Giustizia di Madrid che, in tema di

<sup>79</sup> F.J. MATIA PORTILLA, *La incidencia de los estándares europeos en los ordenamientos nacionales: a propósito de la inscripción de bebés nacidos en el extranjero*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 49, 2022, 173-197; I. ALKORTA IDIAKEZ, *La regulación jurídica de la maternidad subrogada*, in AA.VV., *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grifols i Lucas, 1990, 78-79.

<sup>80</sup> M. PRESNO LINERA, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Libertad, igualdad y maternidad? La gestión por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 51, 2014, 35.

<sup>81</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales*, in M.C. GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.) y J. SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, vol. I, Thomson- Civitas, 2013, 413-468; B. ANDREU MARTÍNEZ, *Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019, 64-85.

<sup>82</sup> F.J. MATIA PORTILLA, *op. cit.*



riconoscimento della filiazione attraverso la surrogazione praticata all'estero, giungono a conclusioni diverse. In particolare, può essere interessante osservare che l'argomentazione proposta in queste risoluzioni non è legata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo o alla tutela dell'interesse superiore del minore.

Entrambe le decisioni si basano sul presupposto che la filiazione può essere ammessa solo quando è stata riconosciuta in una risoluzione giudiziaria. Tuttavia, mentre la Sentenza del 2016 ammette la validità di un certificato di nascita russo "in conformità con l'articolo 14.2 della Convenzione tra il Regno di Spagna e l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche sull'assistenza giudiziaria in materia civile, firmata a Madrid il 26 ottobre 1990" (FD 5), in quella del 2017 il salvacondotto viene negato perché non esiste una risoluzione giudiziaria straniera né è stato dimostrato un legame biologico tra il minore e il padre o la madre previsti.

Proprio uno degli ostacoli ricorrenti all'ammissione della filiazione tra i minori e i genitori previsti è la mancata accettazione della validità dell'atto di nascita straniero in cui tale fatto è accreditato. Esistono diverse risoluzioni in cui, sulla base di un'interpretazione letterale dell'Istruzione del 5 ottobre 2010 della Direzione Generale dei Registri e dei Notai, si nega la registrazione nel registro civile spagnolo di un certificato di nascita straniero. Così, ad esempio, una risoluzione giudiziaria afferma che, sebbene la certificazione anagrafica di San Diego attesti il legame tra il minore nato e il padre e la madre previsti, non dovrebbero esserci dubbi sul fatto registrato e sulla sua legalità. In stretta applicazione della posizione iniziale della Corte Suprema spagnola, già esaminata nelle righe precedenti, si può evidenziare che il rifiuto della maternità surrogata non può essere alterato nemmeno dal miglior interesse del minore (che permette di interpretare la legge e di colmare le sue lacune, ma non di contraddirla) né per il diritto alla vita privata e familiare, perché siamo in presenza di una legittima restrizione<sup>83</sup>.

Anche se la registrazione viene negata, i ricorrenti possono sempre rivendicare la filiazione se esiste un legame biologico o optare per altri mezzi di integrazione (adozione o affidamento). Siamo in presenza di un'applicazione rigorosa della legge che rischia di compromettere, nella migliore delle ipotesi, l'agilità richiesta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Diciamo "nel migliore dei casi" perché è anche probabile che la normativa spagnola sull'adozione non possa essere applicata con successo in tutti

---

<sup>83</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*; M.R. DÍAZ ROMERO, *op. cit.*; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*; K. EKIS EKMAN, *op. cit.*

i casi. Per questo va minimizzato il fatto che un organo giudiziario, dopo aver negato la registrazione della minore, nata in Russia, che la lega al padre e alla madre previsti, solleciti la Procura della Repubblica a esercitare e adottare le azioni e le misure adeguate per la protezione della minore e la sua integrazione nel nucleo familiare di fatto<sup>84</sup>.

In linea di principio, ciò non presenta particolari problemi quando sono soddisfatti i requisiti legali nazionali legati all'adozione. Così, ad esempio, il Tribunale provinciale di León accoglie la richiesta di adozione della madre designata di due minori nati a Kiev attraverso la maternità surrogata (la registrazione del padre che condivide il materiale biologico con loro non viene discussa). Secondo la giudice, si deve cercare di tutelare il miglior interesse del minore, e questo si ottiene, come ha indicato la stessa Corte Suprema spagnola, facilitando l'adozione dei minori. Agire diversamente compromette il diritto dei minori a stabilire una "identità certa", a cui allude la stessa Corte Suprema, e sarebbe anche assurdo negarlo quando i requisiti legalmente stabiliti per questo sono soddisfatti<sup>85</sup>.

La questione è cosa succede quando un tribunale ritiene che i requisiti legali per l'adozione non siano soddisfatti. Alcuni tribunali scelgono di applicare in modo esaustivo la normativa vigente. Altri tribunali scelgono di accettare l'adozione del minore, anche se ci possono essere obiezioni formali.

Un altro punto controverso in relazione al rispetto dei requisiti legali per l'adozione è legato al ruolo della madre naturale. Anche su questo punto troviamo interessanti e contraddittorie risoluzioni giudiziarie. Come è noto, la prassi abituale prevede che il contratto di maternità surrogata includa tra le sue clausole la rinuncia anticipata all'affidamento da parte della madre naturale e a qualsiasi legame che possa essere riconosciuto tra lei e il bambino o i bambini nati. Ebbene, l'AP di Barcellona ritiene che, nel quadro giuridico dell'adozione previsto dal Codice Civile catalano, la rinuncia della madre alla potestà genitoriale, prima che avvenga la nascita, sia illegale, e che la madre naturale debba acconsentire espressamente all'a-

<sup>84</sup> E. FARNÓS AMORÓS, *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 40, 2017, 231-242; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *op. cit.*; A. GÁLVEZ CRIADO, *op. cit.*; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Acerca de la constitucionalidad... op. cit.*; J.S. MILL, *op. cit.*; M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*; A.H. PULEO, *op. cit.*; S. QUICIOS MOLINA, *op. cit.*

<sup>85</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, *op. cit.*; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*; E. FARNÓS AMORÓS, *Inscripció a Espanya... op. cit.*; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *op. cit.* Per una rassegna del trattamento giudiziario di questo problema, da un approccio più critico alla figura della maternità surrogata: M.J. VAQUERO PINTO, *op. cit.*

dozione<sup>86</sup>. Questa affermazione non tiene conto del fatto che la prassi abituale prevede che la madre surrogata abbandoni ogni contatto con il bambino e con i genitori previsti dopo il parto<sup>87</sup>. Per questo motivo sembra più logico intendere, come fa l'AP Madrid, che non sia necessario chiedere il consenso di una madre assente, dal momento che non è indicata come madre e ha rinunciato alla genitorialità almeno trenta giorni dopo il parto<sup>88</sup>.

È vero che in questo caso più recente la rinuncia era avvenuta dopo il parto, ma va evidenziata la mancanza di prove del suo status di madre. In ogni caso, non è azzardato pensare che i tribunali finiranno per riconoscere la relazione tra i genitori intenzionali e i minori, dal momento che non sembra favorire il miglior interesse dei minori il caso in cui questi vengano abbandonati o sottoposti a misure di tutela pubblica, soprattutto quando può essere assicurata una vita familiare *de facto* con i genitori intenzionali<sup>89</sup>.

Nella stessa direzione, si può evidenziare il chiaro interesse presentato da tre risoluzioni giudiziarie che seguono da vicino l'evoluzione sperimentata dalla Corte di cassazione francese. Nella prima di esse, si presume che la paternità biologica di un padre designato di un minore nato in Messico non abbia bisogno di essere accreditata giudizialmente quando appare riflessa nel contratto di gestazione stipulato davanti a un notaio, anche se non è stato legalizzato, e nella registrazione del Messico<sup>90</sup>.

La seconda risoluzione che vogliamo evidenziare<sup>91</sup> si basa su un curioso presupposto di fatto. La madre intenzionale cerca di far riconoscere da un organo giudiziario russo la filiazione del minore nato a Mosca tramite maternità surrogata. La Corte respinge il ricorso perché ritiene che tale

---

<sup>86</sup> AP Barcelona (Sección 18.ª) Auto 565/2018 del 16 ottobre (ECLI:ES:APB:2018:6494A, JUR\2018\290468), FD 5.

<sup>87</sup> E. FARNÓS AMORÓS, *Paradiso y Campanelli... op. cit.*; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *op. cit.*; A. GÁLVEZ CRIADO, *op. cit.*; M.J. GARCÍA ALGUACIL, *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* in *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 2016, 1-32.

<sup>88</sup> AP Madrid (Sección 22.ª) Sentenza 968/2021 del 11 ottobre (ECLI:ES:APM:2021:12237, JUR\2022\12783), FD 6.

<sup>89</sup> M. JORQUI AZOFRA, *op. cit.*; Y.B. BUSTOS MORENO, *La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 36, 2020, 79-130.

<sup>90</sup> AP Granada (Sección 5.ª) Sentenza 222/2019 del 3 maggio (ECLI:ES:APGR:2019:1741, JUR\2020\20463), FD 3.

<sup>91</sup> AP Islas Baleares (Sección 4.ª) Sentenza 207/2021 del 27 aprile (ECLI:ES:APIB:2021:660, JUR\2021\163294).

affiliazione sia già registrata nel certificato di nascita<sup>92</sup>. E l'Ufficio del Pubblico Ministero è interessato a non riconoscere questa filiazione nel nostro Paese perché la madre intenzionale e il minore non condividono il materiale biologico. La Camera ritiene che, tenendo conto dell'interesse superiore della minore, non abbia senso collegare la ragazza, che vive con la madre designata, con la madre naturale, che non condivide il materiale genetico con la minore e che è scomparsa. Accettare la tesi della Procura "significherebbe porre la minore in una situazione giuridica impossibile, piena di insicurezza e incertezza e senza segnali di una pronta risoluzione".

Va ricordato che in questo caso non c'è un padre designato e non si può ricorrere all'adozione perché la differenza di età tra madre e figlia è superiore a quella legalmente ammessa (47 e 45 anni, rispettivamente) (FD 6), e l'accoglimento del ricorso violerebbe il diritto alla privacy della minore (FD 8). Questa risoluzione è molto rilevante, in primo luogo, perché la decisione cerca di tutelare il supremo interesse della minore al di sopra della formulazione letterale di specifiche disposizioni incluse nel Codice civile spagnolo. In secondo luogo, perché prende in considerazione anche la vita familiare che esiste tra la futura madre e il minore, una prospettiva che deve essere sempre considerata se si vuole rispettare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che è stata esaminata nelle pagine precedenti. In terzo luogo, perché risolve nel miglior modo possibile (forse l'unico) problemi giuridici che non trovano soluzione se si applicano rigorosamente le norme interne (in questo caso a causa della differenza di età tra la madre e il minore)<sup>93</sup>.

E qualcosa di simile accade con un'altra sentenza emessa dal Tribunale Provinciale di Madrid in cui si deve risolvere un altro conflitto impossibile<sup>94</sup>. In questo caso, una madre intenzionale, nubile e con problemi medici che le impediscono di procreare da sola, ha avuto un figlio in Messico attraverso la maternità surrogata. La Procura e la Giustizia, in prima istanza, le negano la registrazione del figlio perché non è la sua madre naturale. Il problema è che, come dimostra la stessa Corte, ogni soluzione alternativa alla filiazione è impossibile, poiché l'adozione non è praticabile (più di 45 anni tra adottante e adottato) e non si può rivendicare la filiazione

---

<sup>92</sup> E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*; C.M. ROMEO CASABONA, *op. cit.*; A. SALAS CARCELLER, *op. cit.*; O. SALAZAR BENÍTEZ, *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y deberes, op. cit.*

<sup>93</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*; M.R. DÍAZ ROMERO, *op. cit.*; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*; K. EKIS EKMAN, *op. cit.*; A. EMALDI CIRIÓN, *op. cit.*

<sup>94</sup> AP Madrid (Sección 22.ª) Sentenza 947/2020, del 1 dicembre (ECLI:ES:APM:2020:14547, JUR\2021\55934).

biologica del padre (donatore anonimo), né si può procedere all'affidamento (perché non sarebbe basato sui fatti provati nel procedimento e perché porrebbe il minore in una situazione di insicurezza giuridica rispetto alla sua identità nella società)<sup>95</sup>.

L'impossibilità di seguire queste strade incoraggia il riconoscimento della filiazione tra madre e figlio nell'interesse del minore. Ricorda, a questo proposito, che egli vive con la madre e i nonni, con i quali mantiene una vita familiare *de facto*<sup>96</sup>. E conclude che, tenendo conto dello sviluppo del minore e del soddisfacimento dei suoi bisogni fondamentali, sia materiali, fisici ed educativi, sia emotivi e affettivi, del fatto che l'ambiente familiare sia adeguato e privo di violenza, e della conservazione dell'identità, (artt. 2.1, A e C e 2.2 LO 1/1996, Protezione giuridica dei minori)<sup>97</sup>, la richiesta deve essere accolta e la ricorrente dichiarata madre del minore.

L'interesse di questa sentenza è che afferma come il miglior interesse del minore non sia un mero concetto giuridico indeterminato, come ha sostenuto la Corte Suprema, ma piuttosto deve essere concepito come un principio guida che deve essere applicato direttamente quando necessario.

---

<sup>95</sup> FD 7.

<sup>96</sup> M. MARTÍN CASALS, *op. cit.*; M. NUÑEZ GRAÑÓN, *Régimen tributario de las uniones de hecho*, in *Derecho privado y Constitución*, n. 12, 1998, 189: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/10061dpc012189.pdf>; N. ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*

<sup>97</sup> “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Questa risoluzione invita a una riflessione sintetica sul miglior interesse del minore. A prescindere dalla sua natura giuridico-normativa, è importante ricordare che ci troviamo di fronte a un mandato incluso sia nei trattati internazionali<sup>98</sup> sia nei regolamenti interni<sup>99</sup>. Dal punto di vista internazionale, bisogna ricordare che lo Stato spagnolo si è impegnato a rispettare un obbligo finalistico, per cui i tribunali devono tutelarlo anche in presenza di norme legislative che rendono difficile la sua protezione (controllo della convenzionalità). Dal punto di vista nazionale, vale la pena sottolineare la revisione trascendentale che è stata fatta dell'articolo 2 LO 1/1996, sulla Protezione Giuridica dei Minori attraverso la LO 8/2015, del 22 luglio, sulla Modifica del Sistema di Protezione del Bambino e della Famiglia<sup>100</sup>.

La versione attuale indica che l'interesse del minore deve avere la precedenza anche nelle azioni del legislatore, in linea con quanto stabilito dalla Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 novembre 1989. Inoltre, la legge offre ora criteri generali per specificare questo interesse superiore, e due di essi hanno a che fare direttamente con questo lavoro<sup>101</sup>.

Tutte queste disposizioni ci permettono di sostenere che il legame del minore con i suoi genitori previsti deve essere assicurato in modo stabile e agile. E questo può portare al fatto che, quando non possono essere soddisfatti tutti i requisiti necessari per l'adozione, i tribunali finiscono per favorire l'iscrizione diretta dei minori<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> *Convenzione sui diritti del fanciullo.*

<sup>99</sup> *Art. 2 della LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*

<sup>100</sup> M.I. RAMOS QUINTANA, *op. cit.*; M.E. ROVIRA SUEIRO, *op. cit.*, 223; J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*

<sup>101</sup> M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*; R. BARBER CÁRCAMO, *op. cit.*; S. QUICIOS MOLINA, *op. cit.*; E. ROCA TRÍAS, *op. cit.*; C.M. ROMEO CASABONA, *op. cit.*; A. SALAS CARCELLER, *op. cit.*

<sup>102</sup> E. ALONSO CRESPO, *op. cit.*; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, *op. cit.*

# CAPITOLO GERMANIA\*

## *Discipline, statuti e leggi citate*

1. BGB; Bürgerliches Gesetzbuch (Codice Civile)
2. Legge sull'accoglienza e il sostegno all'adozione e sul divieto di accoglienza della maternità surrogata (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG) - [https://www.gesetze-im-internet.de/advermig\\_1976/BJNR017620976.html](https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html)
3. Codice penale (Strafgesetzbuch);
4. Norme sulla procreazione medicalmente assistita (Embryonenschutzgesetz);
5. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (Lebenspartnerschaftsgesetz);
6. Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando gli obblighi di presentazione di determinati documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012;
7. Progetto di legge sull'adozione in coppie dello stesso sesso (Referentenentwurf Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption (Adoptionshilfe-Gesetz);
8. Adoptionshilfegesetz (BGBL. 12.2.2021);
9. Riforma dell'unione e del matrimonio tra persone dello stesso sesso (Reformübersicht gleichgeschlechtliche Ehe);
10. Legge sui procedimenti in materia di famiglia e in materia di giurisdizione non contenziosa

## *Abbreviazioni*

AG	Tribunale di primo grado
BVerfG	Corte costituzionale del
BGB	Codice civile
StGB	Codice penale
ZPO	Codice di procedura civile
StPO	Codice di procedura penale
BGH	Bundesgerichtshof
VO	Decreto-legge
UE-VO	Regolamento europeo
LG	Alto

---

\* Dr. R. Krause.

## Sommario

- I. Principi e definizioni generali sulla famiglia e la genitorialità
  - A. Genitorialità nel BGB
    1. Principio dello status
    2. Maternità legale
    3. Paternità legale
    4. Genitorialità sociale
    5. Genitorialità *de facto*
    6. *Favor maioris* / *Favor minoris*
  - B. Modifiche legislative previste dalla Coalizione 2021
  
- II. Documenti pubblici sulla genitorialità
  - A. *Standesamt* come istituzione pubblica di conservazione dei documenti
  - B. Certificati di nascita con due madri o due padri
  
- III. Genitorialità per legge
  - A. § 1592 BGB - Paternità legale
  - B. Paternità per riconoscimento
    1. Consenso
    2. Effetto del riconoscimento
    3. Paternità in virtù dell'accertamento
    4. Diritto di citare in giudizio la paternità
    5. Test genetici per l'accertamento della paternità e del rifiuto
  
- IV. Principi generali dell'adozione e diritto di adozione delle coppie dello stesso sesso
  - A. Evoluzione dell'adozione nel diritto tedesco
    1. Lo sviluppo storico del BGB
    2. L'effetto dell'adozione completa
    3. Sviluppo storico-giuridico
  - B. Situazione giuridica con l'entrata in vigore della legge per la revisione del diritto di convivenza il 1° gennaio 2005
    1. Adozione con consenso del partner
    2. *Stepchild adoption*
  - C. Sentenza della Corte costituzionale federale del 19 febbraio 2013
  - D. *Adoptionshilfe-Gesetz*, sentenza del BVerfG del 26 marzo 2019
    1. Consenso del padre naturale
    2. Diritto all'informazione nonostante l'adozione
    3. Diritto internazionale privato dell'adozione



## V. Tecnologie di riproduzione medicalmente assistita

### A. Definizione di inseminazione artificiale

### B. Coinvolgimento del notaio

1. Legge sulla regolamentazione del diritto di conoscere la paternità in caso di uso eterologo dello sperma (SaAbstG)
2. Legge sull'istituzione di un registro dei donatori di sperma e sulla regolamentazione della fornitura di informazioni sul donatore dopo l'uso eterologo dello sperma - *Samenspenderegistergesetz* (SaRegG) (legge sul registro dei donatori di sperma).
3. Introduzione del § 1600 d (4) BGB

### C. Legge professionale medica

1. Consenso all'inseminazione

### D. La co-maternità per il figlio nato da un matrimonio lesbico non è costituzionale

### E. *Verfassungsbeschwerde* pendente davanti al *Bundesverfassungsgericht*

## VI. Maternità surrogata

### A. Il divieto di maternità surrogata

### B. Maternità surrogata straniera

## VII. Altre forme di genitorialità

## VIII. Riconoscimento ed esecuzione di documenti stranieri relativi alla genitorialità

### A. Riconoscimento dell'adozione straniera

1. Riconoscimento o efficacia
2. Stato contraente
3. *Ordine pubblico*

### B. Registrazione di un atto di nascita straniero emesso da una maternità surrogata

## I. Principi e definizioni generali su famiglia e genitorialità

### A. Genitorialità nel BGB

Il diritto tedesco della discendenza e della parentela è disciplinato nella sezione del Codice civile tedesco dedicata al diritto di famiglia; *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Il diritto di discendenza è disciplinato nel diritto sostanziale dai §§ 1589-1600 d BGB<sup>1</sup>. Disposizioni procedurali speciali si trovano nei §§ 169-185 FamFG.

Il concetto di discendenza in quanto tale deriva dalla biologia e rappresenta la trasmissione dei geni. Dal punto di vista giuridico, la discendenza è spesso utilizzata per determinare la paternità, anche se ci possono essere differenze tra la discendenza biologica e quella legale. Pertanto, la discendenza chiarisce anche i rapporti reciproci. La sezione 1589 del Codice civile tedesco (BGB) afferma che, per quanto riguarda la parentela:

*“(1) Le persone che discendono l’una dall’altra sono imparentate in linea retta. Le persone che non sono imparentate in linea retta, ma discendono da una stessa terza persona, sono imparentate in linea collaterale. Il grado di parentela è determinato dal numero di nascite che lo conferiscono”.*

Pertanto, la discendenza stabilisce fondamentalmente la parentela.

#### 1. Principio dello status

La normativa del BGB sulla parentela (§§ 1589 e seguenti del BGB) è caratterizzata dal cosiddetto principio dello status. Questo è caratterizzato, tra l’altro, dal fatto che lo status giuridico di parentela, una volta stabilito, è collegato a conseguenze giuridiche diverse e di vasta portata (ad esempio, l’obbligo di pagare gli alimenti, il diritto di eredità, la nazionalità, il diritto al nome, il diritto di custodia). Tuttavia, queste conseguenze giuridiche possono essere fatte valere con successo solo quando la parentela è stata chiarita con certezza giuridica.

#### 2. Maternità legale

Secondo il § 1591 del BGB, la madre legale di un bambino è la donna che lo ha partorito<sup>2</sup>. Il BGB prende quindi spunto dall’adagio giuridico latino secondo cui *mater semper certa est*. Il rapporto con la madre è quindi stabilito dalla nascita, come del resto avviene nella maggior parte dei Paesi europei. La cosiddetta maternità genetica, cioè la provenienza dell’ovulo,

<sup>1</sup> MüKoBGB/Wellenhofer, 9. Aufl. 2024, BGB § 1589.

<sup>2</sup> § 1591 Mutterschaft - Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.

non è giuridicamente rilevante. Poiché la maternità della madre partoriente è stabilita a priori e in modo inalterabile, non è possibile stabilire un rapporto di filiazione ai sensi del § 169 n. 1 FamFG con la madre genetica. Per definizione, la procedura di status è esclusa.

### 3. Paternità legale

Dopo l'abbandono della distinzione tra discendenza coniugale e non coniugale da parte della legge di riforma del diritto dei minori e della famiglia (KindRG) il 1 luglio 1998, il § 1592 pone tutti i motivi di attribuzione della discendenza paterna sullo stesso piano. La paternità genetica porta alla paternità in senso giuridico solo se è presente uno dei tre motivi di attribuzione specificati nel § 1592. Il catalogo dei motivi di attribuzione è esaustivo. Gli effetti giuridici del rapporto giuridico con il padre, che esistono in modo latente dalla nascita, possono essere fatti valere solo quando il rapporto di paternità è stato effettivamente stabilito (§§ 1594 I, 1600d IV BGB).

Il § 1592 BGB stabilisce che il padre (legale) di un bambino è l'uomo che

- o è sposato con la madre del bambino al momento della nascita,
- che ha riconosciuto la paternità
- o la cui paternità è stata accertata giudizialmente ai sensi del § 1600 d BGB o del § 182 I FamFG.

La paternità sulla base del matrimonio con la madre (§ 1592 n. 1) si differenzia dalla paternità sulla base del riconoscimento (n. 2) e dell'accertamento giudiziale (n. 3) solo in quanto sorge di diritto senza ulteriori atti di attribuzione e quindi al momento della nascita. Allo stesso tempo, esiste un ordine logico di precedenza: la paternità sulla base del matrimonio impedisce altre attribuzioni finché non viene eliminata dalla contestazione. Ciò non implica alcuna distinzione negli effetti giuridici. Tutti gli atti di attribuzione stabiliscono la stessa paternità. La legge tedesca non attribuisce conseguenze giuridiche migliori né alla paternità fondata sul matrimonio né a quella fondata sul riconoscimento volontario.

Il padre biologico diventa quindi padre in senso giuridico solo se si applica una delle alternative di cui al § 1592 BGB. Se il padre legale non è il padre biologico, quest'ultimo può avere un diritto di contestazione, che è (anche) legato alla condizione che non vi sia un rapporto socio-familiare tra il bambino e il suo padre legale, § 1600 II BGB. Secondo il § 1600 IV 1 BGB, esiste un rapporto socio-familiare se il padre (legale) è effettivamente responsabile del bambino. In questa costellazione, quindi, il rapporto socio-familiare tra un genitore e il figlio è prioritario rispetto alla filiazione biologica.

L'assegnazione ai sensi del § 1592 stabilisce la paternità in senso giuridico: non solo esiste un caso legale *prima facie* di paternità, il bambino non è “considerato” come figlio dell'uomo in questione, ma, a prescindere da un'eventuale discrepanza tra la verità biologica e il rapporto di paternità legale, è figlio dell'uomo in questione in senso giuridico; la cessione ha quindi l'effetto di stabilire la paternità in diritto.

Lo scopo dell'attribuzione legale della paternità è tuttavia, in ultima analisi, quello di stabilire il vero padre biologico. Ciò risulta evidente nelle possibilità legali di contestare (§ 1599 e seguenti) una paternità errata sulla base del matrimonio o del riconoscimento. La tendenza del diritto precedente, prima della fine degli anni '90, a proteggere la paternità “coniugale” per la sua qualità, anche se biologicamente scorretta, è stata abbandonata dalla KindRG 1998.

D'altra parte, l'obiettivo della veridicità dello status non può essere perseguito in modo assoluto, perché è in tensione con l'obiettivo della chiarezza dei rapporti di status. Al di fuori delle suddette procedure ordinate per l'eliminazione della paternità errata, quindi, nell'interesse della chiarezza dello status, anche un riconoscimento di paternità errato (se necessario anche deliberatamente errato) è efficace; una paternità deviante non può essere affermata (§§ 1594 II, 1600d I). Una nota a margine: esiste un gran numero di dichiarazioni di paternità assolutamente false, con l'unico scopo di ottenere o, più precisamente, concedere la cittadinanza tedesca a bambini stranieri e alle loro madri<sup>3</sup>. Nonostante le molte intenzioni, non si può fare nulla contro questo abuso del sistema sociale che costa molti milioni all'anno. Nel 2017 è stato introdotto il divieto per i notai di protocollare tali riconoscimenti<sup>4</sup>; tuttavia poco è cambiato. A partire dal 2024, a Berlino, in Germania, sono in corso indagini penali contro i notai a causa dell'elevato numero di falsi riconoscimenti di paternità.

#### 4. Genitorialità sociale

Non esiste una definizione di genitorialità sociale in senso stretto nel *Bürgerliches Gesetzbuch* o in altre leggi. Nel contesto dell'adozione, la genitorialità sociale è definita dalla giurisprudenza “come una relazione simile a quella secondo una filiazione corporea e orientata alle relazioni medie

---

<sup>3</sup> <https://www.nzz.ch/international/sozialbetrug-mit-scheinvaterschaften-kostet-den-staat-millionen-ld.1718985>.

<sup>4</sup> [https://www.dnoti.de/fileadmin/user\\_upload/dnoti-reports/rep202017-light-pdf.pdf](https://www.dnoti.de/fileadmin/user_upload/dnoti-reports/rep202017-light-pdf.pdf).

tra genitori corporei e figli”<sup>5</sup>. La legislazione tedesca conosce la genitorialità sociale nel contesto della revoca della paternità. Un tentativo (anche se inadeguato) di descrivere la genitorialità sociale nella legislazione tedesca è il cosiddetto “rapporto socio-familiare” (§ 1600 Par. 4 BGB). Tale norma concede il diritto di visita a una persona che sia sposata con la madre o che abbia convissuto con il bambino per un periodo di tempo più lungo (§ 1600 commi 2, 3, 4; § 1685 comma 2 BGB). In questo caso, la convivenza di fatto diventa rilevante come indicatore di una relazione di cura. Allo stesso tempo, il costrutto colloca automaticamente la persona che partorisce (madre) come genitore e privilegia il rapporto di coppia coniugale e la convivenza domestica. L’attribuzione dello status di genitore rimane quindi inalterata, pur essendo “non una legge di natura ma un’istituzione sociale”<sup>6</sup>. Recenti proposte di riforma giuridica sostengono che, anche nel caso della famiglia nucleare eterosessuale, la genitorialità sociale dovrebbe essere il criterio centrale per il riconoscimento giuridico e sociale<sup>7</sup>. La costruzione della relazione socio-familiare come una famiglia nucleare tradizionale invece che come basata su relazioni di fatto forti per il bambino è quindi, da una prospettiva femminista, un mezzo non adeguato per inquadrare la genitorialità sociale e quindi rifiutato dalle femministe. La genitorialità sociale è considerata solo un aspetto (segmento, frammento) tra i diversi aspetti della genitorialità<sup>8</sup>.

La definizione più recente di genitorialità sociale è data dalla sociologia<sup>9</sup>, piuttosto che dagli studiosi di diritto: invece di essere usata come ter-

<sup>5</sup> BGHZ 35, 75 = NJW 1961, 1461 = FamRZ 1961, 306; BayObLG BeckRS 2004, 6284 = FamRZ 2005, 546 (547); BeckRS 1999, 30921118 = FamRZ 2001, 118 (119); FamRZ 1982, 644 (645); anche Soergel/Liermann Rn. 7.

<sup>6</sup> A. PEUKERT, M. MOTAKEF, MONA, J. TESCHLADE, C. WIMBAUER, *Soziale Elternschaft - ein konzeptuelles Stiefkind der Familiensoziologie*, in *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2018, 5, 7, S. 322-326. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-65749-3>.

<sup>7</sup> L.A. VASKOVICS, *Soziale Elternschaft*, in *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, n. 23, 2020, 269-293.

<sup>8</sup> L.A. VASKOVICS, *Soziale Elternschaft*, in *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, n. 23, 2020, 274.

<sup>9</sup> Una panoramica completa della discussione si trova nella seguente letteratura recente: D. SCHWAB, *Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie*, in D. SCHWAB, L.A. VASKOVICS (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft: Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Verlag Barbara Budrich, 2011, 41-56; L.A. VASKOVICS, *Soziale Elternschaft*, in *Zeitschrift für Erziehungswissenschaft*, n. 23, 2020, 2, S. 269-293; T. BAUMANN, T. HOCHGÜRTEL, B. SOMMER, *Familie, Lebensformen und Kinder*, in STATISTISCHES BUNDESAMT, WISSENSCHAFTSZENTRUM BERLIN (Hrsg.), *Datenreport*, 2018. *Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, S. 51-101; S. GOLOMBOK, J. READINGS, L. BLAKE, P. CASEY, L. MELLISH, A. MARKS, V. JADVÁ, *Children Conceived by Gamete Donation: Psychological Adjustment and Mother-Child Relationships at Age 7*, in *Journal of Family Psychology*, n. 25, 2, S., 2011, 230-239; P. GROSS, A. HONER,

mine collettivo per le famiglie al di là di quella eterosessuale, la “genitorialità sociale” può essere definita anche in termini di contenuto e intesa come una questione trasversale - cioè come rilevante per tutte le costellazioni familiari<sup>10</sup>. In questo caso, la genitorialità sociale può essere definita come “l’assunzione di responsabilità pratica per i bambini nel processo di crescita”. Ciò implica una relazione di cura permanente e affidabile tra almeno un adulto e un bambino. Non deve essere limitata a due genitori e non è vincolata a una codifica binaria dei genitori, come madre e padre<sup>11</sup>.

## 5. Genitorialità *de facto*

Il termine “genitorialità *de facto*” non è utilizzato nella legislazione tedesca.

## 6. *Favor maioris / Favor minoris*

Il concetto di *favor maioris/minoris* non è conosciuto né utilizzato nel diritto tedesco.

## B. Modifiche legislative previste dalla Coalizione 2021

a) Due madri per nascita.

La coalizione “Ampel” formata dai partiti politici SPD, FDP e Bündnis 90/Die Grünen ha firmato un *Koalitionsvertrag 2021*<sup>12</sup> e ha stabilito il seguente obiettivo: “*Wenn ein Kind in die Ehe zweier Frauen geboren wird, sind automatisch beide rechtliche Mütter des Kindes, sofern nichts anderes vereinbart ist*” (Quando un bambino nasce dal matrimonio di due donne,

---

*Multiple Elternschaften: Neue Reproduktionstechnologien, Individualisierungsprozesse und die Veränderung von Familienkonstellationen*, in *Soziale Welt*, 41, 1990, 1, S. 97; C. HOFFMANN-RIEM, *Fragmentierte Elternschaft: technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung*, in K. LÜSCHER, F. SCHULTHEIS, M. WEHRSPAUN (Hrsg.), *Die “postmoderne” Familie: Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*, Konstanz: UVK, 1988, S. 216-233; M.B. JACOBS, *Parental Parity: Intentional Parenthood’s Promise*, in *Buffalo Law Review* 64, 2016, S. 465-498. K. JURCZYK, *Elternschaftliches Neuland*, in *DJI Impulse*, 4, 17, 2017, S. 4-9.

<sup>10</sup> L. LINEK, A. PEUKERT, J. TESCHLADE, M. MOTAKEF, C. WIMBAUER, *Soziale Elternschaft*, in L.Y. HALLER, A. SCHLENDER (Hrsg.), *Handbuch Feministische Perspektiven auf Elternschaft* (S. 377-387), Opladen, Verlag Barbara, Budrich, 2022, <https://doi.org/10.3224/84742367>, 30.

<sup>11</sup> K. JURCZYK, A. LANGE, B. THIESSEN, *Fare famiglia. Warum Familienleben nicht mehr selbstverständlich ist*, Weinheim, Beltz, 2014.

<sup>12</sup> Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP): Mehr Fortschritt wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

entrambe sono automaticamente madri legali del bambino, a meno che non sia stato concordato diversamente)<sup>13</sup>. I partiti politici e le parti interessate hanno pubblicato documenti politici nel 2023<sup>14</sup>.

Finora non è stato pubblicato alcun progetto di legge. Le questioni in gioco sono troppe, quindi il Ministero della Giustizia non ha ancora pubblicato (a febbraio 2024) un progetto di legge, ma solo un documento di sintesi. Sono previste le seguenti modifiche:

*Maternità di una donna che non ha partorito il bambino:* Oltre alla madre naturale, in futuro un'altra donna potrà diventare madre in virtù del matrimonio o del riconoscimento.

Inoltre, sono previste soluzioni transitorie per i bambini nati dopo l'introduzione del "matrimonio per tutti" che non sono ancora stati adottati.

*Accordi di genitorialità:* In futuro dovrebbe essere possibile stabilire con certezza giuridica chi, oltre alla madre naturale, sarà il secondo genitore del bambino tramite un accordo notarile. Può trattarsi di una donna o di un uomo. Ad esempio, un accordo di filiazione può stabilire che il padre biologico venga immediatamente assegnato al bambino come padre legale, senza bisogno di un matrimonio con la madre, di un riconoscimento o di una decisione del tribunale di famiglia. Tuttavia, il padre biologico può anche rinunciare alla sua paternità legale, per cui sarà un'altra persona a sostituirlo e ad assumersi la responsabilità del bambino come genitore.

b) Verantwortungsgemeinschaft

Un'ulteriore proposta è contenuta nel trattato di coalizione del 2021:

*Verantwortungsgemeinschaft / Comunità di responsabilità*

“Introdurremo l'istituto della comunità di responsabilità, consentendo così, al di là delle relazioni amorose o del matrimonio, a due o più persone maggiorenni di assumersi reciprocamente la responsabilità giuridica”<sup>15</sup>.

Oltre alla co-maternità, la coalizione sta progettando un nuovo modello di diritto di famiglia per le coppie conviventi. L'accordo di coalizione non specifica come dovrebbe essere questo nuovo istituto giuridico della responsabilità congiunta (VGM) e ad oggi non esiste alcun progetto di legge. Le ipotesi su come potrebbe essere questa comunità di responsabilità si basano sulla mozione del PLR “Autodefinizione: Rafforzare i piani di vita – Introdurre una comunità di responsabilità” del 2020 e sulle dichia-

<sup>13</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 101.

<sup>14</sup> <https://www.boell.de/sites/default/files/2023-05/e-paper-gwi-elternschaft-rechtlich-neudenken.pdf>

<sup>15</sup> Accordo di coalizione 2021, 101.

razioni del Ministro federale della Giustizia e di altri politici del PLR. Se si segue l'applicazione del PLR del 2020, in futuro dovrebbero poter stipulare un'unione domestica volontaria le persone che hanno un legame di parentela a partire dal secondo grado (ad esempio, nipoti e nonni, fratelli e sorelle) e le persone che hanno relazioni elettive come amici, anziani, matrigine con figliastri adulti, famiglie *patchwork* o genitori multipli (non sposati). Sono escluse le persone già sposate tra loro, perché i diritti e i doveri di un matrimonio sono più ampi di quelli di una MGS. Inoltre, i genitori e i loro figli (parenti di 1 grado) non possono entrare in una MGS, così come i membri di una MGS già esistente (nessuna doppia MGS). Il numero massimo di persone in una MGS non è ancora stato specificato, ma dovrebbe essere possibile includere più di due persone. I diritti e gli obblighi derivanti da un VGM devono essere strutturati sulla base di un modello a livelli. In base all'intensità dell'assunzione di responsabilità prevista, si potrebbe decidere tra di loro la portata di un VGM<sup>16</sup>.

## II. Documenti pubblici sulla genitorialità

### A. *Standesamt* come istituzione pubblica di conservazione dei documenti

I registri pubblici sono conservati presso lo *Standesamt* locale. L'ufficio anagrafe gestisce il registro dei matrimoni (§ 15 PStG), il registro delle unioni civili (§ 17 PStG), il registro delle nascite (§ 21 PStG) e il registro dei decessi (§ 31 PStG). Le iscrizioni al registro sono costituite da una parte documentale (iscrizione principale e certificazioni successive) con valore probatorio e da una parte di riferimento senza valore probatorio.

I registri di stato civile sono tenuti in formato elettronico. Le prime certificazioni nei registri di stato civile sono numerate consecutivamente ogni anno. Le certificazioni si concludono con l'indicazione del cognome dell'ufficiale di stato civile. Ogni certificazione deve essere corredata dalla firma elettronica qualificata dell'ufficiale di stato civile, verificabile in modo permanente.

Il registro delle nascite è uno dei registri dello stato civile e serve a registrare le nascite. Nel registro delle nascite vengono annotate le condizioni personali dei genitori, il luogo e l'ora di nascita del bambino, il suo sesso e il suo nome (§ 21 PStG). Se la paternità viene riconosciuta o accertata giudizialmente solo dopo che la nascita del bambino è stata autenti-

<sup>16</sup> S. HORSCH, „Ampel plant neuen Bund fürs Leben - Größte familienrechtliche Reform der letzten Jahrzehnte“, 2022, <https://www.merkur.de/politik/ampel-verantwortungsgemeinschaft-familienrecht-regierung-berlin-koalitionsvertrag-91228262.html>.



cata, ciò deve essere annotato nell'atto di nascita (§ 27 PStG). La nascita di un bambino deve essere denunciata entro una settimana all'ufficiale di stato civile nella cui giurisdizione è nato. L'obbligo di notifica (verbale) incombe a ciascun genitore se è (co)titolare della potestà genitoriale, altrimenti a qualsiasi altra persona che sia presente alla nascita o ne sia informata in base alle proprie conoscenze (ad es. ostetrica, medico), e nel caso di nascite in ospedali e simili (per iscritto) all'istituto (§§ 18 e seguenti PStG). Il nome/i del bambino devono essere comunicati al più tardi entro un mese (§ 22 PStG).

I documenti hanno carattere probatorio ma possono essere contraddetti, se materialmente errati.

Il § 54 PStG stabilisce il valore probatorio dei registri e dei documenti di stato civile:

*(1) Le certificazioni nei registri dello stato civile fanno prova dei matrimoni, della costituzione di unioni civili, delle nascite e dei decessi e delle informazioni più dettagliate fornite su di essi, nonché delle altre informazioni sullo stato civile delle persone a cui l'annotazione si riferisce. Le annotazioni non hanno questo valore probatorio.*

*(2) I certificati di stato civile (articolo 55, paragrafo 1) hanno la stessa forza probatoria delle certificazioni nei registri dello stato civile.*

*(3) È ammessa la prova dell'inesattezza dei fatti registrati. La prova dell'inesattezza di un documento di stato civile può essere fornita anche presentando una copia autenticata del corrispondente registro di stato civile.*

Il registro riporta il fatto che ha stabilito la paternità, in caso di adozione o riconoscimento. Non vengono elencati altri fatti. L'ordine in cui sono elencati i genitori è stabilito dal modulo. Se l'adottante non è né maschio né femmina, viene registrato come "genitore". Gli adottanti transgender che hanno cambiato legalmente il loro stato civile prima dell'adozione sono registrati in base al loro stato civile modificato (cfr. § 5 (3) e § 11 frase 1 TSG).

## **B. Certificati di nascita con due madri o due padri**

L'iscrizione nell'atto di nascita segue l'iscrizione nel registro delle nascite. Un adottante di sesso femminile deve quindi essere indicato come "madre", un adottante di sesso maschile come "padre". Un adottante che non appartiene né al sesso maschile né a quello femminile deve essere indicato come "genitore". Ciò è confermato anche dall'Associazione federale degli ufficiali di stato civile tedeschi.

Ciò significa che in una famiglia con due madri, ci sono due madri nel registro delle nascite e sul certificato di nascita. In una famiglia con due padri, i padri sono due. I genitori senza o con una voce di genere diverso sono registrati semplicemente come 'genitore'.

La genitorialità sociale non è iscritta nel registro. Come già accennato, l'atto di nascita e il certificato di nascita hanno un contenuto standard e non vengono fornite informazioni sulla tecnica di procreazione (naturale o artificiale), né sul legame (biologico, genetico, gestazionale): la madre che ha messo al mondo il bambino, ad esempio, viene indicata come tale senza ulteriori dettagli, anche se non ha alcun legame genetico con il bambino perché c'è stata una maternità surrogata, una procreazione artificiale o assistita con ovodonazione, o un'adozione.

### III. Genitorialità per legge

#### A. § 1592 BGB - Paternità legale

Si veda la sezione I. sottosezione 3 sulla paternità legale per le questioni generali relative alla paternità per legge. Le seguenti affermazioni sono espresse in considerazione del fatto che l'autore è un notaio tedesco, incaricato del riconoscimento di paternità. Secondo il § 1592 del BGB, ci sono tre modi per diventare padre di un bambino: La paternità in base al matrimonio con la madre (n. 1), la paternità in base al riconoscimento di paternità (n. 2) o la paternità in base all'accertamento giudiziale della paternità ai sensi del § 1600d BGB o del § 640h II ZPO (n. 3). I tre elementi della paternità si escludono a vicenda. Finché il marito della madre è considerato il padre ai sensi del § 1592 n. 1 BGB, un altro uomo non può riconoscere la paternità; ciò vale fino a quando la paternità esistente non viene contestata legalmente (§ 1594 II BGB, eccezione § 1599 II BGB). L'accertamento giudiziale della paternità ai sensi del § 1600d I BGB presuppone l'assenza di paternità ai sensi dei §§ 1592 nn. 1 e 2, 1593 BGB. Di seguito verranno trattati gli ultimi due fatti di paternità, la paternità per riconoscimento e la paternità per accertamento.

#### B. Paternità per riconoscimento

Il riconoscimento di paternità richiede una dichiarazione di riconoscimento da parte dell'uomo come dichiarazione unilaterale di volontà che non deve essere ricevuta. Non è richiesta la correttezza biologica della dichiarazione, per cui anche un riconoscimento deliberatamente errato è efficace se sono soddisfatti gli altri requisiti; tuttavia, anche se il riconoscimento è deli-

beratamente falso, è possibile contestare la paternità. La dichiarazione di riconoscimento deve soddisfare i requisiti dei §§ 1594-1597 BGB per essere efficace. Deve essere fatta allo *Jugendamt* o davanti a un notaio.

a) Ammissibilità. Il riconoscimento può essere dichiarato non solo dopo la nascita, ma anche in fase prenatale, ai sensi del § 1594 IV BGB. La possibilità di riconoscimento prima della nascita serve a chiarire precocemente i rapporti di filiazione, ad alleggerire il carico psicologico della madre in attesa e quindi, indirettamente, anche del bambino. Al momento del riconoscimento deve esistere una gravidanza. Il riconoscimento “in anticipo” non è possibile. Questo è spesso il caso dell’inseminazione eterologa come parte dell’inseminazione artificiale. Il riconoscimento prenatale ha pieno effetto solo con la nascita di un bambino vivo con capacità giuridica. Il fatto che la madre sia sposata al momento del riconoscimento non comporta l’inefficacia del riconoscimento. Se il matrimonio esiste ancora al momento della nascita, tuttavia, la paternità per riconoscimento può diventare effettiva solo se la paternità sulla base del matrimonio è stata eliminata per contestazione o ai sensi del § 1599 II BGB. Affinché il riconoscimento diventi effettivo, la paternità del marito deve essere eliminata anche se la madre si sposa (con un terzo) dopo il riconoscimento ma prima della nascita del bambino.

b) Efficacia. L’efficacia del riconoscimento è inoltre soggetta a requisiti positivi e negativi. In negativo, non è possibile opporsi alla paternità esistente e, in linea di principio, non è possibile inserire nella dichiarazione alcuna condizione o termine. In positivo, devono essere rispettati il massimo grado di personalità e il requisito della forma formale del riconoscimento.

aa) Paternità di un altro uomo. Ai sensi del § 1594 II BGB, il riconoscimento di paternità non è efficace finché esiste la paternità di un altro uomo. Un riconoscimento dichiarato nonostante la paternità esistente non è nullo, ma semplicemente inefficace in attesa. Diventa pienamente efficace se la paternità esistente viene eliminata da una sentenza definitiva in un procedimento di contestazione. Eccezionalmente, l’impugnazione non è necessaria se il bambino nasce ai sensi del § 1599 II BGB dopo la pendenza di una domanda di divorzio e un terzo riconosce la paternità con il consenso di tutte le parti al più tardi entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza che accoglie la domanda di divorzio. In questo caso, l’effetto bloccante della paternità esistente ai sensi del § 1594 II BGB non si applica.

bb) Condizione e termine. Il § 1594 III BGB sancisce l’invalidità di un riconoscimento dichiarato sottoposto a condizione o a termine. Nella dichiarazione di riconoscimento, a causa di questa fondamentale impossibilità di condizioni, si devono evitare affermazioni di fatto che potrebbero essere interpretate come condizioni.

cc) Natura altamente personale. Il riconoscimento è un negozio giuridico altamente personale e per questo motivo non può essere dichiarato da un delegato ai sensi del § 1596 IV BGB. La rappresentanza volontaria non è possibile a causa dell'importanza del negozio in termini di status personale. Per questo motivo, il riconoscimento nei procedimenti di paternità non può essere dichiarato dal rappresentante autorizzato per il verbale del tribunale o dal notaio<sup>17</sup>.

dd) Forma. Ai sensi del § 1597 I BGB, la dichiarazione di riconoscimento e le dichiarazioni di consenso devono essere autenticate pubblicamente. L'istruzione notarile rende chiaro alle parti interessate il significato giuridico della loro dichiarazione, evita la fretta e facilita il controllo della validità della dichiarazione. La verifica della correttezza biologica del riconoscimento non ha luogo durante la pubblica notarizzazione. Nella maggior parte dei casi, la certificazione viene effettuata gratuitamente dai funzionari e dagli impiegati responsabili dell'ufficio per l'assistenza ai giovani, ai sensi del § 59 I n. 1 SGB VIII. Inoltre, gli ufficiali di stato civile sono responsabili della certificazione ai sensi del § 29a I PStG e i notai ai sensi del § 1 BeurkG. Nei procedimenti di paternità, il riconoscimento può essere effettuato anche sul verbale del tribunale, ai sensi del § 641c p. 1 ZPO18.

## 1. Consenso

a) Madre: Ai sensi del § 1595 I BGB, il riconoscimento di paternità richiede il consenso della madre del bambino; tale consenso non può essere sostituito dal tribunale, nemmeno nel caso in cui il rifiuto della madre di acconsentire sia contrario all'interesse del bambino. La madre non rilascia la dichiarazione di consenso come rappresentante legale del bambino, ma agisce per conto proprio. Il motivo della necessità del suo consenso è che la posizione giuridica della madre potrebbe essere influenzata dal ricono-

---

<sup>17</sup> Un esempio di riconoscimento da dichiarare davanti a un notaio ZIMMER, KERSTEN, SZALAI, *Handbuch für Notarfachangestellte*, 7, Auflage, Muster, Vaterschaftsanerkennung: Am ... wurde in ... von Frau ..., geboren am ..., wohnhaft ..., das Kind mit dem Namen ... geboren. Die Geburt ist im Geburtsregister des Standesamtes ... unter Nr. ... eingetragen. [Alternativa: Frau ... geboren am ..., wohnhaft ... ist derzeit schwanger und wird das Kind ca. ... zur Welt bringen]. Hiermit erkenne ich, ..., an, dass ich der Vater des vorgenannten Kindes bin. Ich wurde darüber belehrt, dass zur Wirksamkeit der Anerkennung die Zustimmung der Mutter erforderlich ist und dass ich die Anerkennung widerrufen kann, wenn sie ein Jahr nach der heutigen Beurkundung noch nicht wirksam geworden ist. Der Notar hat mich weiterhin über die verwandtschaftliche, unterhaltsrechtliche und erbrechtliche Bedeutung der Anerkennung der Vaterschaft belehrt. Ich wurde von dem Notar weiterhin über Inhalt und Umfang des § 1597a BGB belehrt, insbesondere darüber, dass eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung unwirksam ist und ggf. auch strafrechtliche Konsequenzen haben kann.

scimento, ad esempio a causa del diritto di contatto del padre. A differenza dell'Italia, non è previsto il riconoscimento della maternità.

b) Bambino. Di norma, il consenso del minore non è né necessario né sufficiente. Il nuovo regolamento ha abbandonato il consenso del bambino a favore del consenso della madre (§ 1595 I BGB) come prerequisito di efficacia. Solo se la madre non ha diritto alle cure parentali ai sensi del § 1595 II BGB, il consenso del bambino deve essere dato in aggiunta a quello della madre. Questo è il caso se il bambino è maggiorenne. Se il bambino è minore, si applica se la madre è morta, è stata dichiarata morta o è stata privata della custodia e il bambino è stato affidato a un tutore ai sensi del § 1773 BGB o a un custode ai sensi del § 1909 BGB. In questi casi è necessario il consenso del minore oltre a quello della madre, se vivente, altrimenti del tutore (*Verfahrenspfleger*), il cosiddetto “difensore dell’interesse del minore”.

## 2. Effetto del riconoscimento

Il § 1594 I BGB stabilisce che gli effetti giuridici del riconoscimento possono essere fatti valere, in linea di principio, solo a partire dal momento in cui il riconoscimento diventa effettivo. Il riconoscimento effettivo ha effetto retroattivo al momento della nascita. Ciò deriva dal principio che il bambino, se ha un padre, deve avere questo padre per tutta la sua vita. Un'altra attribuzione di paternità esistente in occasione del matrimonio o del riconoscimento (da parte di un altro uomo) è inizialmente protetta dal punto di vista procedurale, ma a sua volta viene eliminata con effetto retroattivo in caso di impugnazione con successo (o se sono soddisfatti i requisiti del § 1599 II BGB).

a) Revoca. Finché non sono soddisfatti tutti i requisiti per il riconoscimento, il riconoscimento dichiarato è inefficace (§ 1594 I BGB). Se non è ancora divenuto efficace un anno dopo l'autenticazione notarile, l'uomo può revocare il riconoscimento ai sensi del § 1597 III BGB. Questa possibilità di revoca ha lo scopo di evitare uno stato di sospensione irragionevolmente lungo. Ai sensi del § 1597 III 2 BGB, alla revoca si applicano le disposizioni del riconoscimento, in particolare quelle relative alla personalità dell'atto, alla certificazione pubblica e alla capacità giuridica.

## 3. Paternità in virtù dell'accertamento

Ai sensi del § 1592 n. 3 BGB, la paternità può essere accertata anche per via giudiziaria ai sensi del § 1600d BGB. Questo è ammissibile solo se non c'è paternità ai sensi del § 1592 n. 1 e 2 BGB o del § 1593 BGB.

#### 4. Diritto di agire in giudizio per la paternità

Ai sensi del § 1600e I BGB, l'uomo che desidera far accertare la propria paternità, il bambino e la madre del bambino sono legittimati ad agire in giudizio. L'uomo cita in giudizio il bambino, il bambino e la madre citano in giudizio l'uomo per l'accertamento della paternità.

Il diritto di azione proprio della madre non è in realtà necessario, poiché con la concessione della custodia legale illimitata alla madre ai sensi del § 1629 II BGB, la madre può già prendere l'iniziativa per l'azione dichiarativa come rappresentante legale del bambino. Una volta cessata la precedente tutela ufficiale, solo la madre con custodia esclusiva può regolarmente perseguire l'accertamento della paternità del bambino. Tuttavia, se la madre non è disposta a rivelare il padre del bambino, è irrilevante che non adempia ai suoi doveri nei confronti del tutore ufficiale dello Stato (come previsto dalla legge precedente) o del figlio adulto. Il bambino dipende dalle informazioni della madre sul padre biologico o sull'uomo che era con lei al momento del concepimento per stabilire la paternità. In caso contrario, non può avviare un'azione dichiarativa per mancanza di un convenuto.

#### 5. Test genetici per l'accertamento della paternità e del rifiuto

Il § 17 della *GenDiagnoseGesetz* stabilisce il quadro giuridico per gli esami genetici volti a chiarire la parentela:

*“(7) Un esame genetico per chiarire la parentela può essere effettuato solo se la persona il cui campione genetico deve essere esaminato è stata precedentemente informata dell'esame e ha acconsentito all'esame e alla raccolta del campione genetico necessario a tale scopo; il § 8 si applica di conseguenza al consenso. Sul campione genetico possono essere effettuati solo gli esami necessari a chiarire la parentela. Non possono essere effettuati accertamenti su altri fatti.*

*(2) Il paragrafo 1 si applica, mutatis mutandis, alle persone che si sottopongono a un esame genetico per chiarire la loro parentela”.*

Il rifiuto del test del DNA non comporta alcuna presunzione. Deve essere ordinato dal Tribunale della Famiglia e solo allora è ammissibile. Dal 2008 ciò è regolato dal § 1598a BGB<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> Per una letteratura dettagliata sulla legge tedesca: ANSLINGER, ROLF, EISENMENGER, *Möglichkeiten und Grenzen der DNA-Analyse*, in *DRiZ*, 2005, 165; AUST, *Das Kuckuckskind und seine drei Eltern*, 2015; *Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsbegutachtung in der Bundesrepublik Deutschland e.V.*, *Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten*, in *FamRZ*, 2002, 81; BALTHASAR, *Anmerkung*, in *JZ*, 2007, 635; BALTHASAR, *Anmerkung zu BVerfG FamRZ 2007*, 441, in *FamRZ*, 2007, 448; BELLIS HUGHES, HUGHES, ASHTON, *Measuring parental discrepancies and its public health consequences*, in *Journal of Epidemiol Community Health*, 59 (2005), 749; BERTSCHI, *Leihmutterchaft*, 2014; BINSCHUS, *Mutterchaft und Vaterschaft - ein Nachtrag*, in *ZFF*, 2002, 12; BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths - A Comparative Law Study on Children's Rights To Know Their Genetic Origins*, 2009; BORTH, *Das Verfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Abstammung unabhängig vom Anfechtungsverfahren gemäß § 1598a BGB-E und dessen Verhältnis zum Abstammungsverfahren nach dem FamFG*, in *FPR*, 2007, 381; BRAUN, *Die Regelungen des Gendiagnostikgesetzes zu "heimlichen Vaterschaftstests"*, in *MDR*, 2010, 482; BROSIUS, GERSDORF, *Vaterschaftstests - Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Direktiven für eine Reform der Vaterschaftsuntersuchung*, 2006; BROSIUS, GERSDORF, *Das Kuckucksei im Familiennest - Erfordernis einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung*, in *NJW*, 2007, 806; BROSIUS-GERSDORF, *Vaterschaftsfeststellung und Vaterschaftsanfechtung - Grundrechtliche Konfliktlagen in der Familie*, in *FÜR*, 2007, 398; Bundesärztekammer/Robert-Koch-Institut, *Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten*, in *FamRZ*, 2002, 1159; Bundesgesundheitsamt, *Richtlinien zur Erstattung von Blutgruppengutachten*, in *Bundesgesundheitsblatt* 1990, 264; Bundesgesundheitsamt, *Richtlinien zur Erstattung von DNA-Abstammungsgutachten*, in *Bundesgesundheitsblatt* 1992, 592; Bundesrechtsanwaltskammer, *Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren - erarbeitet vom Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer -*, *FPR* 2007, 414; COESTER, *Reform des Kindschaftsrechts*, in *JZ*, 1992, 809; COESTER, WALTJEN, *Überlegungen zur Notwendigkeit einer Reform des Abstammungsrechts*, in *ZfPW* 2021, 129; COESTER, WALTJEN, *Die Herausforderungen der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht*, in *FF*, 2022, 279; COESTER, WALTJEN, *Gutachten B in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, *FPR* 2007, 414; Coester, *Reform des Kindschaftsrechts*, in *JZ*, 1992, 80; Coester, WALTJEN, *Gutachten B in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, I. Bd. (Gutachten), 1986, B 9; COESTER, WALTJEN, *Ausländische Leihmütter - Deutsche Wunscheltern*, in *FF*, 2015, 186; DEUTSCHER ANWALTVEREIN, *Stellungnahme durch den Familienausschuss zum Entwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein "Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren"*, in *FPR*, 2007, 415; DEUTSCHER RICHTERBUND, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*, in *FPR*, 2007, 418; DIEDERICHSEN, *Thesen in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, 2007, 415. Deutschen Juristentages, 1992, M 87; DIEL, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, 2013; DUDEN, *Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 2015; DÜRBECK, *Die Kostenentscheidung in Abstammungssachen*, in *NZFam*, 2019, 524; ECKEBRECHT, *Das vertauschte Kind*, in *FPR*, 2011, 394; ECKEBRECHT, *Die geänderte Stellung des Vaters*, in *NZFam*, 2016, 673; EDENFELD, *Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich*, in *FuR*, 1996, 190; ERNST, *Abstammungsrecht - Die Reform ist vorbereitet*, in *NZFam*, 2018, 443; FABRICIUS, *Die humangenetische Abstammungsbegutachtung*, in *FPR*, 2002, 376; FRANK, *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?* in *FamRZ*, 1988, 113; FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage* in LEIPOLD, LÜKE, YOSHINO, *Gedächtnisschrift Ahrens*, 1993, 65; FRANK, *Die zwangsweise körperliche Untersu-*

“§ 1598a BGB *Richiesta di consenso a un esame genetico per chiarire la parentela naturale*

(1) *Chiarire la filiazione naturale del bambino,*

1. *il padre può richiedere madre e figlio,*

2. *la madre può richiedere il padre e il figlio, e*

3. *il bambino può avere bisogno di entrambi i genitori di acconsentire a un test genetico di paternità e di acconsentire al prelievo di un campione genetico adatto al test. Il campione deve essere prelevato nel rispetto dei principi scientifici riconosciuti.*

(2) *Su richiesta di una persona che ha il diritto al chiarimento, il tribunale della famiglia deve sostituire il consenso che non è stato dato e ordinare l'acquiescenza al prelievo di un campione.*

(3) *Il tribunale sospende il procedimento se e fino a quando il chiarimento della filiazione naturale comporterebbe un considerevole effetto negativo sull'interesse del figlio minore che sarebbe irragionevole per il bambino anche tenendo conto delle preoccupazioni della persona che ha diritto al chiarimento.*

(4) *Una persona che ha acconsentito a un test genetico di paternità e ha fornito un campione genetico può richiedere alla persona avente diritto di chiarire che è stato effettuato un test di paternità di consentire l'ispezione del rapporto del test genetico di paternità o di fornirne una copia. Il tribunale della famiglia decide le controversie derivanti dalla richiesta di cui alla frase 1”.*

---

*chung zur Feststellung der Abstammung, in FamRZ, 1995, 975; FRANK, HELMS, Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines "Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren", in FamRZ, 2007, 1277; FRANK, Vertauschte Kinder, in FamRZ, 2015, 1149; FRANK, Personenstandsrechtliche Fragen bei der Vertauschung von Kindern, in StAZ, 2015, 225; FRITSCHKE, Die Novellierung des Abstammungsrechts, in NJOZ, 2008, 193; FRÖSCHLE, Der Auskunftsanspruch des Scheinvaters nach dem Beschluss des BVerfG v. 24.2.2015, in FamRZ, 2015, 1858; GAUL, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, in FamRZ, 1997, 1441; GAUL, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, in FamRZ, 2000, 1461; GEKO, Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) zu den Anforderungen an die Inhalte der Aufklärung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 3 GenDG bei genetischen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung, Bundesgesundheitsblatt 2011, 1242; GEKO, Richtlinie der Gendiagnostik-Kommission (GEKO) für die Anforderungen an die Durchführung genetischer Analysen zur Klärung der Abstammung und an die Qualifikation von ärztlichen und nichtärztlichen Sachverständigen gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 4 e Nr. 2b GenDG, Bundesgesundheitsblatt 2013, 169; GENENGER, Erleichterte Abstammungsklä rung ohne Berücksichtigung der biologischen Väter, in JZ, 2008, 1031; GESERICK, Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten, in FPR 2002, 380; GRUBER, Das Recht des "Spenderkindes" auf Kenntnis seines biologischen Vaters, in ZfPW, 2016, 68; HAMMERMANN, Das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, in FamRB, 2008, 150; HEIDERHOFF, Die Vaterschaftsklä rung und ihre Folgen - von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung, in FamRZ, 2010, 8; HELMS, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016.*



Pertanto, non è possibile stabilire la paternità su un adulto per legge che rifiuta il test del DNA. Tale test può essere ordinato solo ai sensi del § 1598a BGB.

## IV. Principi generali dell'adozione e diritto di adozione delle coppie dello stesso sesso

### A. Evoluzione dell'adozione nel diritto tedesco

L'istituto giuridico dell'adozione di minore (adozione, in precedenza: adozione sostitutiva) è uno dei più antichi istituti giuridici storicamente documentati. Con il diritto romano, ha raggiunto il mondo di lingua tedesca tra il XV e il XVI secolo e infine, attraverso il diritto prussiano, nel BGB. Al momento dell'entrata in vigore del BGB, il 01.01.1900, l'attenzione era rivolta all'adozione di adulti. L'adozione di minori è regolata dai §§ 1741 e segg. BGB, mentre l'adozione di adulti è disciplinata dai §§ 1767 e seguenti del BGB.

L'adozione aveva lo scopo di garantire la successione familiare di coppie o persone senza figli. Gli interessi degli adottanti erano in primo piano, poiché l'adottante riceveva un erede con l'aiuto di un parente elettivo che si faceva carico dei beni immobili e del patrimonio e continuava il nome della famiglia. All'epoca, tuttavia, l'adozione creava solo rapporti di parentela con l'adottante, ma non con i suoi parenti. I rapporti con i parenti naturali precedenti non venivano intaccati.

Per adozione forte si intende l'adozione piena, prevista per i minori dalla legge tedesca (§§ 1741 e seguenti del BGB): Il rapporto del bambino con la sua famiglia naturale si estingue (§ 1755 BGB) e il bambino ottiene lo status giuridico di figlio naturale dell'adottante (§ 1754 BGB). Nel caso di un'adozione "debole", gli effetti sono limitati: L'adottato diventa solo figlio dell'adottante e non è quindi parente o affine per matrimonio con i parenti o i suoceri dell'adottante (§ 1770 (1) BGB), anche se i suoi parenti per discendenza rimangono parenti naturali (§ 1770 (2) BGB).

### 1. Lo sviluppo storico del BGB

I cambiamenti sociali degli ultimi decenni hanno portato a numerosi cambiamenti nella legge sulle adozioni. Con l'introduzione della legge di riforma del diritto di famiglia del 1976, entrata in vigore il 01.01.1977, la legge sull'adozione è stata riallineata. Oltre alla precedente adozione, con effetti giuridici solo deboli, l'adozione di minori era ora concepita come adozione piena, §§ 1741 ss. BGB.

In questo caso l'attenzione non era rivolta agli interessi dell'adottante, ma all'interesse del bambino. Ciò è particolarmente evidente nella disposizione introduttiva della legge sulle adozioni, secondo cui l'adozione di un minore è consentita solo se serve all'interesse del bambino e se ci si aspetta che si sviluppi un rapporto genitore-figlio tra l'adottante e il bambino, § 1741 (1) frase 1 BGB. La previsione positiva di un rapporto genitori-figli emergente è stata dichiarata il prerequisito fondamentale per le adozioni di minori. Ciò è reso evidente anche dalla modifica della formulazione della legge, che dal 1977 parla di "adozione come minore" anziché di "adozione in sostituzione di un minore". L'adozione richiede ora una decisione del tribunale della tutela (una sezione del tribunale della famiglia). Prima del 1977 si trattava semplicemente di un contratto di adozione con l'approvazione del tribunale.

## 2. L'effetto dell'adozione completa

Gli effetti giuridici dell'adozione piena sono particolarmente significativi. L'adottato acquisisce lo status giuridico di figlio dell'adottante e, in caso di adozione congiunta, di figlio dell'adottante. Il bambino ha lo status di figlio comune in caso di adozione congiunta, § 1754 (1) BGB. Ciò significa che il bambino è pienamente integrato nella famiglia dell'adottante.

Il cambiamento nella funzione della legge tedesca sull'adozione è particolarmente evidente nel fatto che da allora è stata orientata principalmente all'interesse del bambino. L'istituto giuridico dell'adozione si è trasformato da istituto giuridico per l'acquisizione privata di eredi a misura riconosciuta di *welfare* statale.

Negli ultimi anni, i cambiamenti sociali e la diversità delle forme familiari hanno portato l'opinione pubblica a concentrarsi sempre più sulle preoccupazioni delle coppie dello stesso sesso. La creazione di un quadro giuridico generale per le relazioni tra persone dello stesso sesso è stata inizialmente oggetto di controversie politiche e costituzionali. Il primo passo verso l'eliminazione della discriminazione è stato l'introduzione del nuovo istituto del diritto di famiglia dell'unione civile. Tuttavia, l'opinione pubblica si è interessata anche ad altri aspetti delle coppie omosessuali. È sempre più riconosciuto che anche i bambini crescono in relazioni omosessuali. Spesso viene frainteso il fatto che il desiderio di formare una famiglia è un bisogno umano fondamentale e non dipende dall'orientamento sessuale.

### 3. Sviluppo storico-giuridico

La legge sulle unioni civili è entrata in vigore il 1 agosto 2001. Il dibattito politico in corso da diversi anni sulla creazione di un istituto giuridico per le coppie omosessuali ha così raggiunto per il momento il suo obiettivo. Dall'entrata in vigore della legge, i diritti e i doveri sono cambiati costantemente e si è assistito a un graduale allineamento con il matrimonio di diritto civile.

Il progetto di legge originario per l'introduzione delle unioni civili registrate era diviso in due parti: una parte che non richiedeva l'approvazione del *Bundesrat*, *LpartDisBG: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*, e una parte che richiede l'approvazione del *Bundesrat*, *LpartGErgG: Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze (Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz)*. Inizialmente è stata approvata e promulgata solo la parte che non richiedeva il consenso.

L'introduzione della legge sulle unioni civili è stata oggetto di un controverso dibattito politico e costituzionale:

#### *Legittimità costituzionale*

Le preoccupazioni costituzionali riguardavano la compatibilità sia formale che sostanziale con la Legge fondamentale (*Grundgesetz*). Le critiche relative alla compatibilità formale esistevano nella misura in cui il progetto di legge originale era diviso in due parti. La controversia sostanziale era incentrata sull'accusa che l'istituto giuridico dell'unione civile fosse troppo simile al matrimonio di diritto civile e che, di conseguenza, non fosse salvaguardata la speciale protezione del matrimonio e della famiglia garantita dall'articolo 6 (1) della Legge fondamentale. Oltre all'art. 6 GG, la discussione si è concentrata anche sull'art. 3 GG e sull'art. 6 GG. 3 GG e l'art. 14 GG. Tuttavia, il Primo Senato del Tribunale Costituzionale Federale ha chiarito nella sua decisione del 17 luglio 2002<sup>19</sup> che l'articolo 6 (1) della Legge Fondamentale non viene violato con l'introduzione dell'istituto giuridico dell'unione civile registrata per le coppie dello stesso sesso e che questa legge è compatibile con la Legge Fondamentale. "La speciale protezione del matrimonio non impedisce al legislatore di prevedere diritti e doveri per le unioni civili tra persone dello stesso sesso che siano uguali o vicini a quelli del matrimonio. L'istituzione del matrimonio non è minacciata da un'istituzione che si rivolge a persone che sono sposate tra loro. Non viola

<sup>19</sup> BVerfG, sentenza del 17 luglio 2002, 1 BvF 1/01.

l'articolo 3 (1) della Legge fondamentale il fatto che alle unioni non matrimoniali di persone di sesso diverso e alle unioni affini sia negato l'accesso alla forma giuridica dell'unione civile registrata<sup>20</sup>. In particolare, il Tribunale costituzionale federale ha escluso qualsiasi svantaggio per l'istituzione del matrimonio attraverso l'introduzione dell'unione civile. "Inoltre, non è costituzionalmente giustificabile derivare dalla speciale protezione del matrimonio che tali altre unioni di vita debbano essere strutturate a distanza dal matrimonio e dotate di minori diritti".

Anche il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto la LPartDisBG costituzionale da un punto di vista formale. In particolare, al *Bundestag* non è stato impedito di regolamentare la procedura legislativa in diverse leggi, poiché le norme stesse erano sufficientemente definite, comprensibili e applicabili.

### *Nessuna disposizione per l'adozione in origine*

Nella sua forma originale, la LpartG all'art. 1 della Legge per porre fine alla discriminazione nei confronti delle comunità omosessuali: Unioni civili (legge sulle unioni di vita – LpartG)<sup>21</sup> non prevedeva un regolamento esplicito sui diritti di adozione delle coppie dello stesso sesso<sup>22</sup>. Il singolo partner civile poteva quindi adottare un bambino solo individualmente, § 1741 (2) frase 1 BGB. Con l'adozione individuale, il rapporto giuridico del bambino adottato con i suoi precedenti genitori legali terminava, §§ 1754 (2), (3), 1755 (1) frase 1, 1757 (1) frase 1 BGB. L'adozione da parte del partner civile non era quindi esclusa. Tuttavia, in questo contesto si è avuta la conseguenza indesiderata che tutti i rapporti giuridici esistenti con i precedenti genitori sono stati sciolti<sup>23</sup>. L'instaurazione di un rapporto giuridico con il secondo partner è stata negata e il bambino è sempre stato legato a un solo partner. Alla base di questa situazione c'era, tra l'altro, la perizia commissionata dal Ministero federale della Giustizia, in cui gli studiosi Dopffel, Kötz e Scherpe suggerivano al legislatore di rinunciare, almeno momentaneamente, alle norme giuridiche sui figli<sup>24</sup>. Prima di tutto, bisognava acquisire familiarità ed esperienza con il nuovo istituto giuridico e abituare la popolazione tedesca alle nuove forme di fami-

<sup>20</sup> BVerfG, sentenza del 17 luglio 2002, 1 BvF 1/01 (frase principale).

<sup>21</sup> BGBl. 2001 I, 266.

<sup>22</sup> L'unica eccezione è rappresentata dal § 1757 (1) frase 2 BGB che regola il nome di nascita del bambino adottato da solo, cfr. Weber, ZFE 2002, 369.

<sup>23</sup> Maurer, FamRZ 2013, 752.

<sup>24</sup> P. DOPFFEL, KÖTZ, J.M. SCHERPE in J. BASEDOW, K.J. HOPT, KÖTZ, P. DOPFFEL, cit., 391; si veda anche KRINGS, ZRP 2000, 409; Schomburg, Kind-Prax 2001, 103.

glia. L'obiettivo era quello di ottenere l'accettazione da parte dell'opinione pubblica. Di conseguenza, all'inizio non c'erano regolamenti sul diritto di adozione per i partner civili.

## B. Situazione giuridica con l'entrata in vigore della legge per la revisione del diritto di convivenza il 1 gennaio 2005

Un'ulteriore riduzione della discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali doveva avvenire con la modifica della legge sulle unioni civili. Una delle questioni più importanti era la legge sulle adozioni. Tuttavia, i diritti di adozione congiunta sono stati respinti dal Bundestag tedesco per il momento e sono ancora rifiutati dai membri conservatori del Bundestag a partire dal 2024<sup>25</sup>.

### 1. Adozione con consenso del partner

A causa dell'art. 1 (Modifica della legge sull'unione civile) della legge sulla revisione della legge sull'unione civile 16, l'art. 9, commi 6 e 7, LpartG ha ricevuto la seguente formulazione a partire dal 1° gennaio 2005 (art. 7, comma 1)<sup>17</sup>:

*“(6) Se un partner civile adotta un bambino da solo, è necessario il consenso dell'altro partner civile. Il § 1749 (1) frasi 2 e 3 e (3) BGB si applica mutatis mutandis.*

*(7) Un partner civile può adottare un figlio del solo partner civile. In questo caso, il § 1743 S. 1, il § 1751 subs. 2 e 4, seconda frase, § 1754, commi 1 e 3, § 1755, commi 1 e 2. 1 e 3, § 1755 commi 2 e 4, seconda frase, § 1754 commi 1 e 3, § 1755 commi 2 e 3. 2, § 1756 (2), § 1757 (2), prima frase, e § 1772 (1), prima frase, lettera c, BGB, mutatis mutandis”.*

Nella motivazione della legge si legge inoltre: “In termini di diritto minorile, la *stepchild adoption* è resa possibile”.

“Il nuovo paragrafo 6 chiarisce che un convivente ha bisogno del consenso del suo partner di vita per l'adozione esclusiva di un bambino. Come nel caso del matrimonio, il consenso dei conviventi richiesto dalla legge corrisponde alla natura di un'unione di vita completa”.

Il par. 7 consente la *stepchild adoption*.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 15/2477, 11 febbraio 2004, 1, 17; si veda anche la Risoluzione Raccomandazione e il Rapporto della Commissione Affari Legali, BT-Drucks. 15/4052, 27 ottobre 2004, 3.

## 2. Stepchild adoption

- 1) Se il genitore di un bambino con cui convive ha contratto un'unione civile, di solito si tratta di una famiglia unita. Anche il partner civile che non è genitore si assume la responsabilità del bambino. Se l'unione civile si scioglie a causa dell'annullamento o della morte di un partner, può verificarsi una situazione di incertezza per il bambino. Anche se i contratti appropriati possono essere d'aiuto, non sempre sono sufficienti. Con la *stepchild adoption*, la posizione giuridica del bambino nei confronti del non genitore viene notevolmente migliorata: la responsabilità per il figlio del partner convivente, che viene assunta da quest'ultimo, può essere mantenuta come responsabilità genitoriale congiunta attraverso l'adozione. Il regolamento proposto elimina le norme speciali altrimenti richieste per la *stepchild adoption*, comprese quelle relative alla continuazione dei rapporti familiari, § 1756 BGB, sono dichiarate applicabili. Le altre disposizioni della legge sull'adozione che non riguardano la *stepchild adoption*, come il requisito dell'interesse superiore del minore di cui al § 1741(1) BGB e la necessità di una delibera sull'adozione, § 1752 BGB, rimarranno applicabili senza un ordine di legge separato.
- 2) L'introduzione della *stepchild adoption* ha migliorato notevolmente la posizione giuridica del bambino nei confronti dell'altro partner. L'obiettivo del regolamento non era quello di concedere nuovi diritti ai partner civili. L'obiettivo era piuttosto quello di migliorare la posizione giuridica del bambino che cresce in un'unione civile. La *stepchild adoption* esiste ora indipendentemente dall'unione civile. Il bambino riceve un altro genitore attraverso il partner civile adottante, che è legalmente obbligato a mantenerlo, § 1601 BGB. In caso di eredità, il bambino è protetto anche dal diritto di successione previsto dalla legge, § 1924 Para. 1 BGB. Tuttavia, l'adottante non deve essere indicato nell'atto di nascita come "co-madre" o "co-padre", ma solo come "altro genitore". Il genitore biologico originario non è visibile sul certificato.
- 3) La *stepchild adoption* è possibile se sono soddisfatte le seguenti condizioni. È necessario il consenso del precedente genitore di sesso opposto, a meno che non sia permanentemente impossibilitato o il suo luogo di residenza sia permanentemente sconosciuto, § 1747 par. 1, 4 BGB. Anche il partner civile, che è già genitore legale del bambino, deve dare il suo consenso. Inoltre, come in ogni caso di adozione concessa dal tribunale, la disposizione del § 1741 Par. 1 frase 1 BGB. Di conseguenza, si deve esaminare in ogni singolo caso se l'adozione risponde

- all'interesse del minore e se è prevedibile che tra l'adottante e il minore esista o si sviluppi un rapporto di filiazione.
- 4) Il sesso e l'orientamento sessuale dell'adottante sono irrilevanti. Ciò deriva dal principio di uguaglianza ai sensi dell'articolo 3 (3) frase 1 della Legge fondamentale e dal divieto di discriminazione ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Con la pronuncia dell'adozione da parte del tribunale, il figlio adottivo diventa figlio comune dei partner di vita, § 9 cpv. 7 p. 2 LPartG in combinato disposto con il § 1754 para. 1 BGB.
  - 5) La possibilità della *stepchild adoption* ha aiutato soprattutto le donne in unione registrata a realizzare il loro desiderio di avere un figlio "proprio". In questo contesto, la procreazione di un bambino con l'aiuto della donazione di sperma ha un significato pratico. Il genitore non naturale ha poi la possibilità di ricorrere alla *stepchild adoption* per diventare genitore legale del bambino accanto al genitore naturale.
  - 6) Tuttavia, la legge sull'adozione è stata influenzata dal mancato riferimento del legislatore al § 1742 BGB. Le adozioni successive, in cui prima una persona adotta un bambino ai sensi del § 1741(2) frase 1 BGB e poi un'altra persona, erano inizialmente riservate solo ai coniugi. Il legislatore ha accolto tali adozioni con critiche, poiché si temeva un "passaggio del bambino" da una famiglia all'altra. Pertanto, per il momento, solo ai coniugi è stato concesso questo diritto di adozione successiva. L'idea di fondo era che il bambino di solito vive con il genitore adottivo e il suo coniuge nella stessa famiglia e che l'adozione successiva aggiunge un altro genitore legale. Il bambino non viene quindi "trasmesso". Riceve semplicemente due genitori legalmente uguali all'interno della famiglia. Inizialmente il diritto all'adozione successiva non era riconosciuto ai partner civili. Secondo la legge precedentemente in vigore, un partner civile poteva adottare un figlio biologico del suo partner civile ai sensi del § 9 (7) frase 1 LPartG. Tuttavia, nel caso in cui il bambino non fosse un figlio naturale ma un figlio adottivo del partner, l'adozione era esclusa. In questo modo si dovevano evitare le adozioni multiple. Di conseguenza, la disposizione del § 1742 BGB apriva la possibilità di un'adozione supplementare solo per il coniuge dell'adottante, ma non per il suo partner civile. Il motivo per cui non si fa riferimento al § 1742 BGB è che il legislatore non ha voluto aprire ai partner civili una via per aggirare l'adozione congiunta, che all'epoca non era possibile. Da un lato, non era ancora politicamente giustificabile che il legislatore concedesse i diritti di adozione congiunta ai part-

ner civili registrati. D'altra parte, la Convenzione europea del 24 aprile 1967 sull'adozione dei minori ostacolava questo progetto. Questa convenzione stabilisce che l'adozione di un bambino può essere concessa, secondo la legge nazionale, sia a due persone sposate tra loro sia a una sola persona. Questo ha portato a una disparità di trattamento tra i bambini che vivono in un'unione civile registrata e i bambini cresciuti in un matrimonio con genitori divorziati.

### C. Sentenza del Tribunale costituzionale federale del 19 febbraio 2013

Il Tribunale costituzionale federale ha dovuto decidere se l'esclusione dei partner civili dall'adozione successiva fosse costituzionale. Secondo la legge precedentemente in vigore, l'adozione successiva era consentita solo alle coppie sposate.

La decisione più "spettacolare" è stata presa dal Tribunale costituzionale federale il 19 febbraio 2013 sull'adozione del figlio adottivo di un partner registrato da parte dell'altro partner (adozione successiva)<sup>26</sup>. Il BVerfG ha stabilito che il divieto di adozione successiva da parte dei conviventi, *cioè* il divieto di adozione di un bambino già adottato da parte del convivente della persona che ha adottato inizialmente, era contrario ai diritti fondamentali e ha rinunciato al legislatore ad adottare una disposizione costituzionale entro il 30 giugno 2014. Art. 2, comma 1, in combinato disposto con l'articolo 6, comma 2, frase 1 della Legge fondamentale, conferisce al bambino il diritto alla garanzia statale delle cure e dell'educazione dei genitori. L'obbligo da parte del legislatore di consentire l'adozione del figlio adottivo di un partner registrato da parte dell'altra persona in ogni caso (adozione successiva) non può essere derivato da questo. Due persone dello stesso sesso che sono legalmente riconosciute come genitori di un bambino sono anche genitori in senso costituzionale (art. 6 comma 2 frase 1 della Legge fondamentale). Una persona che finora non ha avuto né un rapporto biologico né un semplice rapporto con un bambino secondo il diritto comune, in linea di principio non può essere considerata un genitore in senso costituzionale ai sensi dell'articolo 6, comma 2, prima frase, della Legge fondamentale, solo perché vive in un rapporto socio-familiare con il bambino. Se il partner civile registrato vive con il figlio naturale o adottivo del partner civile in un rapporto socio-familiare, forma con il bambino una famiglia tutelata dall'articolo 6, paragrafo 1, della Legge fondamentale.

---

<sup>26</sup> BVerfG NJW 2013, 847.



Nella strutturazione giuridica della famiglia, il legislatore non è costituzionalmente obbligato a concedere a coloro che svolgono effettivamente la funzione genitoriale sociale, di creare un'opzione di adozione solo per questo motivo, consentendo al § 9.7 della legge sull'unione civile la possibilità di adozione di un figlio adottivo del partner civile registrato da parte del partner civile da parte dell'altro (adozione successiva). In caso di adozione di un figlio naturale del partner registrato (*stepchild adoption*), sia i figli interessati che i partner civili interessati sarebbero i partner civili interessati nel loro diritto alla parità di trattamento violato, Art. 3 comma 1. 3 par. 1 GG. La legge entrata in vigore il 27.07.2014 riflette la decisione del Tribunale costituzionale federale sulle adozioni successive da parte dei partner civili e prevede ora che un bambino possa essere adottato dal partner di vita dell'adottante iniziale. A tal fine, sono state modificate le disposizioni pertinenti del diritto sostanziale delle adozioni e del diritto procedurale<sup>27</sup>. L'adozione congiunta di un bambino da parte di partner omosessuali, tuttavia, non era ancora stata introdotta. Tuttavia, il legislatore non ha voluto ancora regolamentare l'adozione parallela nelle famiglie omosessuali<sup>28</sup>.

#### D. *Adoptionshilfe-Gesetz*, Sentenza del BVerfG del 26 marzo 2019

La legge sull'assistenza all'adozione (*Adoptionshilfe-Gesetz*) è entrata in vigore il 1° aprile 2021, principalmente per regolare il riconoscimento e la determinazione dell'efficacia delle decisioni straniere in materia di adozione<sup>29</sup>. Il 26.3.2019 il Tribunale Costituzionale Federale ha stabilito che l'esclusione senza eccezioni della *stepchild adoption* nel caso di persone non sposate di cui al § 1754 I e II e al § 1755 I 1 e II del Codice Civile tedesco (BGB) è incompatibile con l'articolo 3 I della Legge Fondamentale Tedesca (GG) nella misura in cui, in base ad essa, un bambino non può essere adottato dal suo genitore adottivo che vive con un genitore legale in una convivenza non matrimoniale in qualsiasi circostanza senza che il rapporto di parentela con il genitore legale venga estinto. Ciò ha portato alla nuova disposizione di legge del 2020, ora codificata nell'articolo 1766a.

Il § 1766a del BGB dichiara applicabili, *mutatis mutandis*, le disposizioni dei §§ 1741 e segg. BGB, comprese quelle relative alla *stepchild adoption* nel caso di persone sposate, sono applicabili *mutatis mutandis*. Il

<sup>27</sup> (BGBl I 2014: 786).

<sup>28</sup> Un'ottima panoramica della discussione legislativa dopo il 2013 si trova in: M. ANTKOLSKAIA, *Rechtliche Regulierung geplanter Elternschaft lesbischer Frauen. Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)*, 64(2), 2016, 241-255.

<sup>29</sup> Per maggiori dettagli, si veda la sezione sul riconoscimento delle sentenze straniere.

legislatore consente quindi la *stepchild adoption* in una famiglia illegittima attraverso il § 1741.2 frase 3 BGB. Anche in questo caso, l'attenzione è rivolta all'interesse del minore, in conformità al § 1741 (1) BGB. Il partner adottante deve avere 21 anni, § 1743 S. 1, § 1741 exp. 2 p. 3 BGB. L'altro partner deve acconsentire all'adozione, §§ 1747 Para. 1 S. 1, 1749 Para. 1 BGB. Il § 1749, comma 2, del BGB non ha senso perché il concetto di unione stabile richiede la convivenza. Il partner il cui figlio è stato adottato mantiene le cure parentali, § 1751(2) BGB. L'adozione fa scattare l'obbligo di mantenimento ai sensi dell'articolo 1751(4) frase 2 BGB. Il figlio adottato diventa figlio comune e perde i rapporti con l'altro genitore e i suoi parenti, §§ 1754 Par. 1 Alt. 2, 1755 Paragrafo 2 BGB. Il rapporto con i parenti dell'altro genitore permane se quest'ultimo aveva le cure parentali ed è morto, § 1756 comma 2 BGB. I partner devono determinare il cognome da nubile, § 1757 (2) frase 1 BGB. Le disposizioni sull'adozione dei figliastri maggiorenni si applicano *mutatis mutandis*, § 1767 (2) frase 1 in combinato disposto con il § 1766a BGB. Una recente modifica (dicembre 2023) della legge sull'adozione consente di mantenere il nome originario anche dopo l'adozione.

Ai sensi dell'articolo 1766a (2) frase 1 BGB, una convivenza stabile sussiste generalmente se i partner hanno vissuto insieme in modo simile al matrimonio per almeno quattro anni o come genitori di un (ulteriore) figlio comune. Ai sensi del § 1766a (2) frase 2 BGB, in genere non sussiste se uno dei due partner è (ancora) sposato con un terzo. Questi esempi standard lasciano spazio a costellazioni eccezionali. Ad esempio, secondo la giustificazione legale, una convivenza solidale non esiste se il rapporto non è esclusivo. D'altra parte, la solidità può essere assunta nonostante il matrimonio con una terza persona, nella misura in cui l'interesse del bambino non ne risenta. Se l'adottante è sposato con un terzo, l'adottante può adottare il bambino da solo ai sensi del § 1766a (3) BGB e richiede il consenso del coniuge, poiché la posizione del coniuge nel diritto ereditario è ridotta. Per quanto riguarda il consenso, si applica l'articolo 1749 del BGB.

È vero che la nuova disposizione del § 1766 a BGB non può essere applicata ai fatti di una *stepchild adoption* in un matrimonio. Tuttavia, l'interpretazione sistematica della legge sulle adozioni riformata chiarisce che la durata del rapporto di coppia continua a funzionare come valore empirico e standard nella prognosi di stabilità. Il matrimonio non ha più un significato esclusivo come indicatore di stabilità per l'assunzione di una "convivenza stabile". Tuttavia, la legge sull'adozione non conosceva e non conosce periodi minimi di stabilità legati al matrimonio o alla convivenza solidale non matrimoniale. Il fattore decisivo è ancora un esame da

effettuare in ogni singolo caso, che deve basarsi sull'interesse superiore del minore e sull'aspettativa di una relazione genitore-figlio.

## 1. Consenso del padre naturale

In linea di principio, l'adozione richiede anche il consenso del padre naturale del bambino da adottare, ai sensi dell'articolo 1747 I 1 BGB. Per questo motivo, di norma, anche il padre del bambino deve essere coinvolto nel procedimento di adozione. Le eccezioni sono disciplinate dal § 1748 IV 1 BGB per i casi in cui il genitore è permanentemente incapace di farlo o il suo luogo di residenza è sconosciuto. Di norma, la base per i diritti di partecipazione e coinvolgimento è la paternità legale. Tuttavia, se nessun altro uomo deve essere considerato come padre ai sensi del § 1592 BGB, si considera padre l'uomo che comprova il requisito di cui al § 1600 d II 1 BGB, vale a dire: essere stato presente con la madre durante il periodo del concepimento.

Dopo aver consentito la *stepchild adoption* per le coppie omosessuali grazie all'introduzione dell'articolo 9 VII LPartG nel 2004, già nel 2013 la Corte costituzionale federale ha espresso nella sua decisione sull'adozione successiva che la genitorialità omosessuale non si oppone perché non richiede sessi diversi. Questo principio si sta ora diffondendo nella giurisprudenza dei tribunali superiori. Il Tribunale superiore di Norimberga ha stabilito che il consenso paterno ai sensi del § 1747 I 2 BGB, e quindi anche la partecipazione del donatore di sperma al procedimento, non è necessario se la madre e la moglie dichiarano inequivocabilmente di aver informato il donatore di sperma della nascita del bambino e che il donatore di sperma non intende assumere alcun obbligo giuridico nei confronti del bambino<sup>30</sup>. L'occupazione di entrambe le posizioni genitoriali da parte di coniugi dello stesso sesso non incontra obiezioni di rilievo e non è contraria all'interesse del bambino.

---

<sup>30</sup> OLG Nürnberg NZFam 2019, 742.

## 2. Diritto all'informazione nonostante l'adozione

La base della richiesta di informazioni da parte del figlio nei confronti della madre ai sensi dell'articolo 1618a BGB è il rapporto di parentela. La successiva adozione non impedisce il diritto all'informazione. Pertanto, anche dopo la cessazione del rapporto giuridico genitore-figlio disposta dal § 1755 I 1 BGB a seguito dell'adozione, il minore può fondare la sua richiesta di informazioni sull'identità del padre naturale nei confronti della madre naturale in base al § 1618 a BGB. La Corte federale di giustizia lo giustifica sulla base dell'effetto *ex nunc* dell'adozione ai sensi del § 1754 BGB. La separazione del minore dal precedente rapporto e l'instaurazione del nuovo rapporto genitore-figlio ha effetti giuridici solo per il futuro. Ai sensi del § 1755 I 1 BGB, il rapporto del minore con i parenti precedenti si estingue con l'adozione, e con esso i diritti e gli obblighi che ne derivano. Tuttavia, ai sensi del § 1755 II 2 BGB, i diritti del minore sorti fino all'adozione, in particolare le pensioni, gli assegni per gli orfani e le altre prestazioni ricorrenti corrispondenti, non sono influenzati dall'adozione. Tuttavia, ciò non si applica ai crediti alimentari per il periodo successivo all'adozione.

## 3. Diritto internazionale privato dell'adozione

L'art. 22 EGBGB determina la legge applicabile alle adozioni. L'art. 22 (1) frase 1 della vecchia versione dell'Atto introduttivo al Codice civile tedesco (EGBGB) distingueva tra diverse costellazioni di adozione. In linea di principio, l'adozione era soggetta alla legge dello Stato a cui apparteneva l'adottante al momento dell'adozione. Secondo la nuova versione, l'adozione in Germania è ora soggetta solo alla legge tedesca (*lex fori*), a prescindere da alcune costellazioni. Per quanto riguarda l'adozione all'estero, la determinazione dello status giuridico si basa sulla residenza abituale del bambino, ai sensi dell'articolo 22 (1) frase 2 della Legge introduttiva al Codice civile tedesco.

L'articolo 23 dell'Atto introduttivo al Codice civile tedesco (EGBGB) non si applica più in aggiunta ai consensi del minore e delle persone con cui il minore ha un rapporto di diritto familiare. Ai sensi dell'art. 22 (2) dell'Atto introduttivo al Codice civile tedesco, le conseguenze giuridiche dell'adozione per quanto riguarda i rapporti tra il bambino e l'adottante e le persone con cui il bambino ha un rapporto di parentela sono disciplinate dalla legge applicabile ai sensi dell'art. 22 (1) dell'Atto introduttivo al Codice civile tedesco.

## V. Tecnologie di riproduzione medicalmente assistita

La seguente sezione offre una panoramica della regolamentazione della procreazione medicalmente assistita da un punto di vista pratico come notaio. La redazione di testi contrattuali in occasione della fecondazione artificiale per la tutela/chiarimento legale delle parti può far parte dell'attività quotidiana di pochissimi notai. Eppure, o proprio per questo motivo, dal punto di vista notarile occorre considerare un gran numero di questioni giuridiche particolari che, a seconda del singolo caso, richiedono un'attuazione concreta nell'ambito della redazione del contratto.

A tal fine, verranno innanzitutto definiti i termini generali, e in particolare medici, rilevanti per questo argomento. Successivamente, verranno descritti brevemente i diversi tipi di inseminazione artificiale, tenendo conto delle rispettive caratteristiche mediche.

### A. Definizione di inseminazione artificiale

L'inseminazione artificiale è qualsiasi fecondazione che non si ottiene attraverso un rapporto sessuale, ma con l'uso di ausili tecnici<sup>31</sup>. Di conseguenza, la *“Guideline on the Collection and Transfer of Human Germ Cells or Germ Cell Tissue in the Context of Assisted Reproduction”* definisce la riproduzione assistita come “l’assistenza medica per soddisfare il desiderio di un bambino attraverso trattamenti e metodi medici [...] che comportano la manipolazione di gameti (ovuli e spermatozoi), tessuti di cellule germinali o embrioni allo scopo di indurre una gravidanza”<sup>32</sup>.

Le forme di inseminazione artificiale legalmente consentite sono: Fecondazione in vivo e fecondazione in vitro (“FIV”) e iniezione intracitoplasmatica di sperma (“ICSI”). Le forme legalmente vietate sono la donazione di ovuli o la maternità surrogata, § 1 EmbryonenschutzG, § 1 para. 1 n. 2 ESCHG, § 1 para. 1 no.

### B. Coinvolgimento del notaio

Non esiste un obbligo generale di rogito e quindi non esiste un'azione notarile obbligatoria in relazione agli accordi di inseminazione. In particolare, ciò non deriva dall'articolo 4 della legge sull'istituzione di un registro dei donatori di sperma e sulla regolamentazione della fornitura di informa-

---

<sup>31</sup> Embryonenschutzgesetz (EschG) BT-Drs. 11/5460, 8; im Rahmen des BGB MüKoB-GB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2020, § 1600 Rn. 52.

<sup>32</sup> Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen oder Keimzellgewebe im Rahmen der assistierten Reproduktion, umschriebene Fortschreibung 2022 v. 14.1.2022 Ziff. 1.4.

zioni sul donatore dopo l'uso eterologo dello sperma (SaRegG), secondo cui l'istituto medico che effettua l'inseminazione artificiale deve garantire che il ricevente della donazione di sperma sia informato.

Nei casi di inseminazione artificiale medicalmente assistita qui trattati (inseminazione medica intracorporea e tutti i casi di inseminazione extracorporea), tuttavia, la necessità di accordi notarili deriva generalmente, almeno di fatto, dalle esigenze di trattamento delle cliniche o dei medici coinvolti. Secondo la sezione 2.2.3 della suddetta linea guida sul prelievo e il trasferimento di cellule germinali umane o di tessuto di cellule germinali nel contesto della riproduzione assistita del 14 gennaio 2022, in caso di inseminazione artificiale eterologa, si raccomanda di fare riferimento alla possibilità di consulenza legale da parte di un avvocato o di un notaio a causa della complessa situazione giuridica e delle conseguenze di vasta portata. Il codice deontologico dei medici della regione della Renania Settentrionale richiede anche la documentazione notarile della consulenza legale per la coppia in caso di procedure eterologhe e per le coppie non sposate<sup>33</sup>.

Gli scopi generali della procedura notarile, in particolare l'istruzione delle parti interessate e la relativa conservazione delle prove che accompagnano l'atto notarile, saranno determinanti anche per la richiesta di accordi notarili da parte dei medici coinvolti. I contenuti di tale accordo che richiedono un'ulteriore regolamentazione o che possono almeno essere regolamentati saranno trattati in modo più dettagliato di seguito.

Per poter affrontare in modo più dettagliato, nel prosieguo di questo saggio, i contenuti dei contratti notarili di inseminazione in occasione della fecondazione artificiale medica che richiedono una regolamentazione, è opportuno dare uno sguardo all'evoluzione delle norme giuridiche in materia.

## 1. Legge sulla regolamentazione del diritto di conoscere la paternità in caso di uso eterologo dello sperma (SaAbstG)

Il contesto in cui si inserisce la Legge per la regolamentazione del diritto di conoscere la paternità in caso di uso eterologo dello sperma del 17.6.2017 è che, secondo la prassi precedente nel contesto della cosiddetta donazione di sperma e la forma di archiviazione dei dati che avveniva in questo contesto, non era garantito il diritto costituzionale del bambino generato dall'inseminazione artificiale di conoscere la propria paternità. Prima dell'entrata in vigore delle nuove norme, i dati dei donatori veni-

---

<sup>33</sup> § BO § 13 Abs. BO § 13 Absatz 3 S. 4 der Berufsordnung der nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung v. 16.11.2019.

vano raccolti al massimo dalle banche del seme o dai medici della riproduzione. Allo stesso modo, nella vecchia situazione giuridica, i donatori di sperma erano esposti al rischio di essere riconosciuti come padre legale oltre alla loro paternità biologica e quindi esposti anche alle conseguenze della paternità (legale) in base alla legge sugli alimenti, ad esempio. Per contrastare questa situazione, con l'entrata in vigore della SaAbstG sono stati introdotti i seguenti cambiamenti.

## 2. Legge sull'istituzione di un registro dei donatori di sperma e sulla regolamentazione della fornitura di informazioni sul donatore dopo l'uso eterologo dello sperma - *Samenspenderegistergesetz* (SaRegG) (legge sul registro dei donatori di sperma)

In Germania, prima dell'introduzione della legge sull'istituzione di un registro dei donatori di sperma e sulla regolamentazione della fornitura di informazioni sul donatore dopo l'uso eterologo dello sperma (in breve, la legge sul registro dei donatori di sperma o SaRegG) del 17 giugno 2017, modificata da ultimo il 28 aprile 2020, la documentazione relativa all'uso eterologo dello sperma per l'inseminazione artificiale medicalmente assistita veniva effettuata in modo decentralizzato nelle strutture in cui lo sperma veniva raccolto per l'uso eterologo di tale inseminazione artificiale medicalmente assistita (struttura di raccolta). Le informazioni fornite all'epoca non erano adatte a garantire il diritto di una persona concepita attraverso l'uso eterologo dello sperma di conoscere la propria discendenza. Lo scopo del registro dei donatori di sperma è quindi quello di consentire alle persone concepite attraverso l'inseminazione artificiale eterologa assistita dal medico di conoscere la propria discendenza, creando un ufficio centrale – ora gestito dall'Istituto federale per i farmaci e i dispositivi medici.

In particolare, tra le norme autorevoli del SaRegG vanno citate le seguenti:

- § 4 SaRegG, secondo cui una struttura sanitaria deve garantire, prima dell'uso eterologo dello sperma per la fecondazione artificiale assistita dal medico, che il ricevente della donazione di sperma sia stato informato sulle condizioni quadro legali ivi menzionate, in particolare sul diritto all'informazione della persona concepita tramite donazione di sperma, sulla raccolta, l'archiviazione e l'uso dei dati personali e sull'esclusione della determinazione della paternità ai sensi del § 1600 d (4) BGB,
- § 6 SaRegG, secondo cui la struttura sanitaria deve trasmettere all'Istituto federale per i farmaci e i dispositivi medici, in particolare, il nome,

la data di nascita e l'indirizzo del ricevente della donazione di sperma, nonché il numero e la data di nascita dei figli concepiti,

- § 8 SaRegG, secondo cui i dati rilevanti sono conservati nel registro dei donatori di sperma per 110 anni,
- § 10 SaRegG, che è la disposizione centrale del SaRegG e standardizza il diritto all'informazione delle persone che sospettano di essere state concepite attraverso l'uso eterologo di sperma nell'inseminazione artificiale medicalmente assistita.

È importante notare che le disposizioni del SaRegG, in particolare il diritto all'informazione ai sensi del § 10 SaRegG, non coprono i cosiddetti vecchi casi, ossia i casi in cui l'inseminazione artificiale è avvenuta prima dell'entrata in vigore del SaRegG.

### 3. Introduzione del § 1600 d (4) BGB

Un'ulteriore conseguenza della SaAbstG è stata l'introduzione del § 1600 d para. 4 BGB. Da allora, questo esclude l'accertamento giudiziario della paternità del donatore di sperma nel caso di bambini concepiti con sperma eterologo secondo le regole del SaRegG. L'obiettivo è quello di rafforzare l'assegnazione del bambino al padre previsto. Inoltre, la protezione del donatore di sperma contro il ricorso mira a preservare la volontà del potenziale donatore di sperma di donare nonostante l'introduzione del registro dei donatori di sperma e a promuovere la sua volontà di stabilire un contatto con il bambino concepito attraverso la donazione di sperma. La disposizione può essere intesa come una controparte dei regolamenti del SaRegG. Tuttavia, la disposizione si applica solo alle condizioni ristrette ivi specificate, non nel caso di inseminazione artificiale non medicalmente assistita o di donazioni al di fuori di un centro di raccolta. Se dovessero verificarsi irregolarità nella precisazione del donatore di sperma e nella sua iscrizione nel registro dei donatori di sperma, ciò non avrebbe alcuna influenza sull'applicabilità del § 1600 d (4) del BGB.

### C. Diritto professionale medico

La legge professionale medica nel campo della medicina riproduttiva artificiale ha subito un cambiamento negli ultimi anni, almeno in alcune aree.

Secondo le linee guida professionali per i medici dell'epoca, l'inseminazione artificiale medicalmente assistita doveva essere aperta solo alle donne sposate con un uomo o almeno solo alle donne che vivevano in una relazione stabile con un uomo. In questi ultimi casi, tuttavia, era richiesta una grande moderazione nell'uso della tecnologia riproduttiva artificiale.



Anche nei primi casi, l'uso eterologo dello sperma di un donatore era problematico per la legge professionale.

Secondo le norme più recenti del codice deontologico medico, non viene presa alcuna posizione sul gruppo di persone ammissibili alla fecondazione artificiale assistita dal medico (almeno a livello federale). Da ciò si deduce prevalentemente che l'inseminazione artificiale medicalmente assistita è consentita alle coppie non sposate e alle coppie lesbiche (sposate e non). La questione della liceità dell'inseminazione artificiale (eterologa) per le donne single continua a essere l'oggetto di maggiore discussione in questo settore.

## 1. Consenso all'inseminazione

Il rapporto giuridico tra i “genitori intenzionali” comprende il rapporto tra la madre naturale (altre costellazioni con la conseguenza di una separazione tra la madre naturale e la “madre intenzionale” non sono concepibili nel contesto della donazione di sperma (ammissibile) qui trattata) e l'altro genitore previsto, come il partner che vive con la madre.

### *Consenso*

Il contenuto decisivo di ogni contratto notarile di inseminazione dovrebbe essere il consenso dei genitori intenzionali (che sono parti del documento) all'esecuzione dell'inseminazione artificiale medicalmente assistita, indipendentemente dal fatto che questa venga eseguita per via omologa o eterologa. Secondo i principi generali, il consenso è l'accordo preliminare all'inseminazione artificiale. Se si utilizza lo sperma di un donatore eterologo, la necessità del consenso deriva già dalle conseguenze legali del § 1600 Para. 4 BGB. Anche se lo sperma viene utilizzato in modo omologo, tuttavia, il consenso congiunto dei genitori intenzionali alla procedura di fecondazione rende evidente la loro volontà comune di assumersi la responsabilità del bambino così concepito. In ultima analisi, il consenso dei genitori intenzionati all'inseminazione artificiale è di fondamentale importanza anche per il medico della riproduzione, a causa della pena altrimenti prevista.

La dichiarazione di consenso non è giuridicamente legata a una forma specifica, ma dovrebbe – anche se già rilasciata oralmente – essere ripetuta nell'atto notarile, in ogni caso al fine di preservare le prove<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> A.F. SCHWARZ, *Aktuelle Rechtsfragen zur künstlichen Befruchtung in der notariellen Gestaltungspraxis*, RNotZ, 2022, 42.

La natura giuridica delle dichiarazioni di consenso non è ancora stata completamente chiarita. Alcuni considerano la dichiarazione di consenso come un vero e proprio atto volitivo a cui si applicano di conseguenza le disposizioni sulle dichiarazioni di volontà. L'opinione prevalente qualifica il consenso come una dichiarazione di volontà. La disputa è principalmente di natura dogmatica e non dovrebbe avere un'importanza decisiva per la redazione dei contratti notarili di inseminazione nella pratica. In ogni caso, il consenso deve essere ricevuto dall'altro genitore intenzionale (almeno per analogia); non sembra invece necessario che lo riceva il medico che esegue l'inseminazione artificiale o il terzo donatore.

### *Ritirare il consenso alla procreazione medicalmente assistita?*

Dal momento che la dichiarazione di consenso da parte dei genitori deve essere inserita nell'atto notarile con urgenza – se non addirittura come obbligo – si pone la questione se e come il consenso dichiarato nell'atto dalle parti interessate possa essere successivamente revocato da queste ultime.

Non esistono norme di legge in merito. Secondo i principi generali, ai sensi del § 130 Paragrafo 1 BGB, una dichiarazione di volontà che deve essere ricevuta può essere revocata solo finché non è stata ricevuta dal destinatario della dichiarazione. Nelle attuali costellazioni del consenso all'inseminazione artificiale, tuttavia, la revoca è considerata ammissibile anche dopo la ricezione del consenso da parte del destinatario della dichiarazione – che avverrà al più tardi quando sarà autenticata dal rispettivo genitore intenzionale – a causa della libertà di riproduzione dei partecipanti, che è protetta come diritto fondamentale. Tuttavia, la liceità di tale revoca sembra terminare al più tardi quando, oltre al diritto dei genitori intenzionati alla libertà di riproduzione, viene intaccato lo status giuridico del bambino concepito tramite inseminazione artificiale. Nel caso della “fecondazione in vivo”, è probabile che ciò si affermi se il processo di inseminazione artificiale è stato effettuato nell'utero della madre, senza che l'unione di ovulo e spermatozoo sia rilevante. Nel caso della fecondazione extracorporea, si presume che ciò avvenga prevalentemente se gli ovuli hanno lasciato lo stadio pronucleare, cioè se è avvenuta la fusione ovulare. In ogni caso, dopo questi momenti, il genitore intenzionato revocante non potrà più recedere unilateralmente dal progetto di fecondazione e, di conseguenza, non potrà nemmeno chiedere la cessazione del processo di fecondazione, anche se rimane il dubbio se quest'ultimo possa valere anche per il genitore intenzionato a partorire in caso di inseminazione eterologa. Probabilmente il notaio non sarà in grado di fare una dichiarazione vincolante sul

momento della revoca, perché la situazione legale non è ancora stata chiarita in modo definitivo.

#### D. La co-maternità per il figlio nato da un matrimonio lesbico non è costituzionale

Il *Kammergericht di Berlino* ritiene incompatibile con la Costituzione tedesca che un bambino nato da una madre che vive in un matrimonio omosessuale dopo un'inseminazione artificiale medicalmente assistita ai sensi del § 1600 d IV del BGB abbia un solo genitore legale per legge<sup>35</sup>. Il caso si concentra sui §§ 1592 n. 1, 1600 d IV, 1741 II 3, 1795 I n. 3, 1796 BGB.

Il caso è uno dei casi “standard” che portano alla *Verfassungsbeschwerde*.

La moglie (cittadina tedesca) e l'altra coniuge (cittadina lussemburghese) hanno contratto matrimonio nel 2018 davanti all'ufficiale di stato civile di Berlino. Per realizzare il loro desiderio di avere figli, hanno deciso di sottoporsi a un trattamento medico riproduttivo in un *Kinderwunschzentrum* in modo che la persona del donatore di sperma rimanga sconosciuta e che il donatore di sperma rinunci a tutti i diritti derivanti dalla genitorialità. Nel settembre 2019 hanno stipulato un contratto di trattamento per l'inseminazione artificiale medicalmente assistita con il Dr. K presso il *Kinderwunschzentrum* “...”. Lo studio collabora con la Banca Europea dello Sperma di Copenaghen. I coniugi coinvolti hanno ottenuto la donazione di sperma da lì.

Nel 2020, la seconda moglie (di seguito: la madre) ha dato alla luce due gemelli, il figlio L (moglie 1) e il figlio J. I ricorsi nel procedimento di accertamento della genitorialità del figlio J sono pendenti presso il Senato con il numero 3 UF 1123/20. Il bambino 1 vive nella casa dei coniugi e viene accudito da loro congiuntamente in parti uguali. Nel certificato di nascita del bambino, la signora 2 è indicata come madre del bambino. L'ufficio anagrafico di Friedrichshain-Kreuzberg di Berlino ha rifiutato di registrare la terza persona (di seguito denominata moglie) come co-madre del bambino.

Il bambino, la madre e la moglie hanno chiesto al FamG di dichiarare l'esistenza di un rapporto di filiazione tra il bambino e la moglie. Con ordinanza del 26 ottobre 2020, il Tribunale di Berlino-Tempelhof-Kreuzberg (FamG) ha respinto le domande. Le domande non erano ammissibili. §

<sup>35</sup> KG, Beschl. v. 24.3.2021 - 3 UF 1122/20.

L'articolo 169 n. 1 FamFG riguarda solo le cause di filiazione che sono dirette "a stabilire l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto di filiazione, in particolare la validità o l'invalidità di un riconoscimento di paternità".

Il *Kammergericht* di Berlino lo ritiene incostituzionale e ha presentato il caso (in attesa di giudizio) al *Bundesverfassungsgericht*.

Il Senato ritiene incompatibile con l'articolo 3 I della Legge fondamentale che un bambino nato da una madre che vive in un matrimonio omosessuale dopo un'inseminazione artificiale medicalmente assistita ai sensi del § 1600 d IV del BGB abbia un solo genitore legale per effetto della legge. Una madre sposata con una donna e avente diritto all'affidamento esclusivo non è impossibilitata a rappresentare il figlio in un procedimento volto a stabilire la filiazione tra il figlio nato dal matrimonio e la moglie, né ai sensi del § 1795 I n. 3 BGB né ai sensi del § 1796 I n. 3 BGB o del § 1796 BGB.

Il § 1592 n. 1 BGB non è suscettibile di applicazione analoga alle donne sposate tra loro per mancanza di una scappatoia non prevista, poiché il legislatore si è deliberatamente astenuto dal disciplinare la posizione del secondo genitore in assenza di una relazione finale quando ha creato il § 1600 d IV BGB (non certezza del donatore di sperma come padre).

La limitazione della moglie della madre al cosiddetto affidamento minore (§ 1687 b BGB) viola il diritto fondamentale del bambino ai sensi dell'articolo 3 I della Legge fondamentale, in quanto lo priva di un secondo genitore legale che potrebbe assumere pienamente la cura per lo sviluppo del bambino che la Costituzione assegna in primo luogo ai genitori e lascia al solo potere decisionale della moglie la possibilità di ottenere una piena posizione genitoriale mediante l'adozione ai sensi del § 1741 II 3 BGB.

È meglio per il benessere del bambino se gli vengono assegnati due genitori legali responsabili con i relativi doveri fin dalla nascita. La posizione giuridica del bambino migliorerebbe notevolmente, ad esempio a livello di diritto degli alimenti e di diritto ereditario. Inoltre, in caso di esclusione dall'ambito di applicazione del § 1592 n. 1 BGB, vi sono notevoli rischi per il bambino in caso di separazione o morte della madre prima della conclusione del procedimento di adozione.

La disposizione del § 1592 n. 1 del BGB viola l'articolo 3 I della Legge fondamentale nella misura in cui discrimina il coniuge della madre di un matrimonio omosessuale rispetto al coniuge della madre di un matrimonio di sesso opposto. La giustificazione della disparità di trattamento è soggetta ad elevati requisiti costituzionali in questo caso, poiché la disparità di trattamento riguarda l'identità sessuale<sup>36</sup>. Le differenze giustificabili non esistono

---

<sup>36</sup> Collegamento con BVerfGE 133, 59 = StAZ 2013, 184 = NJW 2013, 847 marginale n. 104 = NVwZ 2013, 1207 Ls.

più dopo che il legislatore non persegue più il principio della “verità di status” nella costellazione di casi del § 1600 d IV BGB.

### E. In attesa di *Verfassungsbeschwerde* davanti al *Bundesverfassungsgericht*

Sono pendenti diversi *VERFASSUNGSBESCHWERDEN*, presentati da uno studio legale di Berlino. Nel 2018, il BGH ha stabilito che l'articolo 1592 n. 1 del BGB non è applicabile né direttamente né per analogia alla moglie della madre e che ciò non dà luogo a problemi di diritti fondamentali. La legge sulla filiazione fa riferimento sia al matrimonio sia al sesso del secondo genitore nell'articolo 1592 n. 1 del BGB. Tuttavia, l'assegnazione genitore-figlio non è stata ancora adattata ai cambiamenti giuridici fondamentali del 2017 e del 2018, ovvero la possibilità di matrimonio per persone dello stesso sesso e la creazione della terza categoria di genere “diverso”. Se un bambino nasce da un matrimonio tra due donne, la posizione di secondo genitore rimane vacante fino a quando la famiglia non ha superato con successo le procedure di adozione giudiziaria e amministrativa. Almeno la questione dell'incostituzionalità è stata giudicata in modo diverso da diversi tribunali di famiglia nel 2021: quattro tribunali hanno sospeso i corrispondenti procedimenti dichiarativi di famiglie con due madri e hanno presentato al BVerfG petizioni concrete di controllo normativo sull'incostituzionalità del § 1592 BGB. La maggior parte dei casi proviene da Berlino, in quanto il comune di Berlino ha una visione piuttosto rigida in una città molto liberale e progressista<sup>37</sup>. Tutti riguardano famiglie coniugali con due madri che hanno avuto un figlio attraverso un trattamento medico riproduttivo di fertilità e una donazione anonima di sperma. Dal settembre 2022 è all'esame del BVerfG un quinto caso relativo alla legge sulla filiazione nelle famiglie bi-materne, che riguarda un bambino concepito tramite donazione privata di sperma. Se ci si concentra sul punto di vista del bambino, appare chiaro che in questo caso potrebbero essere violati i suoi diritti fondamentali<sup>38</sup>.

Il legislatore tedesco non ha finora creato un regolamento di assegnazione che attribuisca a un figlio di due mogli l'attribuzione primaria direttamente alla seconda madre. Lo Stato non è quindi riuscito a stabilire se e come esercitare la responsabilità genitoriale per i figli di genitori omosessuali. Dal punto di vista del bambino, l'opzione di assegnazione a un

<sup>37</sup> L'autore è professionalmente collegato come notaio con un caso che è stato accolto dall'AG Kreuzberg e dal Kammergericht ed è ora al BVerfG.

<sup>38</sup> [https://www.nodoption.de/\\_files/ugd/9eb76e\\_e080b3eaa7f24f299cab3c7b96b03e5](https://www.nodoption.de/_files/ugd/9eb76e_e080b3eaa7f24f299cab3c7b96b03e5).

genitore disposto ad assumersi la responsabilità genitoriale è completamente assente perché il bambino non ha modo di forzare l'adozione da parte della seconda madre. Se il secondo genitore è innominato e il bambino è stato concepito attraverso una donazione privata di sperma, il bambino potrebbe teoricamente ottenere che il donatore di sperma sia stabilito come padre legale. Tuttavia, è già discutibile se le considerazioni del § 1600d IV BGB non si applichino anche al donatore privato di sperma. Con l'accertamento giudiziale del donatore di sperma, tuttavia, il bambino non riceverebbe in ogni caso un genitore ai sensi dell'art. 6 II GG perché di norma un donatore di sperma non vuole fornire cure parentali ed educazione al bambino, ma solo aiutare i destinatari della donazione ad assumere la responsabilità genitoriale.

L'attuale situazione giuridica prevede quindi che un bambino concepito attraverso una donazione di sperma da parte di terzi e nato dal matrimonio di due donne non abbia di fatto la possibilità permanente di essere garantito legalmente da due genitori responsabili<sup>39</sup>. Di conseguenza, il bambino non solo ha un certificato di nascita incompleto, ma gli vengono anche negati tutti i diritti conseguenti legati al rapporto genitori-figli.

La situazione della legge sulla filiazione viola il diritto fondamentale del bambino a una garanzia statale di cura ed educazione da parte dei genitori. Gli vengono negate le opportunità di sviluppo e di formazione della propria vita che sono aperte ai figli di matrimoni tra uomo e donna. Il BVerfG ha già affermato nelle decisioni sull'adozione successiva e sulla *stepchild adoption* che la negazione della posizione genitoriale legalmente piena va di pari passo con le limitazioni dei poteri genitoriali, che possono anche avere un effetto sullo sviluppo del bambino. In particolare, la funzione stabilizzatrice della famiglia, importante per lo sviluppo del bambino e tutelata dall'articolo 6 I della Legge fondamentale, viene compromessa perché la negazione del riconoscimento legale può dare al bambino l'impressione che il suo rapporto familiare sia meno prezioso di quello dei bambini del gruppo di confronto. Ciò rappresenta una notevole minaccia per lo sviluppo della personalità del bambino. Questo pericolo per la personalità non è diminuito nemmeno dal riferimento alla possibilità di adozione da parte della seconda madre. La necessità di essere adottati prima dalla seconda madre, anche se entrambe le madri sono sposate tra loro e il bambino è un figlio desiderato da tutti, conferma ancora di più l'impressione

---

<sup>39</sup> L. CHEBOUT, A. SANDERS, D.-S. VALENTINER, *Nicht von schlechten Eltern - verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes* (NJW 2022, 3694) 3696.

che la famiglia omosessuale sia meno considerata meno affidabile e che quindi debba essere prima sottoposta al controllo giudiziario e ufficiale<sup>40</sup>.

I risultati dei *Verfassungsbeschwerden* non sono previsti prima del 2025.

## VI. Maternità surrogata

### A. Il divieto di maternità surrogata

Tutte le forme di maternità surrogata sono espressamente vietate in Germania. La maternità surrogata non è solo illegale in Germania, ma è un reato penale per i medici o i professionisti sanitari che aiutano qualcuno. Ciò include anche la donazione di ovuli da una donna a un'altra per qualsiasi motivo. La parola che indica una madre surrogata in tedesco è *Leihmutter*, e deriva dal verbo *leihen* o prestare e *Mutter* o madre, quindi si tratta essenzialmente di una madre prestata. Sebbene i genitori adottivi e i figli di una madre surrogata non siano perseguitati dalla legge, non sono comunque riconosciuti come genitori del bambino al di fuori dell'adozione legale<sup>41</sup>.

I genitori che desiderano un figlio ma hanno problemi di fertilità o non sono in grado di concepirlo sono detti "*Kinderwunsch*", che letteralmente si traduce in "desiderio di bambini" o desiderio di figli. Questo desiderio può essere soddisfatto attraverso una clinica della fertilità, dove la donna si sottopone a trattamenti ormonali, alla fecondazione in vitro o all'acquisto di sperma di un donatore (che rientra in una categoria legale diversa dalla donazione di ovuli).

Le donne che hanno una relazione e le donne single hanno la possibilità di pagare per questo servizio. Per gli uomini gay che non sono biologicamente femmine, questa possibilità diventa impossibile e spesso li lascia alla ricerca di una madre surrogata o di un modo per adottare i bambini. Per i partner eterosessuali, se la madre ricorre a una banca del seme, il suo partner viene automaticamente considerato il padre con il suo consenso. Per le lesbiche che affrontano lo stesso processo, questo non è possibile. La seconda madre dovrà procedere all'adozione del bambino come "*step child*". Gli uomini omosessuali di sesso maschile sono limitati al precedente processo di adozione perché la maternità surrogata non è legale.

### B. Maternità surrogata straniera

Se una coppia (indipendentemente dal fatto che sia omosessuale o meno) assumesse una madre surrogata in un paese straniero per far nascere

<sup>40</sup> Chebout et al. *ut supra*.

<sup>41</sup> <https://feather-insurance.com/blog/surrogates-and-adoption-in-germany/>.

un bambino per loro e portarlo in Germania, la madre surrogata avrebbe i diritti di madre e nessun'altra madre avrebbe i diritti legali di madre. Per gli omosessuali, ciò significa che ci sarà un solo genitore legale, mentre l'altro dovrà adottare il bambino come *step child* (come già avviene per le adozioni di coppie omosessuali e per la seconda madre di una coppia lesbica che ha figli insieme)<sup>42</sup>.

Per quanto riguarda le donazioni di sperma, l'unica legge in vigore è che lo sperma di una persona morta non può essere utilizzato. Il motivo di questo diverso trattamento tra madri gestazionali e padri genetici è che si presume che la perdita di una madre gestazionale (genetica o meno) possa causare problemi psicologici, mentre la perdita di un padre genetico apparentemente no.

## VII. Altre forme di genitorialità

La legge tedesca non prevede disposizioni per la genitorialità diversa dal legame biologico o dalla genitorialità di fatto.

## VIII. Riconoscimento ed esecuzione di documenti stranieri relativi alla genitorialità

La disposizione della Sezione 2 dell'*Adoptionswirkungsgesetz* ha creato una procedura formale separata per determinare il riconoscimento e la validità delle adozioni straniere o delle adozioni basate su disposizioni sostanziali straniere – queste ultime, tuttavia, solo nella misura in cui sono state decise prima del 31 marzo 2020, poiché da quella data si applicherà solo il diritto tedesco a tutte le adozioni nazionali, art. 22 (1 frase 1 EGBGB)<sup>43</sup>. Questa procedura serve innanzitutto alla certezza del diritto, soprattutto per la famiglia adottiva e per il bambino adottato. L'introduzione di tale procedura è stata voluta per evitare le adozioni ripetute comuni nella prassi precedente, con le relative e onerose udienze per i minori, e per eliminare le incertezze sullo status giuridico del bambino. In definitiva, l'obiettivo è quello di tutelare l'interesse del minore. Poiché nel caso delle adozioni straniere l'incertezza sul riconoscimento e gli effetti sullo status giuridico del bambino erano particolarmente forti sia per chi applicava la legge sia per la famiglia adottiva, era necessario introdurre una decisione generalmente vincolante sul riconoscimento, nonostante il riconoscimento ex lege ai sensi dell'art. 23 HAdoptÜ, sia per le adozioni effettuate negli Stati

<sup>42</sup> Vedi *infra* B), VIII.

<sup>43</sup> *GROSSKOMMENTAR* GesamtHrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Hrsg: Budzikiewicz/Weller/Wurmnest Stand: 01.09.2023, AdoptWirkG § 2 Rn 2.



contraenti sia, in particolare, per quelle effettuate in Stati non contraenti. La determinazione offre inoltre una maggiore certezza giuridica per le adozioni provenienti da Stati contraenti grazie alla riserva di ordine pubblico di cui all'art. 24 HAdoptÜ. La procedura di determinazione si affianca quindi al riconoscimento di diritto e alla determinazione dell'incidenza della capacità di riconoscimento.

Fino all'entrata in vigore della nuova legge sull'assistenza all'adozione<sup>44</sup>, il 1.4.2021, questo era l'unico modo per le parti del procedimento di adozione di ottenere una decisione vincolante sul riconoscimento di un'adozione straniera e dei suoi effetti in Germania, ai fini della certezza del diritto. Con l'introduzione dell'articolo 1 (2) AdWirkG da parte dell'art. 3 n. 1 della legge sull'assistenza all'adozione, l'avvio di una procedura di accertamento del riconoscimento delle decisioni di adozione straniera emesse nell'ambito di un procedimento di adozione internazionale non è più subordinato alla decisione dei soggetti legittimati a presentare la domanda, ma tale procedura è ora resa obbligatoria e pertanto tale decisione deve essere richiesta.

## A. Riconoscimento dell'adozione straniera

### 1. Riconoscimento o efficacia

L'atto di adozione può consistere in una decisione giudiziaria o ufficiale (decreto di adozione) o essere basato esclusivamente su un accordo contrattuale (contratto di adozione). La determinazione dell'"efficacia", come definita nel paragrafo 1, si riferisce all'adozione contrattuale, mentre la determinazione del suo riconoscimento si riferisce all'adozione per decreto. Inoltre, l'adozione può essere forte o debole o trasformarsi da debole a forte.

Per adozione forte si intende l'adozione piena, prevista per i minori dalla legge tedesca (§§ 1741 e seguenti del BGB): Il rapporto del bambino con la sua famiglia naturale si estingue (§ 1755 BGB) e il bambino ottiene lo status giuridico di figlio naturale dell'adottante (§ 1754 BGB). Nel caso di un'adozione debole, gli effetti sono limitati: l'adottato diventa solo figlio dell'adottante e non è quindi parente o affine per matrimonio dei parenti o suoceri dell'adottante (§ 1770 (1) BGB), anche se i suoi parenti per discendenza rimangono parenti naturali (§ 1770 (2) BGB).

Tuttavia, l'oggetto del procedimento è sempre l'accertamento dell'equivalenza del rapporto di adozione svolto in conformità al diritto straniero con un rapporto di adozione stabilito in conformità alle disposizioni sostan-

<sup>44</sup> Legge del 12 febbraio 2021, BGBl. 2021 I 226.

ziali tedesche. Ciò può anche riguardare la questione se una legittimazione effettuata in uno Stato islamico debba essere equiparata a un rapporto di adozione stabilito in conformità alle disposizioni sostanziali tedesche.

Tuttavia, l'AdWirkG fornisce solo il quadro procedurale per questo e non stabilisce un proprio standard di revisione. Questo risulta piuttosto dalle norme dell'HAoptÜ nel caso di un'adozione da uno Stato contraente all'HAoptÜ e dal diritto autonomo (artt. 108, 109 FamFG) nel caso di un'adozione da uno Stato non contraente.

Le adozioni contrattuali provenienti da Stati non contraenti sono soggette a un esame completo dell'efficacia da parte dei tribunali/autorità perché non hanno una garanzia paragonabile al certificato dell'Autorità centrale. Pertanto, a questo proposito, il riesame sostanziale completo è aperto sulla base della legge straniera sull'adozione, utilizzando come base l'articolo 22 dell'EGBGB in base al conflitto di leggi.

## 2. Stato contraente

Un'adozione proveniente da uno Stato parte dell'HAoptÜ viene riconosciuta senza ulteriore esame – *ex lege* – se l'autorità competente dello Stato che attua l'adozione ha certificato che essa è avvenuta in conformità alle norme della Convenzione, art. 23 HAoptÜ. Questo vale sia per le adozioni per decreto che per quelle per trattato. Rimane solo da verificare la violazione dell'*ordine pubblico* nazionale, art. 24 HAoptÜ, tenendo conto dell'art. 109 (1) n. 4 FamFG; poiché l'art. 24 HAoptÜ apre solo l'esame della compatibilità dell'adozione straniera con l'*ordine pubblico* nazionale ai sensi dell'art. 109, par. 1, n. 4 FamFG.

Il FamG non ha bisogno di esaminare i prerequisiti della sezione 109, parr. 1-3 FamFG. Per le adozioni convenzionali, la possibilità di ricorso è quindi limitata dall'articolo 24 dell'HAoptÜ e dall'articolo 109 del FamFG, poiché i tribunali tedeschi sono in linea di principio vincolati dal decreto di adozione e dalle conclusioni confermate nel certificato. Una violazione dell'ordine pubblico può quindi essere ipotizzata solo in casi eccezionali, ad esempio se vi è un'evidente mancanza di esame dell'interesse superiore del bambino e dell'idoneità all'adozione, ed è difficile rimediare. Il momento rilevante per la violazione dell'ordine pubblico è quello della decisione di riconoscimento in ultima istanza.

## 3. Ordine pubblico

Il concetto di "*ordine pubblico*" è tuttavia ambiguo e la terminologia utilizzata nella giurisprudenza e nella letteratura è estremamente incoerente e

complessa. Così, i termini «*ordre public interne*», «*ordre public national*» vs. «*ordre public international*», «*ordre public substantive*» vs. «*ordre public procedural*», «*ordre public recognition*» e «*ordre public conflict of laws*» non sono affatto utilizzati in modo uniforme. Questa diversità di termini si basa su due diverse forme di *ordre public*, che devono essere distinte nell'esame della clausola da effettuare *ex officio*. Sistematically, occorre innanzitutto distinguere tra due gruppi di casi: L'applicazione di una legge straniera da parte dei tribunali tedeschi o il riconoscimento di una decisione straniera. Lo standard di revisione per i due gruppi di casi varia notevolmente. Nel primo caso, in cui un tribunale giunge per la prima volta a un risultato applicativo, lo standard deve essere più severo rispetto al secondo caso, in cui è già stata resa una decisione straniera efficace che deve essere semplicemente accettata tramite riconoscimento. Mentre nel primo caso la clausola si applica alle violazioni sostanziali dell'applicazione della legge, compresa l'incompatibilità con i principi fondamentali del conflitto di leggi, nel secondo caso la clausola si concentra sulle violazioni dei principi sostanziali e procedurali essenziali. In entrambi i casi, l'oggetto del controllo non è la legge straniera in sé, ma esclusivamente il risultato dell'applicazione della legge nel caso specifico. Mentre nel primo caso si tratta di esaminare la compatibilità del risultato dell'applicazione della legge della norma straniera con i principi essenziali del diritto interno, nel secondo caso è decisivo se il risultato dell'applicazione della legge straniera nel caso concreto è in così forte contraddizione con le idee fondamentali delle norme tedesche e con i concetti di giustizia in esse contenuti da apparire inaccettabile secondo la concezione tedesca, o da non poter essere considerato come emesso in una procedura ordinata basata sullo stato di diritto.

Se il riconoscimento della decisione straniera è addirittura soggetto a un divieto di revisione sostanziale (“*revision au fond*”), questo deve essere rifiutato solo in caso di violazioni particolarmente gravi dell'*ordine pubblico*. Dal punto di vista terminologico, per questi casi si sono affermati i termini “ordine pubblico sostanziale” (primo gruppo di casi) e “ordine pubblico procedurale” (secondo gruppo di casi). I termini “ordine pubblico in materia di conflitto di leggi” per il primo gruppo di casi e “ordine pubblico in materia di riconoscimento” per il secondo gruppo di casi sono utilizzati anche come sinonimi. Anche i termini “ordine pubblico nazionale” e “ordine pubblico internazionale” sono comunemente utilizzati per il primo e il secondo gruppo di casi, soprattutto nella giurisprudenza. In questo caso, tuttavia, c'è il rischio di mescolare e confondere i concetti di *ordre public international private law* – per il diritto sostanziale – e di *ordre public interne*, che designa semplicemente il diritto imperativo nel

senso del diritto sostanziale dei contratti, ma che non è protetto dall'art. 6 EGBGB. L'uso di questi termini viene pertanto respinto in questa sede. Inoltre, in alcuni casi viene ancora utilizzata una clausola di riserva speciale, ulteriormente indebolita, di un "ordre public di diritto dei servizi", che dovrebbe intervenire solo in caso di "principi indispensabili di uno Stato libero di diritto". Un "ordine pubblico europeo" non esiste ancora. Tuttavia, non va trascurato il fatto che il canone valoriale interno è arricchito anche da valori fondamentali sovranazionali (→ Regolamento Roma I, art. 21, par. 24); tra questi, in particolare, la CEDU, art. 8, e le libertà fondamentali di cui all'art. 21, par. 24, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'ordine pubblico nazionale è sempre integrato e limitato dal diritto europeo, almeno se la norma di conflitto pertinente riconosce solo un ordine pubblico dello Stato del foro; allora l'ordine pubblico europeo "scioglie" nell'ordine pubblico nazionale. In questo senso, anche l'ordine pubblico viene gradualmente "europeizzato" (→ Regolamento Roma I, art. 21, comma 20, → Regolamento Roma I, art. 21, comma 24).

Se si tratta di un'adozione convenzionale da uno Stato aderente all'HAoptÜ, come nel caso di un'adozione decretata da questi Stati, non c'è spazio per una revisione della sua efficacia, purché sia disponibile un certificato ai sensi dell'art. 23 dell'HAoptÜ; perché questo contiene anche la conferma dell'Autorità Centrale dello Stato d'origine che è stato effettuato un esame dell'interesse del bambino e della relazione genitore-figlio (art. 23 HAoptÜ in combinato disposto con l'art. 4 HAoptÜ). Rimane solo l'esame della compatibilità con l'ordine pubblico nazionale ai sensi dell'art. 6 EGBGB, aperto dall'art. 24 HAoptÜ.

## B. Registrazione di un atto di nascita straniero emesso da una maternità surrogata

Di seguito vengono illustrati alcuni esempi di casi recenti:

### *Riconoscimento di una sentenza ucraina, AG Düsseldorf*

Chiunque abbia un figlio portato in grembo da una madre surrogata in Ucraina sarà registrato come genitore anche in Germania, come stabilito da un tribunale di Kiev. Dal momento che la madre surrogata stessa non voleva essere registrata, non era necessario coinvolgerla, secondo il tribunale di Düsseldorf<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Decisione del 30 giugno 2023 - 98 III 8/23.

Una coppia tedesca ha avuto il suo bambino da una madre surrogata ucraina. Geneticamente, il padre committente era anche il padre biologico; le madri non erano imparentate con il bambino. La madre surrogata ha partorito il bambino a Kiev. Lì è stato registrato nel registro delle nascite con i tedeschi come genitori. Un tribunale locale della città di nascita ha espressamente stabilito la loro paternità. In seguito, i genitori hanno richiesto la successiva certificazione della nascita all'estero presso l'ufficio anagrafe (tedesco). Dopo che l'ufficio anagrafe ha registrato la madre surrogata come madre del bambino, il padre e il suo compagno si sono rivolti al Tribunale locale di Düsseldorf. Il giudice che si è occupato inizialmente del caso ha dato ragione all'ufficio anagrafe. Il padre l'ha poi riacquisita con successo per parzialità. Ora l'AG (decisione del 30.06.2023 - 98 III 8/23) ha corretto questa decisione e ha confermato la maternità del tedesco.

Secondo l'AG di Düsseldorf, sussistono i presupposti per la correzione dell'iscrizione: L'articolo 48 (1) frase 1 PStG prevede che il tribunale possa correggere l'iscrizione su richiesta di una parte. Poiché la madre surrogata non rivendica alcun diritto genitoriale, non è parte del procedimento. Secondo le sue motivazioni, la sentenza di Kiev aveva trattato in dettaglio la situazione di fatto e di diritto e aveva affermato l'esistenza della genitorialità della coppia tedesca.

Secondo l'AG, questo risultato non viola nemmeno i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico tedesco ai sensi del § 109.1 n. 4 FamFG. Secondo la giurisprudenza prevalente, la registrazione dei genitori intenzionali quando il bambino viene portato a termine da una madre surrogata è compatibile con l'ordine pubblico se il bambino discende da almeno un genitore intenzionale, come il padre in questo caso. Il giudice di Düsseldorf ha basato la sua decisione anche sull'interesse del bambino: con i genitori intenzionali, sarebbero state registrate le persone che si sarebbero comunque prese cura del bambino.

### *Genitori surrogati e interesse del minore*

Nel caso in cui nessuna delle persone da registrare sia geneticamente imparentata con il bambino, l'AG di Sinsheim ha recentemente ritenuto possibile registrare anche i genitori surrogati, ma ha richiesto un esame più approfondito dell'interesse del bambino<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> AG Sinsheim, decisione del 15 maggio 2023 - 20 F 278/22.

I diritti della madre surrogata, invece, non sono stati toccati, dal momento che ha rinunciato a qualsiasi diritto. Di conseguenza, la registrazione doveva essere effettuata come certificazione successiva. Secondo il diritto straniero, i tedeschi avevano acquisito la genitorialità e ciò era stato certificato anche in Germania.

## CAPITOLO SVEZIA\*

### *Codici e leggi citati*

1. Il Codice dei genitori svedese del 1949 (*Föräldrabalken* (1949:381));
2. Il Codice svedese delle assicurazioni sociali 2010 (*Socialförsäkringsbalken* (2010:110));
3. La legge svedese sulla convivenza del 2003 (*Sambolagen* (2003:376));
4. Istituto Svedese di Governo 1974 (*Regeringsformen* (1974:152));
5. Il Codice successorio svedese del 1958 (*Ärvdabalk* (1958:637));
6. Legge svedese sul registro della popolazione 1991 (*Folkbokföringslag* (1991:481));
7. Codice di procedura svedese del 1942 (*Rättegångsbalken* (1942:740));
8. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (come incorporata nel diritto svedese) 1994 (*Europakonventionen* (1994:1219));
9. Direttiva (UE) 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (Direttiva UE sui diritti dei cittadini);
10. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 2012;
11. Legge sull'integrità genetica [privacy informativa] ecc. 2006 (*Lag* (2006:351) *om genetisk integritet m.m.*);
12. Legge sulla genitorialità in situazioni internazionali 1979 (*Lag* (1985:367) *om föräldraskap i internationella situationer*);
13. Legge sul riconoscimento delle determinazioni nordiche di genitorialità 1979 (*Lag* (1979:1001) *om erkännande av nordiska föräldraskaps-avgöranden*);
14. Il Codice matrimoniale svedese del 1987 (*Äktenskapsbalken* (1987:230))

### *Abbreviazioni*

UE	Unione europea
FB	Il codice dei genitori svedesi
FBL	La legge sul registro della popolazione
HD	La Corte Suprema svedese
HFD	La Suprema Amministrazione svedese. Ct.
IPL	Il diritto privato internazionale
NJA	Decisioni della Corte Suprema svedese (pubblicazione <i>Nytt Juridiskt Arkiv</i> )

---

\* Prof. E.S. Perry.

RH Selezionate decisioni della corte d'appello svedese (*Rättsfall från Hovrätterna*)

SOU Swedish Government Official Reports (Relazioni ufficiali del governo svedese) redatte da comitati di esperti nominati dal governo (*Statens offentliga utredningar*); un'importante fonte di storia legislativa quando un SOU porta a una *Proposition* che apporta modifiche alla legge.

### *Sommario*

#### I. Principi generali e definizioni della legislazione svedese in materia

##### A. Cenni sulla storia e sulle fonti giuridiche del diritto di famiglia svedese

1. La Svezia nell'UE e il suo contesto storico-giuridico
2. Fonti giuridiche svedesi

##### B. Il concetto giuridico svedese di genitorialità (*föräldraskap*)

1. La genitorialità nel diritto nazionale svedese
2. Priorità in tensione?
3. I termini giuridici “madre”, “padre”, “genitore per FB 1:9”.
4. Riforme proposte per la potenziale adozione a partire dal 2024
5. Distinguere gli altri aspetti legali della genitorialità dalla filiazione legale.

##### C. Il concetto giuridico svedese di famiglia

1. La famiglia nel diritto privato svedese in materia di eredità
2. La famiglia come definita e concettualizzata nella legge sulle prestazioni pubbliche
3. La famiglia concettualizzata per scopi di politica familiare generale
4. Alcuni cenni storici sul modello di famiglia svedese “dual-earner, dual-carer”.
5. Il principio di neutralità nei confronti delle forme comuni di convivenza
6. Tipi di forme di famiglia o di nuclei familiari svedesi legalmente tutelati

##### D. Il concetto svedese di genitorialità sociale

##### E. Il concetto svedese di genitorialità *di fatto*

#### II. Documenti pubblici relativi alla genitorialità legale e sociale

##### A. Il Registro della popolazione svedese e i registri di stato civile

##### B. Il contenuto dei certificati anagrafici

##### C. Documenti pubblici relativi alla genitorialità sociale e alla genitorialità di *fatto*

##### D. Accesso ai documenti pubblici



### III. Genitorialità stabilita dalla legge svedese

- A. Panoramica
- B. Genitorialità basata su una presunzione di legge (la presunzione di paternità)
- C. Superamento delle presunzioni attraverso azioni di cessazione o accertamento della filiazione
- D. L'uso della prova del DNA e il suo valore probatorio
- E. Nessuna presunzione di filiazione per i figli nati da conviventi

### IV. Genitorialità stabilita attraverso il consenso o l'intenzione

- A. La conferma della paternità è il metodo più comune per stabilirla
- B. Riconoscimento o conferma (anche detto "conferma") della parentela
- C. Adozione
  - 1. Gli effetti dell'adozione
  - 2. Il diritto degli adottati a conoscere le proprie origini
  - 3. Prerequisiti
  - 4. Necessità del consenso
- D. Procreazione medicalmente assistita
  - 1. Percorsi verso la genitorialità per il partner dopo le tecniche di procreazione medicalmente assistita
  - 2. Consenso insufficiente, ritirato, non valido e interruzione della paternità dopo la procreazione medicalmente assistita
  - 3. Requisiti oggettivi e soggettivi per ricevere servizi di procreazione medicalmente assistita: Contea di Stoccolma
  - 4. Il diritto dei bambini nati dopo la procreazione assistita di conoscere le proprie origini
  - 5. Sulla donazione di embrioni in *Svezia*
  - 6. Sulla maternità surrogata e le questioni relative al riconoscimento dello status di genitore in *Svezia*

### V. Altri "casi difficili"

### VI. Discriminazione legata alla genitorialità

- A. Discriminazione nell'accesso alla genitorialità
  - 1. Discriminazione causata dalla condizione economica
  - 2. Discriminazione in caso di disabilità, comprese le condizioni geneticamente trasmissibili.
- B. Discriminazione nella protezione giuridica dei diritti dei minori
  - 1. Figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio

2. Bambini adottati
3. Bambini nati con tecniche di procreazione medicalmente assistita permessi o vietati in Svezia
4. Bambini con matrigne e genitori aggiunti

VII. Riconoscimento di documenti pubblici di natura parentale rilasciati all'estero

- A. Norme generali sul riconoscimento e l'esecuzione degli atti pubblici
  1. Genitorialità in situazioni internazionali che si verificano immediatamente per legge.
  2. Riconoscimento dei certificati pubblici relativi alla genitorialità, come i certificati di nascita.
  3. Riconoscimento di decisioni o provvedimenti giudiziari relativi alla genitorialità, come ad esempio sentenze definitive sulle relazioni familiari.
  4. L'eccezione dell'*ordre public* svedese alla regola principale del riconoscimento dei rapporti familiari stabiliti altrove
  5. Considerazione dell'interesse superiore del minore (*barnets bästa*) e di altri diritti umani fondamentali
- B. Casi in cui gli atti pubblici relativi alla genitorialità non sono stati riconosciuti, eseguiti o registrati nei registri dello stato civile
  1. Il mancato riconoscimento da parte della Svezia dei matrimoni infantili e plurali
  2. Matrimoni plurali (come la poligamia)
- C. Conseguenze del mancato riconoscimento della filiazione legale stabilita al di fuori della Svezia
  1. Violazione dei diritti del bambino
  2. Violazione dei diritti del secondo genitore (genitore non riconosciuto)

## I. Principi generali e definizioni della legislazione svedese in materia

### A. Cenni sulla storia e sulle fonti giuridiche del diritto di famiglia svedese

#### 1. La Svezia nell'UE e il suo contesto storico-giuridico

La legge e la cultura svedese presentano differenze rispetto al resto dell'Europa che possono essere meglio comprese dal punto di vista storico. La Svezia moderna è un paese relativamente nuovo nell'Europa moderna e sovranazionale, avendo aderito all'Unione europea (UE) il 1° gennaio 1995, più di quarant'anni dopo che alcuni degli attuali Stati membri dell'UE avevano iniziato l'integrazione che si è sviluppata nell'UE<sup>1</sup>. Geograficamente ai margini settentrionali dell'Europa continentale, una Svezia ancora più antica ha abbandonato piuttosto tardi il suo status di “vicino inaffidabile e spettatore” dell'epoca vichinga, entrando a far parte dell'Europa post-romana come membro a pieno titolo nel secolo tra il 1050 e il 1150 d.C.<sup>2</sup>. A quel punto, in Svezia si erano sviluppate tradizioni e identità locali uniche, influenzate da fattori quali la necessità di provvedere al sostentamento di una popolazione scarsamente dispersa su un territorio relativamente vasto in una regione dal clima più freddo<sup>3</sup>.

Arrivando ai giorni nostri – dopo gli sviluppi del protestantesimo luterano e lo sviluppo dell'attuale forte stato sociale svedese di stampo socialdemocratico<sup>4</sup>, tra gli altri sviluppi influenti – si può osservare in Svezia una crescente europeizzazione, internazionalizzazione e diversificazione in generale. Queste influenze, insieme alla continuazione di alcune tradizioni orgogliose, progressiste e individualiste (ma internamente un po' conservatrici e conformiste), modellano le politiche e il diritto della nazione in generale, e più specificamente il suo diritto di famiglia<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> La Comunità europea del carbone e dell'acciaio, un predecessore dell'UE comunemente citato come fase iniziale di sviluppo, è stata costituita nel 1951 tra Francia, Germania, Italia, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo.

<sup>2</sup> S. STRÖMHOLM, *General Features of Swedish Law*, in M. BOGDAN (ed.), *Swedish Legal System*, Norstedts Juridik, 2010, 2.

<sup>3</sup> Vedi *ivi* 3-18.

<sup>4</sup> Si veda ad esempio E. PERRY, *Child Support in Sweden and California: A Comparison Across Welfare State Models* (tesi di laurea, Università di Umeå, 2019, 77-81, <https://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1362618/FULLTEXT01.pdf>) consultato il 1° novembre 2023. Si veda anche A. BLOME et al., *Family and the Welfare State in Europe*, Edward Elgar Publishing, 2009, 38-68 (definisco il concetto di regime di welfare come “il modo in cui il welfare – inteso come interazione tra Stato, mercato e famiglia o nucleo familiare – è prodotto o organizzato in un particolare Paese”, attribuendo questa definizione al sociologo danese Gøsta Esping-Anderson, ma aggiornando il suo termine “regimi di welfare state” in “regimi di welfare” per includere meglio il ruolo della famiglia privata nel termine).

<sup>5</sup> Per una descrizione legale e sociologica generale e comparata delle famiglie svedesi e della loro regolamentazione nel tempo, a partire da 35 anni fa, si veda D. POPENOE, *Disturbing the*

Gli ultimi 100 anni di diritto di famiglia svedese sono spesso caratterizzati come “progressisti” rispetto al diritto di famiglia di altre nazioni. Gli studiosi di politica familiare comparata forniscono alcuni esempi che giustificano questa reputazione<sup>6</sup>:

“Storicamente, la Svezia ha aperto la strada a molti Paesi per quanto riguarda le questioni di politica familiare. La Svezia ha una storia di riforme radicali per l’epoca, come la legge sull’aborto della metà degli anni ’70, che ha concesso alle donne incinte il diritto di abortire fino alla 18a settimana, la legge sul divorzio del 1974, che ha permesso il divorzio senza un motivo particolare e senza il consenso reciproco, la modifica dell’assicurazione per il congedo parentale nel 1974, che ha concesso ai padri gli stessi diritti delle madri per quanto riguarda la retribuzione del congedo dal lavoro per prendersi cura di un bambino, e il divieto assoluto per chiunque di usare punizioni corporali (1979).

Più recentemente, sono state approvate leggi che consentono agli omosessuali di adottare e ricevere l’inseminazione, oltre a legalizzare il matrimonio tra persone dello stesso sesso”.

La storia e lo stato attuale di questo lungimirante diritto e politica familiare sono descritti nelle sezioni successive di questo capitolo.

## 2. Fonti giuridiche svedesi

Il sistema giuridico svedese può essere descritto come un “sistema misto”, sia di tipo continentale, con la sua tradizione di civil law, ma anche con caratteristiche più familiari ai professionisti del diritto di common law. Ad esempio, le decisioni dei tribunali, soprattutto della Corte Suprema svedese e della Corte Amministrativa Suprema svedese, hanno un’importanza tale da non poter essere definite semplicemente persuasive, anche se molti studiosi continuano a distinguere questo aspetto dalla tradizione dello *stare decisis*, formalmente vincolante, presente in molte giurisdizioni di common law<sup>7</sup>.

Un aspetto notevole del sistema giuridico svedese, che si differenzia veramente, ad esempio, dalla gerarchia delle fonti giuridiche dell’UE, è il materiale legislativo preparatorio, noto anche come materiale di storia legisla-

---

*Nest*, De Gruyter, 1988. Le ipotesi di Popenoe, secondo cui l’indebolimento della famiglia nucleare tradizionale osservato in Svezia potrebbe essere problematico, sono state criticate in Svezia, dove, secondo la maggior parte degli svedesi, esistono famiglie nucleari altrettanto forti con a capo partner non sposati e una politica relativamente efficace per promuovere e creare la parità di genere.

<sup>6</sup> M.B. WELLS, D. BERGNEHR, *Families and Family Policies in Sweden*, in M. ROBILA (ed.), *Handbook of Family Policies Across the Globe*, Springer, 2014, 91-107, 93.

<sup>7</sup> Come avvocato formatosi negli Stati Uniti e successivamente in Svezia, trovo questa distinzione obsoleta e poco utile al di là di certi scopi pedagogici, poiché anche nelle giurisdizioni di common law ogni nuovo caso è unico e quindi il più delle volte può essere distinto se la corte è incline a pronunciarsi contro i precedenti consolidati; si veda E. PERRY (2019), *op. cit.*, 264-265 (e, sulla gerarchia svedese delle fonti, 51-53).

tiva, in particolare le proposte (disegni di legge governativi) per nuove leggi e le relazioni di esperti di indagini commissionate dal governo. Questi lavori preparatori sono di grande importanza per i tribunali e per altri soggetti che devono stabilire “qual è la legge” su una determinata questione.

Il sistema giuridico svedese è anche un “sistema duale”, il che significa che le convenzioni internazionali e altri trattati non sono direttamente vincolanti per gli attori nazionali a meno che non siano stati adottati come atti giuridici nazionali. Si suppone invece che gli atti giuridici nazionali siano scritti e interpretati in armonia con le convenzioni internazionali ratificate. Tuttavia, alcuni strumenti internazionali sono direttamente applicabili in Svezia, come le fonti primarie del diritto dell’UE e anche le convenzioni che sono state incorporate nel diritto svedese parola per parola, come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia (che la Svezia ha considerato vincolante anche nell’emanazione e nell’applicazione del diritto nazionale per molti decenni dalla ratifica della Convenzione da parte della Svezia, anche prima della sua incorporazione).

## B. Il concetto giuridico svedese di genitorialità (*föräldraskap*)

Oggi la legge svedese cerca di soddisfare il diritto fondamentale del bambino ad avere dei genitori legali<sup>8</sup>. Ciò include il diritto, per quanto possibile, di conoscere l’identità dei propri genitori e di essere accudito da essi, come stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (UN CRC) all’articolo 7, il cui testo è vincolante per la Svezia dalla ratifica della Convenzione nel 1990<sup>9</sup>. La Convenzione è stata poi incorporata integralmente nella legislazione nazionale svedese, per sot-

---

<sup>8</sup> A. SINGER, *Barns rätt* [in inglese: “Child Law” o “Children’s Rights”] (3° ed.), Iustus, 2022, 36.

<sup>9</sup> SOU 2022:38 *Alla tiders föräldraskap - ett stärkt skydd för barns familjeliv* [Genitorialità per tutti - una protezione rafforzata per la vita familiare dei bambini] 271. La convenzione è entrata in vigore in Svezia il 2 settembre 1990. L’articolo 4 obbliga la Svezia a prendere tutte le misure legislative, amministrative e di altro tipo necessarie per attuare i diritti riconosciuti dalla Convenzione. Non sono state ritenute necessarie misure legislative per la ratifica della Convenzione da parte della Svezia, in quanto la legge svedese è stata considerata compatibile con le disposizioni della Convenzione. La stessa conclusione è stata raggiunta nel novembre 2020 durante il processo legislativo che ha portato all’incorporazione: Il gruppo investigativo sulla Convenzione sui diritti del fanciullo ha presentato il rapporto La Convenzione sui diritti del fanciullo e la legge svedese. Secondo il rapporto, la legislazione e la prassi svedese erano già in gran parte conformi ai requisiti della Convenzione, ma in alcune aree le disposizioni della Convenzione non avevano (e non hanno tuttora) un peso sufficiente o un impatto ottimale sul processo decisionale nella pratica. Cfr. SOU 2020:63 *Barnkonventionen och svensk rätt* [La CRC delle Nazioni Unite e il diritto svedese]. Ciò ha giustificato l’incorporazione, per aumentare la consapevolezza degli attori che, a livello nazionale e locale, applicano le leggi che riguardano i bambini in Svezia.

tolineare ulteriormente a tutti i decisori statali che ogni creazione e applicazione della legge deve rispettare i diritti dei bambini<sup>10</sup>.

## 1. La genitorialità nel diritto nazionale svedese

Il diritto ai genitori legali (*rättsliga föräldrar*) è, come ci si potrebbe aspettare, tutelato anche dallo Stato svedese nel suo diritto di famiglia puramente nazionale. Le questioni di parentela sono regolate dal Codice dei genitori svedese [*Föräldrabalken*, FB, talvolta tradotto come Codice dei figli e dei genitori svedese, ma qui uso la traduzione letterale]. Non c'è un punto di partenza esplicito in una nozione di discendenza familiare o di gruppi di parentela più ampi<sup>11</sup>. La legge non contiene esplicitamente un principio simile, ad esempio, al *favor veritatis* italiano, anche se la legge come regola principale cerca di confermare soprattutto la genitorialità legale (*faderskap*) in conformità alla verità genetica<sup>12</sup>. L'attenzione legale per l'accertamento della paternità è spesso legata, in tempi recenti, al diritto dei bambini di conoscere le proprie origini genetiche<sup>13</sup>, ma storicamente è stata motivata principalmente dal desiderio dei legislatori di garantire il contributo finanziario dei padri dei bambini, necessario affinché i figli di madri non sposate non crescessero in povertà<sup>14</sup>. L'attenzione quasi esclusiva della normativa svedese sulla paternità (accertamento della paternità)<sup>15</sup> può essere compresa in questa prospettiva.

La legge svedese oggi continua a contenere, come descritto in questo capitolo, alcune contraddizioni che rendono difficile concludere con sicurezza che l'intento legislativo sia chiaro riguardo alla definizione di "genitore" o "genitorialità". L'intento legislativo oggi non è chiaramente quello di equiparare il concetto di "genitore" con l'identificazione e la registrazione legale del padre gene-

<sup>10</sup> La legge svedese sulla CRC delle Nazioni Unite [*Lag* (2018:1197) *om barnkonventionen*] è entrata in vigore il 1° gennaio 2020. Essa prevede che il testo originale (inglese e francese) della Convenzione sia applicabile come legge svedese.

<sup>11</sup> Tuttavia, si potrebbe anche sostenere che alcune leggi svedesi, ad esempio quelle che regolano i nomi e i cognomi di famiglia, rappresentano un piccolo residuo di tradizioni passate, quando i clan familiari erano più centralizzati nella cultura e nella legge svedese. Si veda la legge svedese sui nomi personali (*Lag* (2016:1013) *om personnamn*) (che, ad esempio, enumera i cognomi che un bambino può ricevere e richiede un cambiamento del nome del bambino al momento della maggior parte delle adozioni, ma consente al tribunale di permettere all'adottato di mantenere il suo cognome esistente o un nome sillabato costituito in parte da quel nome). Fattori quali il declino della prominenza di alcuni nomi di famiglie nobili e la crescente internazionalizzazione negli ultimi anni hanno comunque ridotto l'uniformità dei nomi svedesi.

<sup>12</sup> SOU 2022:38, *ibid* n 9, 236.

<sup>13</sup> I legislatori svedesi hanno descritto il diritto di conoscere le proprie origini genetiche come un aspetto del diritto alla vita privata e familiare protetto dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. SOU 2022:38 a 283.

<sup>14</sup> *Id.* All'epoca le donne erano raramente percettori di reddito autonomo e familiare.

<sup>15</sup> *Id.* a 235 (che descrive la storia degli statuti sulla paternità legale in Svezia dal 1917).

tico e della madre naturale di ogni bambino, sebbene gli obiettivi dichiarati dai legislatori spesso alludano almeno a stabilire correttamente il padre genetico e la donna che ha partorito, come regola principale per definire la genitorialità. Non è più chiaro se il concetto di “genitore” debba basarsi, invece che sulla genetica, sull’intenzione di generare il bambino all’interno di un’unità familiare con un altro genitore, o comunque di generare socialmente il bambino, sebbene gli obiettivi dei legislatori esprimano spesso anche la volontà di facilitare tale genitorialità anche rispetto a figli non genetici e non biologici degli individui.

Ad esempio, da un lato, le recenti modifiche legislative hanno ampliato la presunzione di paternità in modo che una donna sposata con una madre naturale sia presunta – e quindi registrata automaticamente – come l’altro genitore del bambino, indipendentemente dal legame genetico con il bambino (che nella maggior parte dei casi è noto essere assente, anche se in casi eccezionali potrebbe aver donato il proprio ovulo alla moglie)<sup>16</sup>. Anche gli uomini sposati con le madri naturali si presumono essere i padri (genetici) dei bambini e vengono abitualmente registrati automaticamente come padri legali, anche in situazioni in cui è improbabile che esista un’effettiva relazione genetica. In questo caso, tuttavia, l’intento legislativo è quello di identificare il padre genetico “corretto” e di superare la presunzione nelle situazioni in cui si sospetta che il marito non sia il padre genetico<sup>17</sup>. I presunti genitori di sesso maschile e femminile possono vedersi revocare lo status di genitore se non hanno utilizzato la tecnologia di riproduzione assistita così come è regolamentata dalla legge svedese, ovvero in modo tale (specificamente attraverso il sistema sanitario svedese o attraverso una clinica regolamentata all’estero che richiede anche la disponibilità di informazioni) che il figlio risultante avrà accesso alle informazioni sull’identità di eventuali donatori di gameti<sup>18</sup>. Tuttavia, non è necessario che i donatori di gameti siano registrati come genitori genetici del bambino.

## 2. Priorità in tensione?

In altre parole, come accade forse in tutti i sistemi di diritto di famiglia del mondo, con lo sviluppo di queste norme nel tempo, non è stata fatta e arti-

---

<sup>16</sup> Questa gradita riforma significa che le coniugi (partner dello stesso sesso), dopo un lungo periodo di discriminazione, sono ora trattate in modo più simile agli uomini sposati con una madre naturale, e che i loro figli si assicurano due genitori legali in modo più immediato e semplice. Tuttavia, la paternità genetica di una donna è giuridicamente irrilevante per la legge svedese, anche per quanto riguarda un genitore donna che non ha partorito ma è la madre genetica.

<sup>17</sup> Si veda FB 1:2 e, per le donne, 1:9. Questi sono descritti in dettaglio nella Sezione III di questo capitolo.

<sup>18</sup> Si veda FB 1:15 e la sezione successiva di questo capitolo sul diritto di conoscere le proprie origini.

colata una scelta teorica coerente. Questo nonostante gli sforzi di accademici, legislatori e giudici esperti di diritto di famiglia (tra gli altri) per mantenere la legge svedese sulla genitorialità in linea con gli intenti legislativi e rispettosa dei diritti umani e degli interessi delle persone coinvolte, con un punto di partenza che è l'interesse superiore del bambino.

Molte incoerenze all'interno della legge svedese sulla genitorialità derivano, a mio avviso, da diverse limitazioni autoimposte a chi redige le proposte di riforma legislativa, in particolare il mantenimento di due specifiche priorità di fondo. Queste sono giustificate con argomenti che molti studiosi di diritto di famiglia, anche tra gli studiosi svedesi, non trovano del tutto convincenti.

Uno di questi è il *desiderio*, da tempo diffuso *tra i legislatori, di tutelare la genitorialità legale automatica della persona che partorisce il bambino*<sup>19</sup>, indipendentemente dalla mancanza di legami genetici o dall'intenzione di diventare genitore legale o sociale del bambino. Questo può servire in parte a proteggere gli aspetti legali esistenti della posizione unica dei genitori biologici (gestanti) rispetto agli altri genitori, ma si può facilmente sostenere che provochi più incertezza giuridica, confusione e discriminazione basata sul sesso, debolmente giustificata rispetto ad una ipotetica semplice presunzione (superabile) di genitorialità naturale<sup>20</sup>.

L'altro limite autoimposto ai legislatori svedesi in questo campo è il *desiderio di perseguire riforme che portino a una maggiore uguaglianza di trattamento per un gruppo più ampio delle diverse tipologie di famiglie con figli che vivono oggi in Svezia, senza espandere la filiazione legale, la tutela legale (responsabilità genitoriale) o i tipi di ruoli genitoriali designati nel registro anagrafico oltre i limiti tradizionali di due genitori*. Se si presume che il coniuge di una persona che partorisce sia un genitore legale e che stia svolgendo socialmente tale ruolo, perché altrimenti i legislatori non dovrebbero lasciare che ciò continui e registrare separatamente la parentela genetica per soddisfare il diritto del bam-

---

<sup>19</sup> Cfr. su questo punto SOU 2022:38 a 397 (notando che nei precedenti lavori preparatori alla legge svedese sulla filiazione non viene fornita alcuna ragione esplicita sul perché sia stata attribuita una diversa importanza giuridica ai legami genetici attraverso l'ovulo umano rispetto alle cellule spermatiche; "Dall'importanza che il legislatore ha dato al principio non scritto della maternità, possiamo comunque concludere che la posizione assunta ha probabilmente la sua base nel forte interesse del legislatore a proteggere la genitorialità di colui che ha dato alla luce il bambino. Colui che ha dato alla luce il bambino diventa sempre il suo genitore, anche se è qualcun altro che ha contribuito con l'ovulo che ha portato alla nascita del bambino" (FB 1:7, aggiunto quando la donazione di ovuli è stata permessa per la prima volta in Svezia)). Non si tratta forse di un ragionamento circolare, secondo cui "non troviamo alcuna ragione dichiarata per cui questo fosse importante per i legislatori degli anni passati, ma sembra che per loro fosse davvero importante e quindi questa è la nostra ragione"?

<sup>20</sup> Questo argomento sarà approfondito in una pubblicazione separata di prossima pubblicazione.



bino a conoscere le proprie origini genetiche, come avviene nelle relativamente nuove disposizioni di legge sulla riproduzione medicalmente assistita?

Il risultato è un concetto svedese di “genitore” (e di “genitorialità”) che è allo stesso tempo progressista e sempre più inclusivo, nell’interesse dei bambini svedesi, ma anche imprecisamente definito e compreso, forse perché è incasellato in una norma a due genitori, che porta a risultati negativi nella vita dei singoli bambini più spesso di quanto potrebbe essere altrimenti<sup>21</sup>.

### 3. I termini giuridici “madre”, “padre”, “genitore secondo FB 1:9”

Il diritto di famiglia svedese prevede attualmente tre possibili denominazioni di genitore legale: “madre”, “padre” e “genitore ai sensi del capitolo 1, sezione 9 del FB”.

La regola principale per l’attribuzione della maternità non è definita dalla legge. Il suo significato deriva invece dal principio non scritto, comune in tutta Europa, “*mater semper certa est*” (“è sempre chiaro chi è la madre”)<sup>22</sup>.

Le norme che assegnano la genitorialità legale sono esplicite, basate sulla regola storicamente principale della presunzione di paternità per l’uomo sposato con la madre naturale e su diverse altre norme che regolano il riconoscimento e il consenso alla paternità in altre situazioni, nonché su una norma introdotta nel 2019 che stabilisce se l’uomo legale che partorisce un bambino sarà definito “padre” o “madre”: sarà un “padre”, secondo FB 1:11, ma anche diverse disposizioni originariamente rivolte alle madri che partoriscono saranno applicabili a lui.

Il termine indicato nella legge svedese per la designazione del terzo genitore legale, “genitore” – il termine comunemente usato per indicare un genitore di qualsiasi tipo – si applica in realtà solo al genitore non-madre all’interno di una coppia genitoriale femminile dello stesso sesso, come disciplinato nel FB 1:9. Questo è stato riconosciuto da molti studiosi (e da un

---

<sup>21</sup> Ad esempio, i tribunali (che cercano di servire gli interessi dei bambini) sono tenuti a scegliere tra un patrigno e un padre biologico, piuttosto che consentire di assegnare un qualche tipo di genitorialità legale (filiazione) a entrambi, se tutte le parti interessate lo desiderano e separatamente da qualsiasi determinazione della responsabilità genitoriale. Inoltre, a un bambino e al suo genitore sociale, con cui il bambino ha vissuto dalla nascita, può essere negato o meno un percorso semplice verso lo status di genitore legale attraverso la presunzione o il riconoscimento della paternità, in base alla probabilità che il genitore sia un genitore genetico del bambino, anche se in altre situazioni la filiazione genetica e quella legale non devono necessariamente coincidere perché la filiazione legale sia registrata. Un genitore legale può anche perdere questo status in alcuni casi in cui le circostanze genetiche o biologiche della nascita di un bambino vengono rivelate in un momento successivo. Queste tensioni sono descritte in questo capitolo, con l’obiettivo di informare la futura legislazione in Svezia, in altri Stati membri dell’UE e, se del caso, a livello europeo.

<sup>22</sup> Si veda ad esempio SOU 2022:38 a 378.

recente gruppo di esperti nominato dal governo per la riforma legislativa<sup>23</sup>) come inutilmente confuso e difficile da riassumere in modo sintetico.

Per questo e altri motivi, nel 2022 il gruppo di esperti ha raccomandato di eliminare i termini delle tre categorie di genitori legali esistenti e di sostituirli con il termine “genitore” in una versione riformata del Codice dei genitori svedese (“FB”).

#### 4. Riforme proposte per la potenziale adozione a partire dal 2024

Nel dicembre 2020 il governo svedese ha deciso di nominare un esperto per preparare la relazione e la proposta d’indagine di cui sopra. Il gruppo di esperti ha successivamente denominato la sua indagine “The investigation into a parentage law for all” (L’indagine su una legge sulla filiazione per tutti) e ha descritto il suo scopo nella sintesi inglese del rapporto<sup>24</sup>:

[T]o draft – with the best interests of the child as the starting point – a more cohesive, gender-neutral and equal parenthood regime and also rules about parental responsibility that are adapted to differing family constellations.

Secondo il nuovo testo di legge redatto dal gruppo di esperti nominato sopra (e originariamente proposto per entrare in vigore il 1 gennaio 2024, anche se ciò non è avvenuto), verrebbe fatta una distinzione tra il “genitore che ha dato alla luce il bambino” e “l’altro genitore del bambino”, nelle relativamente poche disposizioni di legge in cui tale distinzione è necessaria<sup>25</sup>. Sono state suggerite anche molte altre modifiche al Codice dei Genitori e ad altre leggi relative a molti degli argomenti trattati in questo capitolo.

Poiché il governo svedese non ha ancora presentato al Parlamento svedese un disegno di legge specifico (“*proposta*”) per l’adozione della nuova versione del Codice dei Genitori, nel presente documento viene descritta la normativa vigente. Ciò è fatto con l’avvertenza che l’accoglienza formale della raccomandazione degli esperti, come risulta dai pareri presentati dalle parti interessate e dagli esperti indipendenti a cui la proposta è stata sottoposta nell’ambito del processo legislativo<sup>26</sup>, è sembrata ampiamente positiva,

<sup>23</sup> Cfr. SOU 2022:38 a 413.

<sup>24</sup> SOU 2022:38 a 57.

<sup>25</sup> Cfr. SOU 2022:38 a 30. Le proposte di riforma sono state sottoposte a un processo di commento pubblico e delle parti interessate, il cui periodo si è concluso il 29 agosto 2023. Non è stato ancora proposto alcun disegno di legge basato sulle raccomandazioni.

<sup>26</sup> Cfr. Ministero della Giustizia svedese [Justitiedepartementet], Referral of SOU 2022:38 [Remiss av SOU 2022:38], diary number Ju2022/02331 (updated 6 March 2023) <https://www.regeringen.se/remisser/2022/08/remiss-av-sou-202238-alla-tiders-foraldraskap--ett-starkt-skydd-for-barns-familjeliv/> accessed 1 September 2023.

così come l'accoglienza informale<sup>27</sup>. Non sarebbe quindi sorprendente se tale riforma entrasse in vigore nel prossimo futuro.

## 5. Distinguere gli altri aspetti legali della genitorialità dalla filiazione legale

La paternità legale (o più precisamente “filiazione legale” o “status di genitore”), in quanto status relazionale e civile, non si estingue quando il bambino diventa adulto, ma può essere persa o cancellata in qualsiasi momento secondo la legge svedese, ad esempio con l'adozione giudiziale o volontaria del bambino da parte di uno o più genitori.

Lo status di genitore legale di un bambino non sempre coincide con il diritto o la responsabilità (1) di prestare cure fisiche e di vivere con lui, (2) di visitarlo o (3) di partecipare alle decisioni che lo riguardano. Questi aspetti della “genitorialità”, così come possono essere definiti in modo più ampio, possono essere definiti (1) “responsabilità genitoriale” (fisica e residenziale), in passato più ampiamente e in alcune giurisdizioni ancora oggi nota come “custodia fisica”; (2) diritto del bambino di “visita” con un genitore (noto anche come “diritto di visita” per il genitore e il bambino l'uno all'altro); e (3) “responsabilità genitoriale congiunta” o “esclusiva” (in alcune giurisdizioni nota come “custodia legale” o autorità decisionale). Questi diritti, a differenza della genitorialità, sono tutti temporanei e scadono quando il bambino raggiunge la maggiore età<sup>28</sup>.

Come già detto, per la legge svedese è determinante una relazione *genetica* comprovata con un bambino quando gli attori statali, come i tribunali e le agenzie sociali, cercano di confermare chi sarà riconosciuto come *padre* legale, mentre una relazione biologica (nello specifico una relazione *gestazionale*) è determinante rispetto alla veridicità genetica quando si tratta di confermare chi sarà riconosciuto come *madre* legale<sup>29</sup>. Una volta confermata, questa relazione giuridica genitore-figlio crea, *tra l'altro*, diritti ereditari tra il genitore e il figlio, nonché il diritto del figlio, quando è minorenne, di

---

<sup>27</sup> Questo è stato un argomento di discussione informale tra gli accademici svedesi presenti ai due workshop dell'Università di Uppsala sul tema della genitorialità sociale nella legge e nella pratica ospitati dall'autore nel novembre 2022 e nel maggio 2023. Queste e altre discussioni con accademici svedesi e altri esperti costituiscono la base di questa conclusione.

<sup>28</sup> Si veda FB 7:1 paragrafo 2.

<sup>29</sup> Le ragioni e le tensioni causate da questa distinzione all'interno del diritto di famiglia svedese sono ulteriormente discusse di seguito, ma possono essere riassunte come relative alla massima giuridica europea della *mater est*, derivata dal diritto romano, nonché a considerazioni pratiche come il desiderio di garantire il diritto del bambino al sostegno finanziario (tradizionalmente da parte del padre) e anche di resistere all'uso di accordi internazionali di madre surrogata. Per quanto riguarda l'enfasi storica della normativa svedese sulla paternità dei figli nati fuori dal matrimonio e la sua evoluzione, si veda ad esempio SOU 2002:38, 235-237.

essere sostenuto economicamente da questo genitore, secondo il capitolo 7 del FBI.

I diritti al mantenimento dei figli (*child maintenance*) sono, dal punto di vista del diritto comparato, piuttosto deboli, e riflettono la concezione del moderno stato sociale svedese come uno stato che libera l'individuo dalla dipendenza dalla famiglia privata. Secondo la moderna legge svedese, ad esempio, un figlio minorenni accudito per il 50% del tempo da ciascuno dei due genitori in due nuclei familiari separati non ha, nella maggior parte dei casi, il diritto di ricevere gli alimenti nella famiglia del genitore con reddito più basso<sup>30</sup>. Inoltre, un "bambino" adulto bisognoso di sostegno ha diritto ad aiuti da parte dei governi nazionali e locali; nessun obbligo legale di sostegno può essere imposto a un membro della famiglia, come avviene in alcuni Paesi, essendo tale obbligo stato eliminato dalla legge durante lo sviluppo del forte stato sociale svedese<sup>31</sup>. In età adulta, quindi, un genitore sociale e un figlio non designato come genitore e figlio legale possono subire conseguenze legali significative, ma principalmente nei contesti del diritto di successione e di migrazione svedese, non nei contesti di cura o di sostegno finanziario che sono fortemente rilevanti per i figli minori. Il senso di appartenenza reciproca in una famiglia legalmente riconosciuta come tale porta comunque alcuni figli adulti e i loro genitori sociali a cercare di diventare genitori e figli legali l'uno dell'altro, generalmente attraverso la legge svedese sulle adozioni<sup>32</sup>.

### C. Il concetto giuridico svedese di famiglia

La comunità giuridica utilizza il termine "filiazione" o "genitorialità" (*föräldraskap*) come termine generico per i tre tipi di filiazione legale sopra descritti (maternità, paternità e paternità ai sensi del FB 1:9), gli ultimi due definiti nel Codice dei Genitori svedese. Al contrario, il termine "famiglia"

<sup>30</sup> Cfr. NJA 2013 s 955 (che stabilisce l'obbligo per il genitore con reddito più elevato di provvedere al mantenimento dei figli anche durante il periodo trascorso a casa del genitore con reddito più basso, in una situazione relativamente estrema in cui il genitore con reddito più basso non era in grado di soddisfare le esigenze di base dei figli durante il periodo trascorso con lei).

<sup>31</sup> E. PERRY (2019), nt. 4, 117-119. Anche il dovere economico privato di mantenere i propri figli minorenni è diventato relativamente debole nel diritto svedese moderno, in gran parte a causa dell'alleggerimento (spesso deliberato) delle dipendenze private a favore di una responsabilità dello Stato sociale democratico di fornire sostegno finanziario in modo più equo e garantito agli individui incapaci di mantenersi da soli, anche a causa della loro minoranza (status temporaneo di bambini che crescono e devono frequentare la scuola). PERRY (2019) 87-92. Recentemente si è cercato di informare meglio i genitori sul loro dovere di contribuire al mantenimento dei figli che non vivono con loro, la cui conoscenza è diminuita a causa del successo di un sussidio pubblico garantito per il mantenimento dei figli regolato dai capitoli 17-19 dell'SFB.

<sup>32</sup> Si veda il capitolo 4 del FB e il recente caso della Corte Suprema svedese NJA 2022 s 66.

non è direttamente definito nel diritto nazionale svedese<sup>33</sup>. Come descrivono gli studiosi svedesi di diritto di famiglia, non esiste un concetto uniforme di famiglia nemmeno nel diritto di famiglia svedese in senso lato; coppie sposate e non sposate possono costituire una famiglia, con o senza figli, anche se talvolta si parla di “famiglia”. Più in generale, nell’ambito della politica sociale e del diritto svedese, si parla spesso di “politica familiare” e “famiglie con figli”, riferendosi a gruppi all’interno dei quali gli individui hanno rapporti giuridici tra loro<sup>34</sup>.

La mancanza di una definizione chiara di “famiglia” è considerata in Svezia preferibile, in quanto consente una maggiore flessibilità ed evita possibili discriminazioni indebite nella legge che potrebbero svantaggiare diversi tipi di famiglie che potrebbero non rientrare nella definizione scelta, come sviluppato più avanti.

La mancanza di una definizione riflette anche la deliberata mancanza di centralità della famiglia come unità di base della società in Svezia. Per molti decenni la politica familiare ha invece considerato gli individui, ciascuno in una relazione indipendente con lo Stato, come unità di base della società. Ha mirato esplicitamente e coerentemente a ridurre al minimo la dipendenza degli individui dalla famiglia attraverso la “de-familiarizzazione” dei benefici sociali e delle responsabilità sociali<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Questo capitolo si limita in generale alle fonti giuridiche nazionali svedesi, per rispondere all’obiettivo di questa fase del progetto di comparare le leggi nazionali vigenti su temi legati alla genitorialità sociale a sostegno delle fasi successive. Vale la pena notare che il diritto dell’Unione europea (che definisce, ad esempio, quali membri della famiglia godono dei diritti di libera circolazione all’interno dell’UE insieme a un cittadino dell’Unione) è direttamente vincolante e ha addirittura la precedenza presso tutti i tribunali, le agenzie amministrative e gli altri organi statali svedesi. Si veda il Trattato sull’Unione europea, art. 4(3). 4(3) (relativo al dovere di leale cooperazione) e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE (relativa alla supremazia del diritto dell’UE in caso di conflitto diretto con il diritto nazionale). Gli attori politici svedesi partecipano alla negoziazione e alla stesura del diritto dell’UE, pertanto la prospettiva svedese sulla famiglia e sulla genitorialità è in qualche misura percepibile anche nelle fonti giuridiche dell’UE, nei negoziati e nelle proposte di nuove leggi comunitarie.

<sup>34</sup> Si veda ad esempio A. AGELL, M. BRATTSTRÖM, *Äktenskap & Samboende* [Matrimonio e convivenza] (7 ed.), Iustus 2022, 18.

<sup>35</sup> Cfr. K. NYGREN, R. NAUJANIENĖ, L. NYGREN, *The Notion of Family in Lithuanian and Swedish Social Legislation*, in 17(4) *Social Policy and Society*, 2018, 651-663, 654 (notando inoltre che: “State involvement is legitimised [in Sweden], and many services are universal, tax-funded and based on residence, which means that individuals, to a large extent, are able to uphold a reasonable living standard independent of family. Lithuania, on the other hand, has been described as a refamilialised welfare state that has undergone a political shift, moving from high state involvement during the socialist era, towards a minimalist state and increased market orientation. What were state responsibilities have shifted to being familial responsibilities, and state support for families is more rhetorical than a reality [...]; welfare systems are partial, underfunded and underdeveloped”). Una citazione interna omessa).

Tuttavia, è possibile triangolare il significato di “famiglia” all’interno del diritto svedese in diversi modi e gli studiosi di diritto (tra gli altri) lo fanno regolarmente. Questa sezione lo fa brevemente in due contesti non altrimenti discussi nel resto del capitolo: il diritto ereditario e il diritto delle prestazioni sociali (in particolare il congedo parentale).

## 1. La famiglia nel diritto privato svedese in materia di eredità

Esaminando l’ambito del gruppo di persone tutelate dal diritto privato svedese della famiglia, ad esempio nel diritto di successione dopo la morte di un individuo, si può verificare quali tipi di relazioni costituiscono legami familiari stretti e meno stretti, e quali diritti e privilegi prevede la legge attuale.

Il Codice delle successioni svedese del 1958 (*Ärvdabalk* (1958:637)) controlla questo settore giuridico, come modificato nel corso degli anni dalla sua promulgazione. Al capitolo 2 § 1, il Codice definisce gli eredi più prossimi per consanguineità come i discendenti del defunto ai fini dell’eredità (*bröstarvingar* o “eredi del seno”). I figli legalmente riconosciuti di una persona deceduta o, nel caso in cui i figli sopravvivano al genitore, i nipoti della persona deceduta sono quindi considerati i membri più vicini della “famiglia” dal punto di vista dell’eredità. I figli ricevono in egual misura, senza che nessuno sia favorito in base all’età o al sesso. Se un figlio muore, i suoi discendenti prendono il suo posto e ogni ramo viene estratto a sorte in egual misura.

I figli sociali, compresi i “figliastri”, i figli “bonus” o i figli adottivi, non ereditano. Invece, i familiari più prossimi a un individuo dal punto di vista ereditario sono i genitori dell’individuo deceduto, che subentrano nel caso in cui non vi siano discendenti legali in vita; i fratelli e i fratellastri dell’individuo sono successivi e subentrano nella misura in cui uno o entrambi i genitori siano deceduti<sup>36</sup>.

I nonni del defunto rientrano nella terza classe di parenti che ereditano in assenza di discendenti legittimi viventi, genitori o fratelli, ma i parenti più lontani, come i cugini, di norma *non* ereditano<sup>37</sup>. Uno speciale fondo nazionale che sostiene la fondazione di organizzazioni che si occupano di promuovere gli interessi dei bambini, dei disabili e degli anziani riceve invece l’eredità netta del defunto<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Il codice ereditario svedese [*Ärvdabalken*, ÄB] 2:2.

<sup>37</sup> ÄB 2:3-2:4. Questi nonni, chiamati “genitori paterni e genitori materni” nello statuto, includono esplicitamente anche i genitori del secondo genitore legale di sesso femminile di un individuo, che secondo il Codice dei genitori svedese (FB) 1:9 è conosciuto come un “genitore” (rispetto a una “madre” o un “padre”, come definito anche nel Codice dei genitori).

<sup>38</sup> ÄB 5:1.

Esiste un'interessante eccezione definita dalla legge, ulteriormente chiarita dalla recente giurisprudenza: se, al momento della morte del coniuge superstite, solo uno dei due coniugi ha "eredi viventi con un diritto concreto all'eredità ancora insoddisfatto" [*arvsberättigade*], allora questi eredi ereditano "tutto"<sup>39</sup>. In altre parole, se sono in vita solo i discendenti del primo coniuge (in genere i figliastri del coniuge deceduto più di recente) *e non hanno preso la loro eredità al momento della morte del primo coniuge, ma hanno aspettato la morte del secondo coniuge, come dovrebbe fare un figlio comune*, allora i figliastri ereditano tutto ciò che lascia il secondo coniuge deceduto, e non il fondo statale<sup>40</sup>.

La proprietà rimarrà nella famiglia, più vagamente definita, degli individui che erano socialmente vicini al defunto e di cui quest'ultimo avrebbe voluto prendersi cura finanziariamente dopo la morte, invece di far defluire l'eredità allo Stato, ma – come ha chiarito la Corte Suprema svedese con l'interpretazione testuale di ÄB 3:8 – solo se hanno mantenuto un diritto concreto all'eredità "ritardata", il che significa in pratica solo se si sono comportati come un figlio legale congiunto.

Dal punto di vista del diritto di famiglia e successorio svedese, quindi<sup>41</sup>, le relazioni legali ed esclusivamente sociali create dal matrimonio, dalla convivenza o dalla genitorialità sociale sono meno riconosciute come relazioni familiari strette rispetto alle relazioni legali sopra descritte, tra discendenti e ascendenti biologici o adottivi. Le relazioni familiari preferite sono quindi molto spesso quelle di sangue (genetiche). I figli sociali, ma anche i partner coniugali (coniugi) e i conviventi legalmente riconosciuti che sono entrati a far parte della famiglia, ma non hanno un legame di sangue o di adozione, possono essere considerati meno importanti.

Ciò si rifletteva ancora più fortemente nel diritto svedese, in quanto i coniugi superstiti, secondo il diritto successorio svedese in vigore fino al 1987, non avevano il diritto di ereditare dal coniuge deceduto prima dei figli comuni; i figli adulti di un coniuge superstite avevano il dovere legale di sostenere il proprio genitore, se necessario, fino al 1979, anno in cui tale obbligo è stato eliminato dalla legge<sup>42</sup>,

<sup>39</sup> ÄB 3:8. La traduzione del termine svedese, molto funzionale a fini chiarificatori, è mia.

<sup>40</sup> M. BRATTSTRÖM, A. SINGER, *Rätt arv [Diritto successorio]* (6a ed.), Iustus, 2023, 155-157 (discutendo criticamente le recenti decisioni giurisprudenziali su questa norma che sfavorisce i figliastri).

<sup>41</sup> Il diritto di successione è considerato una parte centrale del "diritto di famiglia" in Svezia, anche se questa categorizzazione varia all'interno dell'UE. Si veda E. PERRY, *Harmonising Family Law Across Borders in Europe*, in R. FRETWELL WILSON, J. CARBONE (eds.), *International Survey of Family Law 2022*, Intersentia, 2023, 379.

<sup>42</sup> M. BRATTSTRÖM, A. SINGER (2023), *ivi* nt. 40, 24 (che cita i lavori preparatori che hanno proposto queste modifiche).

Anche se oggi i coniugi svedesi ereditano dal coniuge deceduto, ciò è limitato dal diritto degli eredi del defunto a una quota immediata, per i figli non congiunti, e a una quota differita, per i figli congiunti.

I conviventi legittimi, non sposati con il partner deceduto, non hanno diritto all'eredità, nemmeno se hanno figli legittimi in comune e vivevano come una famiglia al momento della morte di uno dei due partner. In questo caso, i figli legittimi ereditano l'intero patrimonio netto del genitore defunto e il genitore superstite può essere autorizzato a gestire il patrimonio solo sotto la supervisione dello Stato, per proteggere gli interessi degli eredi<sup>43</sup>.

Nel complesso, quindi, il diritto successorio svedese pone i figli legittimi al primo posto e il partner coniugale al secondo, ma protegge entrambi in quanto familiari di una persona deceduta. Il diritto del coniuge svedese superstite di conservare e utilizzare i beni del coniuge deceduto, insieme ai propri, è significativo in un sistema giuridico nazionale in cui la regola principale relativa ai beni di proprietà dei coniugi è che ogni bene è di proprietà e controllato esclusivamente dall'individuo che ne è legalmente proprietario<sup>44</sup>. Tuttavia, i figli sociali e i partner non coniugali, sebbene siano estremamente comuni nell'odierna famiglia nucleare svedese, non hanno diritti ereditari<sup>45</sup>.

Ciò implica la discussione se il diritto di famiglia svedese sia sufficientemente rispondente ai valori e alle realtà mutevoli della società riguardo a ciò che comporta la "famiglia", se l'uguaglianza di genere e l'indipendenza siano minacciate dalla legge attuale e se sia sufficientemente neutrale rispetto alla scelta individuale del tipo di famiglia. Si discute anche se, per scelta, debba

---

<sup>43</sup> K. WALLENG, *Att leva som sambo - En civilrättslig studie om det rättsliga skyddet för sambor och om det är i takt med sin tid* [in inglese: *To live as cohabitants - A civil law study of the legal protection for cohabitants and if it is keeping pace with its time*], Iustus, 2015, 335-347 (che descrive le difficoltà che possono sorgere quando i figli di un genitore ereditano prima del genitore in vita perché il defunto e il genitore in vita erano conviventi e i modi in cui i testamenti validi e le assicurazioni sulla vita possono alleviare ma non prevenire le difficoltà).

<sup>44</sup> Questo secondo il Codice del matrimonio svedese (ÄktB) 1:3 ("Ogni coniuge controlla i propri beni ed è responsabile dei propri debiti").

<sup>45</sup> Esiste una quota forzosa del convivente a scopo di tutela, simile ma fissata a un livello pari alla metà di quello previsto per i coniugi. La legge svedese sulla convivenza del 2003 (*Sambolagen* (2003:376) § 18 comma 2). Esistono anche differenze a favore del partner convivente superstite tra la divisione dei beni della casa di convivenza e del suo contenuto dopo la morte di un convivente e quella dopo la separazione. Si veda la legge svedese sulla convivenza del 2003 (*Sambolagen* (2003:376) § 18). Secondo la normativa svedese sulle coppie conviventi, la casa e i beni personali in essa contenuti sono di norma soggetti a divisione in caso di separazione o morte. Se la relazione termina a causa della morte di un convivente, il convivente superstite può scegliere se procedere alla divisione dei beni (ai sensi del § 18 della legge), il che significa che il convivente superstite che possiede più del 50% dei beni divisibili (la casa e gli oggetti domestici se acquistati per uso comune) non deve mai trasferire valore all'eredità dell'altro convivente, ma il convivente con meno del 50% dei beni divisibili ha il diritto di ricevere valore dall'eredità, anche se limitatamente ai beni divisibili definiti, se esistono, ma non come erede o coniuge riconosciuto.



rimanere una differenza tra le norme sulla convivenza e quelle sull'unione coniugale, per consentire una scelta consapevole da parte delle coppie, e se, d'altro canto, l'opinione pubblica sia consapevole di quanto più deboli siano oggi le tutele per i conviventi, compromettendo potenzialmente i diritti e gli interessi dei bambini nati da genitori conviventi<sup>46</sup>.

## 2. La famiglia come definita e concettualizzata nella legge sulle prestazioni pubbliche

La famiglia come definita nel diritto pubblico svedese, ad esempio nelle leggi che definiscono quali individui hanno diritto a vari pagamenti chiamati “prestazioni familiari” (assicurazioni sociali regolate all'interno del Codice delle Assicurazioni Sociali svedese o *Socialförsäkringsbalk* (SCB)), è anch'essa in gran parte incentrata sulle relazioni tra genitori legali e figli, ma a differenza del diritto successorio (più vecchio, ma ancora in vigore) di solito equipara un partner convivente a un coniuge, non trattando una relazione coniugale come più qualificante per le prestazioni familiari rispetto a una relazione di convivenza<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Il diritto dell'UE, si noti, definisce come “familiare” di un cittadino dell'Unione il partner registrato del cittadino dell'Unione ai fini della libera circolazione, “se la legislazione dello Stato membro ospitante equipara l'unione registrata al matrimonio e alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro ospitante”. Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, art. 2(2)(b). La Svezia considera i conviventi di altri Stati membri che si trasferiscono in Svezia come “familiari” nella stessa categoria dei partner registrati, anche se non è richiesta alcuna registrazione per diventare un convivente legalmente protetto in Svezia, al di là della registrazione amministrativa allo stesso indirizzo di residenza. Le traduzioni in inglese degli attori statali svedesi a volte si riferiscono a tale convivente come a un “coniuge di diritto comune”. (cfr., ad esempio, Ambasciata di Svezia, Svezia all'estero “Family members of EU citizens” <<https://www.swedenabroad.se/en/about-sweden-non-swedish-citizens/india/going-to-sweden/visiting-sweden/family-members-of-eu-citizens/>> consultato il 10 aprile 2023) o elencano tre categorie di partner che si qualificano per la libera circolazione in Svezia: “cohabitating partner, spouse or registered partner” (cfr., ad esempio, The Swedish Migration Authority (*Migrationsverket*), “Residence cards for an EU/EEA citizen's family who are non-UE/EEA citizens” <<https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/EU-EEA-citizens-and-long-term-residents/Work-study-or-live-in-Sweden-for-EU-EEA-citizens/Residence-cards-for-family-who-are-non-EU-EEA-citizens.html>> consultato il 10 aprile 2023). Ai sensi della legislazione nazionale svedese in materia, la legge sulla convivenza, la convivenza è quindi considerata una forma giuridica simile al matrimonio, in base all'applicazione da parte della Svezia della normativa sulla libera circolazione dell'UE, in particolare all'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, che definisce i “familiari” rilevanti ai fini della protezione fornita dalla direttiva come “coniuge” (art. 2, paragrafo 2, lettera a)), “partner registrato” (art. 2, paragrafo 2, lettera b)), ma solo nella forma sopra descritta, nonché ascendenti e discendenti.

<sup>47</sup> Si noti che in precedenza, nella legge svedese, i conviventi che avevano almeno un figlio comune erano trattati in modo diverso rispetto agli altri conviventi, ma questo è stato recentemente eliminato dalla legge.

Ad esempio, la sezione “prestazioni familiari” dell’SFB chiarisce che è composta da “disposizioni sulle prestazioni di assicurazione sociale a favore di genitori e figli”<sup>48</sup>. Queste cinque prestazioni comprendono “l’assegno di gravidanza per coloro che, a causa della gravidanza, hanno una ridotta capacità lavorativa o sono impossibilitati a svolgere un’attività lavorativa”; “le prestazioni di assegno parentale in relazione alla nascita di un bambino, all’adozione di un bambino o in altre situazioni in cui un genitore si prende cura di un bambino”; “l’assegno per i figli come assegno generale per i bambini”; “il sostegno agli alimenti per i bambini i cui genitori non vivono insieme” e “le prestazioni familiari speciali in alcuni casi di adozione o quando un bambino soffre di una malattia o disabilità”<sup>49</sup>.

Il termine “genitorialità” (*föräldraskap*) è definito ai fini dell’SFB, secondo l’SFB 2:14, in quanto disciplinato nel primo e quarto capitolo del Codice dei Genitori svedese (FB). Questi capitoli, a loro volta, definiscono attualmente, come introdotto nella sezione precedente, il “padre” e il “genitore” (il partner femminile della designazione della madre se entrambi sono legalmente genitori di un bambino) secondo la legge svedese, oltre a come l’adozione influisce su tali status. Le disposizioni del FB lasciano in gran parte non scritta la definizione di “madre”.

In particolare, alcuni genitori sociali sono inclusi nelle disposizioni del Codice delle Assicurazioni Sociali svedese sulle “prestazioni familiari” in modi non previsti dal Codice dei Genitori. Nell’ambito dell’SFB sono definiti un “futuro genitore adottivo” (una persona approvata da un’agenzia sociale che ha accolto un bambino per una cura continuativa con l’obiettivo di adottarlo, secondo l’SFB 2:15) e un “genitore affidatario” (chiamato “genitore di casa famiglia”, ovvero una persona “che ha accolto un bambino per una cura e un’educazione permanente in una casa privata che non appartiene a nessuno dei genitori del bambino o a qualcun altro che ha la custodia legale del bambino”, secondo l’SFB 2:16).

Inoltre, ai fini dell’applicazione della legge sulle prestazioni di indennità parentale (prestazioni di assicurazione sociale durante il “congedo parentale” di un adulto), le seguenti persone sono “equiparate” a un genitore<sup>50</sup>:

- il coniuge del genitore che vive stabilmente con il genitore;
- il convivente del genitore (come definito e tutelato dalla legge sulla convivenza);
- il tutore appositamente nominato che si occupa del minore (tutore temporaneo), e
- il futuro genitore adottivo.

---

<sup>48</sup> SFB 8:1.

<sup>49</sup> SFB 8:2.

<sup>50</sup> SFB 11:4 (traduzione del ricercatore dall’originale svedese).

Esiste quindi una categoria di persone che, pur non essendo definite in generale con il termine “genitore” (nemmeno in forma qualificata), sono considerate, ai fini della normativa in esame, alla stregua di un genitore legale per quanto riguarda la funzione di assistenza, in particolare quando si assentano dal lavoro per occuparsi di un bambino al posto di un genitore legale. Questo status è conferito a queste persone solo finché vivono con uno dei genitori del bambino e (/non) sono sposati o in una relazione simile al matrimonio (convivente) con quel genitore.

Prima che l'attuale formulazione di queste norme entrasse in vigore il 1 gennaio 2019, solo i conviventi che erano stati precedentemente sposati o avevano avuto un figlio insieme al genitore potevano essere equiparati al genitore, mentre i coniugi del genitore non avevano lo stesso requisito di avere figli in comune con il genitore. Nel 2019, queste limitazioni e la discriminazione tra le diverse forme di convivenza su cui si basavano sono state considerate come un'inutile negazione di una flessibilità auspicabile per i diversi tipi di famiglie che usufruiscono delle prestazioni parentali e, per tali ragioni, sono state rimosse<sup>51</sup>.

Nella stessa proposta di riforma legislativa, il gruppo di esperti nominato per la revisione della legge ha proposto che ciascun tutore legale di un bambino (di solito ciascun genitore) ottenga un diritto più ampio di trasferire parte del proprio congedo parentale “a una persona che non sia il genitore del bambino o che sia equiparata a un genitore”<sup>52</sup>. Gli esperti hanno concluso che questa modifica giuridica offrirebbe ai tutori legali soli una migliore opportunità di ottenere aiuto e di condividere l'onere della cura del bambino durante il congedo parentale con una persona a loro vicina, e avrebbe anche l'effetto di dare alle “famiglie in cui più di due genitori esercitano il ruolo di genitore” un'opportunità simile di avere più di due persone che “combinano la genitorialità e la vita lavorativa”, mentre “il bambino può beneficiare della cura e della supervisione di più genitori”<sup>53</sup>. La formulazione dei lavori preparatori sembra suggerire che colui o colei che si prende cura di un bambino - anche se non è il coniuge o il partner convivente di un genitore tutore legale - si sta impegnando nella “genitorialità”, sia che si tratti di un nonno che aiuta un unico tutore legale, una situazione relativamente

---

<sup>51</sup> SOU 2017:101 *Jämställt föräldraskap och goda uppväxtvillkor för barn - en ny modell för föräldraförsäkringen* [Genitorialità paritaria e buone condizioni di educazione dei figli - un nuovo modello per l'assicurazione dei genitori] 28.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.* a 29. La persona a cui viene delegato il diritto di prendere il congedo deve avere i requisiti per l'assicurazione sociale svedese per poter prendere una parte del congedo parentale per il bambino. In altre parole, deve avere un reddito da lavoro e quindi avere diritto a questa forma di assicurazione sociale.

tradizionale, sia che si tratti di uno dei tre o quattro “genitori” funzionali o intenzionali nel tipo di famiglia multigenitoriale che sta diventando sempre più comune in più giurisdizioni del diritto di famiglia.

I legislatori svedesi, in alcune leggi (in particolare nel diritto pubblico), hanno quindi già riconosciuto che la “genitorialità” di un bambino può essere esercitata da più persone, anche se alcune di esse (più spesso una o due) non hanno un rapporto di parentela con il bambino, la responsabilità legale o l'autorità decisionale e il diritto alle informazioni relative al bambino (poiché gli status di parentela e di responsabilità genitoriale rimangono limitati a due persone secondo la legge svedese, come avviene ancora nella maggior parte delle giurisdizioni)<sup>54</sup>.

Dalla formulazione attuale delle disposizioni sul congedo parentale, ma più chiaramente dai lavori preparatori, non si evince che l'obiettivo dei legislatori, nel proporre la riforma al legislatore svedese per l'adozione in legge, fosse in particolare quello di rafforzare il rapporto di un genitore sociale o di *fatto* con il bambino. L'obiettivo era piuttosto quello di incoraggiare più di un genitore - in particolare dal punto di vista dell'uguaglianza di genere - a usufruire di quote significative del congedo parentale retribuito e garantito disponibile per un bambino, in linea con uno degli scopi della legge svedese sul congedo parentale. Come riassunto dai ricercatori che hanno proposto le modifiche del 2019<sup>55</sup>,

“Il punto di partenza dell'indagine è sempre stato che i bambini traggono beneficio da un legame precoce e stretto con i genitori. Le proposte avanzate mirano a una distribuzione più equa del congedo parentale e dell'indennità parentale tra i genitori del bambino e si prevede che portino anche a una distribuzione più equa della cura del bambino, che promuova un buon contatto tra il bambino e più di un genitore”.

In base alla formulazione della disposizione, l'attenzione legislativa avrebbe potuto concentrarsi invece sul genitore legale adulto che desidera scegliere, all'interno della famiglia privata in una delle sue forme comuni, di delegare al proprio convivente una parte o quasi tutta (fino al limite riservato a ciascun genitore) l'assistenza di *fatto* durante un particolare periodo di congedo parentale retribuito. Dal punto di vista della politica familiare svedese, tuttavia, il rafforzamento della possibilità per un genitore di consentire a un convivente di prendere parte alla propria quota di congedo parentale per un figlio nato

---

<sup>54</sup> Per una discussione sulle giurisdizioni che hanno permesso più di due genitori legali o titolari di responsabilità, si veda J.M. SCHERPE, *Breaking the Existing Paradigms of Parent-Child Relationships*, in G. DOUGLAS, M. MURCH, V. STEPHENS (eds.), *International and National Perspectives on Child and Family Law: Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, 343-359.

<sup>55</sup> Si veda ad esempio SOU 2017:101 a 36.

da un'altra relazione potrebbe essere contrario agli obiettivi di uguaglianza di genere, se dovesse significare in pratica che gli uomini consentono o fanno pressione sulle loro attuali partner femminili (matrigne o madri bonus) affinché prendano un congedo dal lavoro per fare i genitori al posto loro. Questo è particolarmente vero se si considerano i molti anni di rapporti statistici svedesi che confermano che le donne (anche se di solito madri piuttosto che madri sociali) continuano a prendere più della metà dei congedi parentali disponibili per un determinato bambino.

I ricercatori hanno invece posto l'accento su "una distribuzione più uniforme... tra i genitori del bambino", il che significa che, secondo la visione di questi esperti che propongono una riforma della legislazione, sarebbe vantaggioso per i bambini, i genitori e i genitori sociali distribuire il congedo utilizzato a più adulti in molti casi, e per un maggior numero di bambini formare "legami precoci e stretti" con più adulti. La flessibilità per il genitore che ha più direttamente diritto al congedo e l'accesso al congedo da parte di altri genitori sociali che non ne hanno diritto prima (se un genitore legale accetta di delegarlo a loro) sono stati ritenuti più importanti della protezione contro l'uso del congedo per ristabilire i ruoli di genere tradizionali.

Questa attenzione e la conseguente riforma delle leggi sul congedo parentale indicano l'appartenenza di un genitore sociale alla "famiglia" definita dalla legge svedese, in particolare all'insieme di adulti ritenuti idonei e sufficientemente desiderabili per prendersi cura a tempo pieno di un bambino subito dopo la sua nascita o adozione, e quindi per avere diritto a un reddito da prestazione sociale legato al bisogno di cure parentali del bambino. Questo è vero, tuttavia, solo nella misura in cui una persona con una protezione legale superiore, una persona (di solito uno dei due genitori biologici e legali) con responsabilità genitoriale legale per il bambino, sceglie di delegare questa opportunità e responsabilità di congedo parentale. La legge non obbligherà i conviventi o i coniugi dei tutori legali dei bambini a contribuire in modo paritario alla cura del bambino, e nemmeno lo incoraggerà apertamente, ma lo faciliterà per i genitori che desiderano condurre le loro famiglie in questo modo.

Il fatto di avere un partner non rende automaticamente la genitorialità dei propri figli un'impresa congiunta con il partner nel sistema giuridico nazionale svedese, ma il sistema promuove la rimozione degli ostacoli per i molti bambini i cui genitori legali hanno permesso che venissero accuditi da uno o più adulti aggiuntivi in un ruolo genitoriale, il più delle volte dal loro partner. La genitorialità sociale in Svezia rimane, quindi, una sorta di genitorialità delegata, una situazione che persino i recenti studiosi di riforma legislativa hanno rifiutato di raccomandare di cambiare<sup>56</sup>. Pertanto, la relazione tra un genitore

---

<sup>56</sup> Si veda ad esempio SOU 2022:38.

sociale e un bambino rimane relativamente fragile e la possibilità di interferenze contro l'interesse del bambino è un problema ben riconosciuto.

Tornando alla questione del significato di “famiglia” nel diritto svedese, tale intento legislativo non sembra confermare un interesse dello Stato o un interesse per il benessere dei bambini a proteggere e rafforzare la “famiglia” come unità nella società *in sé*, o la potenziale relazione genitore-figlio tra il genitore sociale e il bambino in quanto tale. Sono poche le distinzioni fatte sulla base del matrimonio del genitore sociale con il genitore legale, per cui il “genitore adottivo” del bambino a causa del matrimonio formale e il genitore “in più” a causa di una convivenza simile al matrimonio saranno trattati in modo simile, ora dopo le ultime riforme del diritto pubblico sulle assicurazioni sociali per i bambini e i genitori. La distinzione coniugale è stata quasi eliminata nel diritto svedese, dove la maggior parte dei bambini nasce da madri conviventi, non sposate<sup>57</sup>. Le leggi pubbliche svedesi, come quelle descritte, si concentrano più spesso sul nucleo familiare, di qualsiasi tipo, il che può essere visto come un'altra indicazione del fatto che l'individuo è l'unità principale di interesse nella regolamentazione legale in Svezia.

### 3. La famiglia concettualizzata per scopi di politica familiare generale

La portata dei doveri legali di un privato di sostenere altri privati, e viceversa dei privilegi legali come la cittadinanza, l'eredità e i diritti decisionali che derivano da certe relazioni familiari legalmente riconosciute, contribuiscono ulteriormente a definire il concetto svedese di famiglia, incluso più specificamente il concetto di genitorialità. Naturalmente, si possono distinguere i doveri morali da quelli legali e l'attenzione della società (o dello Stato) per ridurre il bisogno dei privati di fare affidamento sulla “famiglia” (che possono avere o meno) è associata al raggiungimento di vari tipi di uguaglianza in Svezia, più che essere espressione di una mancanza di legami sociali personali tra i membri della famiglia svedese.

In confronto, naturalmente, alcuni individui socializzati in altre società in cui, ad esempio, gli anziani sono assistiti in gran parte dai figli adulti, dai nipoti o dal clan, potrebbero considerare la relativa comodità degli svedesi nell'assistenza statale ai membri della famiglia (come gli anziani, i bambini in età prescolare o quelli in età scolare) come poco saggia, indesiderabile per la loro famiglia personale o addirittura moralmente discutibile. Queste differenze di cultura a livello globale diventano particolarmente rilevanti in un periodo di

---

<sup>57</sup> Si veda ad esempio M.B. WELLS, D. BERGNEHR, *Families and Family Policies in Sweden*, in M. ROBILA (ed), *Handbook of Family Policies Across the Globe*, Springer, 2014, 94 (“Of those who live together, Sweden is about evenly split between those who marry and those who cohabit, making it the country with the highest percentage of cohabiting unions. Many Swedish couples will cohabit, have their first child, and then marry, in that order”. Citazioni interne omesse).

crescente migrazione delle persone, anche e per certi versi soprattutto verso la Svezia. Anche gli svedesi hanno criticato la politica familiare svedese, mettendo in dubbio che la nozione di amore tra “individualisti” sia plausibile<sup>58</sup>.

D'altra parte, un'elevata fiducia nel governo e grandi aspettative di assistenza di qualità fornita da istituzioni esterne alla famiglia tendono a essere associate a risultati relativamente buoni, sia per le persone assistite che altrimenti avrebbero un accesso molto disomogeneo a un'assistenza di qualità (a seconda che i membri della famiglia siano disponibili e in grado di fornire tale assistenza), sia per gli stessi membri della famiglia “assistenti”. L'investimento nella capacità di cura dello Stato si traduce in una distribuzione più uniforme delle responsabilità di cura tra i membri di una società, in particolare a vantaggio delle donne, che tradizionalmente si fanno carico di un maggior numero di responsabilità di cura non retribuite laddove le istituzioni non familiari sono relativamente deboli<sup>59</sup>. Le nozioni svedesi di famiglia e di politica familiare mirano quindi a ridurre gli obblighi, ma non il sostegno sociale ed emotivo e il rispetto tra gli individui che hanno legami familiari tra loro.

Fino a che punto la società può essere la propria “famiglia”, o fino a che punto i servizi e i beni necessari possono essere forniti in modo equo alla maggior parte possibile della popolazione? Che cosa è accessibile, qual è il livello ideale di tassazione e garanzie sociali, e che cosa dovrebbe essere gestito dallo Stato o privatizzato per fornire uno stato sociale solido e di alta qualità? La costante evoluzione dei punti di vista sociali e politici influisce su queste determinazioni, in Svezia come in altre democrazie sociali.

#### 4. Alcuni cenni storici sul modello di famiglia svedese “dual-earner, dual-carer”

Forse le prove più rilevanti utili a definire il concetto di famiglia nel diritto svedese sono gli obiettivi e i principi di politica familiare passati e presenti, delineati nel corso dell'ultimo secolo all'interno della legislazione svedese e delle pubblicazioni governative. Nel 1969, ad esempio, un comitato di esperti in materia di famiglia fu incaricato dalla leadership politica svedese di raccomandare riforme del diritto di famiglia che non solo riflettessero i sentimenti dell'opinione pubblica in merito alle norme auspicabili, ma incoraggiassero anche un cambiamento positivo, in particolare verso una maggiore uguaglianza tra uomini e donne<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Un esempio è il popolare libro *Är svenskar människor?* [In inglese: *Are Swedes People?*].

<sup>59</sup> Il raggiungimento da parte delle donne di pari potere e opportunità economiche e sociali è un obiettivo esplicito non solo della politica di parità svedese, ma anche delle Nazioni Unite.

<sup>60</sup> Direttiva governativa del 15 agosto 1969 per la nomina di esperti che indagassero e proponessero riforme dell'allora vigente diritto di famiglia svedese, citata in SOU 1972:41 (Famiglia e matrimonio: un rapporto investigativo nazionale presentato dagli esperti di diritto di famiglia)

Come ha descritto nel 1998 l'eminente studioso svedese di diritto di famiglia Anders Agell, "la famosa direttiva del 1969" considerava la legislazione come uno degli strumenti più importanti a disposizione della società per affrontare l'incoraggiamento dello sviluppo sociale in nuove direzioni e sottolineava che non c'era motivo, secondo il punto di vista del governo espresso nella direttiva, "di astenersi dall'utilizzare la legislazione sul matrimonio e sulla famiglia come uno dei vari strumenti negli sforzi di riforma verso una società in cui ogni individuo adulto possa assumersi la responsabilità di se stesso senza dipendere finanziariamente dai parenti e in cui l'uguaglianza tra uomini e donne sia una realtà"<sup>61</sup>.

Il rapporto di una commissione di esperti nominata dal governo che ne scaturì, SOU 1972:41, passò in rassegna le varie funzioni centrali e periferiche della famiglia, come generalmente concordato nella ricerca sociologica pubblicata. Gli esperti hanno discusso sia l'importanza della famiglia sia i rischi che essa può comportare per lo sviluppo dei bambini, ad esempio quando non è in grado di svolgere le sue funzioni<sup>62</sup>. Il rapporto del 1972 ha discusso il crescente dibattito di allora sul ruolo della famiglia nell'educazione dei bambini, in particolare un "grave svantaggio della divisione convenzionale dei ruoli all'interno delle piccole famiglie di oggi, ovvero che il padre partecipa all'educazione dei bambini in misura troppo ridotta", con il risultato che i bambini vengono privati di uno "sviluppo più armonioso e completo" della loro personalità che potrebbe essere raggiunto se i genitori di entrambi i sessi avessero un'ampia interazione con loro<sup>63</sup>. Si è sostenuto che la presenza costante della madre con il bambino per tutta l'infanzia abbia un'influenza eccessivamente dominante e perpetui i ruoli tradizionali di genere delle madri come badanti disoccupate e dei padri come fornitori di denaro, ostacolando il raggiungimento di una vera uguaglianza di genere. Si riteneva quindi importante che la società sostenesse una politica familiare e che gli individui contribuissero personalmente a realizzare un modello di

---

p 58. La direttiva del 1969 significava che il legislatore aveva chiaramente scelto un nuovo corso, allontanandosi dall'attenzione per l'unità familiare che caratterizzava la legislazione precedente e orientandosi piuttosto verso il rafforzamento del rapporto diretto di ciascun individuo con lo Stato.

<sup>61</sup> A. AGELL, *Familjeförmer och lagstiftningsideologi*, in *SvJT* 1998:518, 520. Sebbene l'utilizzo del diritto di famiglia per incoraggiare un cambiamento positivo della società sia stato presentato al comitato di esperti come auspicabile, osserva Agell, gli esperti di diritto di famiglia che proponevano nuove modifiche legislative scelsero un approccio diverso alle questioni etiche o ideologiche. Nel loro rapporto del 1972, gli esperti di diritto di famiglia hanno elaborato che la legislazione sul matrimonio non dovrebbe contenere norme di natura etica specifica, poiché le percezioni etiche possono cambiare e le relazioni personali dei coniugi dovrebbero svilupparsi in base alle circostanze individuali e ai propri valori.

<sup>62</sup> SOU 1972:41 *Familj och äktenskap I* [Famiglia e matrimonio I] 63-82.

<sup>63</sup> SOU 1972:41, 68.



famiglia in cui non solo la donna si adattasse al modello di vita tradizionalmente maschile come percettore di reddito, ma anche l'uomo si adattasse al modello tradizionalmente femminile, assumendo progressivamente maggiori responsabilità nella cura e nello sviluppo dei figli, in modo che la donna potesse mantenere il lavoro durante il periodo della sua vita in cui la famiglia aveva figli piccoli<sup>64</sup>. Questo “modello a doppio reddito e doppia assistenza” (compresa la sua assunzione di una norma a due genitori per la maggior parte delle famiglie) è rimasto di gran lunga il modello familiare dominante in Svezia fino ad oggi, che la legge ora protegge in misura maggiore indipendentemente dal sesso o dai generi dei genitori<sup>65</sup>.

## 5. Il principio di neutralità nei confronti delle forme comuni di convivenza

Il diritto di famiglia svedese è esplicitamente inteso “nella massima misura possibile ad essere neutrale in relazione alle diverse forme di convivenza”, secondo la direttiva del governo del 1969 al comitato di esperti per la riforma del diritto di famiglia che stava nominando; la nuova legislazione doveva evitare di favorire una forma di famiglia rispetto ad un'altra, soprattutto per quanto riguarda il fatto che le coppie stavano crescendo i figli come una famiglia sposata o come una famiglia non sposata e convivente<sup>66</sup>.

Tuttavia, nei dibattiti accademici, politici e pubblici svedesi continuano ad essere mosse critiche alla legge, spesso basate su ricerche che dimostrano come le disposizioni di legge rimangano comunque basate, presuppongano o tendano a rafforzare la tradizionale norma eteronormativa della famiglia nucleare, sposata e con due genitori<sup>67</sup>. Ciò può discriminare gli individui che vivono all'interno di forme familiari diverse da tale norma, causando loro danni di vario tipo<sup>68</sup>. Le ultime sezioni di questo capitolo tornano sull'argomento, descrivendo casi di discriminazione e di potenziale discriminazione per quanto riguarda in particolare l'accesso dei bambini ai genitori sociali e le loro relazioni con essi.

---

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> Si veda ad esempio Perry 2019 *passim*.

<sup>66</sup> Vedi sopra, nota 11.

<sup>67</sup> Si veda ad esempio E. JONSSON, *Konstruktioner av den sexuella familjen: styrning av föräldravivande i rättslig reglering av assisterad befruktning och juridiskt föräldraskap* [ing: Constructions of the sexual family: the regulation of becoming a parent under Swedish statutory law on assisted reproduction and parental status] (tesi di laurea, Università di Umeå, 2023).

<sup>68</sup> Cfr. E. MÄGI, L.-L. ZIMMERMAN, *Stjärnfamiljejuridik: Svensk familjelagstiftning ur ett normkritiskt perspektiv* [ing: *Regolazione giuridica delle famiglie diverse: Swedish Family Law from a norm-critical perspective*] (Gleerups 2015).

## 6. Tipi di forme di famiglia o di nucleo familiare svedesi legalmente protette

Le forme di famiglia o di nucleo familiare legalmente protette che includono i bambini in Svezia si basano in gran parte su varie forme di convivenza tra adulti legalmente protette. Le forme di convivenza sono state in qualche modo regolamentate, tra le altre ragioni, per proteggere gli interessi dei bambini che vivono con gli adulti come famiglia o nucleo familiare. Queste forme includono le seguenti:

- 1) La famiglia in cui i due adulti si sono sposati, come disciplinato dal Codice del matrimonio svedese (ÄktB);
- 2) La famiglia in cui esiste una “unione registrata” tra due adulti, che sono persone dello stesso sesso che hanno contratto questo tipo di unione (identica al matrimonio ma nel nome) tra la sua creazione nel 1994 e la sua abolizione nel 2009, quando il matrimonio tra persone dello stesso sesso è diventato legalmente disponibile in Svezia<sup>69</sup>; e
- 3) La famiglia fondata sulla convivenza di fatto, disciplinata dalla legge svedese sulla convivenza del 2003 (*Sambolagen* (2003:376), in base alla quale due persone (maggiorescenti) che risiedono abitualmente insieme in una “relazione simile al matrimonio” sono tutelate dalla legge senza alcuna registrazione come conviventi, ma solo per quanto riguarda la loro casa comune e il suo contenuto, se queste cose sono state acquistate da uno dei conviventi per il loro uso comune<sup>70</sup>; e
- 4) La famiglia composta da un solo genitore adulto o da un tutore, che può essere oggetto di modifiche legali sia nel diritto privato (ad esempio, il mantenimento dei figli da parte dell’altro genitore) sia nel diritto pubblico, volte ad alleviare gli svantaggi economici che ancora permangono in queste famiglie rispetto alle famiglie con due lavoratori (due badanti),

<sup>69</sup> La legge svedese sull’unione domestica registrata (Lag (1994:1117)) è stata abolita il 1° maggio 2009 e ai partner registrati è stata data la possibilità di convertire la loro relazione in un “matrimonio”.

<sup>70</sup> Si veda la legge svedese sulla convivenza [*Sambolagen*] § 1 (che definisce chi è considerato in una relazione di convivenza ai sensi della legge). Oltre il 50% dei bambini che nascono in Svezia sono nati da madri non sposate; si veda ad esempio SOU 2022:38 a 414. La maggior parte dei bambini nasce da due genitori biologici che vivono come una famiglia in queste relazioni di fatto “simili al matrimonio”, in cui la residenza comune e i beni legati alla casa, se e nella misura in cui sono stati acquistati per l’uso congiunto come conviventi, vengono divisi alla separazione della coppia (o alla morte di uno dei due), se uno dei conviventi lo richiede. Ciò è paragonabile a un’analoga divisione dei beni che avviene più obbligatoriamente quando i coniugi divorziano (o uno dei due muore), tranne che per il fatto che l’ambito del “*samboegendom*” (beni dei conviventi soggetti a divisione) è limitato all’abitazione principale comune e al suo contenuto. Mentre in caso di divorzio tutti i beni di uno dei due coniugi, acquisiti prima o durante il matrimonio, sono di norma (salvo alcune eccezioni) divisibili tra loro in parti uguali (ÄktB).

che rappresentano il modello di famiglia che i legislatori cercano di promuovere, pur non discriminando le scelte degli adulti in materia di forma familiare.

#### D. Il concetto svedese di genitorialità sociale

La genitorialità sociale è la relazione tra una persona che svolge un ruolo di genitore senza detenere la genitorialità legale o la responsabilità genitoriale del bambino<sup>71</sup>. Gli esempi più spesso discussi in Svezia oggi sono i tre seguenti:

- 1) Il genitore adottivo o “bonus parent”, che vive con un genitore legale e il bambino e *agisce come* uno dei genitori del bambino, in misura uguale, maggiore o minore rispetto ai genitori legali. Questo potrebbe includere il genitore legale che in seguito ha subito l'interruzione della paternità perché è stato dimostrato che non era il padre genetico.
- 2) Il terzo o quarto genitore in un accordo tra più adulti per avere e crescere un bambino insieme, sia che viva con uno dei genitori legali e il bambino, sia che viva separatamente ma abbia contatti regolari con il bambino e sia visto dal bambino e dalla famiglia come uno dei genitori del bambino. Le norme sui due genitori e sui due tutori vanificano gli sforzi di questi genitori sociali per garantire una genitorialità più equa e meno fragile.
- 3) Il genitore intenzionale che, in base alla legge svedese, non è stato in grado di essere confermato come genitore legale o potenzialmente anche di condividere legalmente la responsabilità genitoriale per il bambino, ad esempio una madre, genetica o meno, che ha assunto una madre surrogata per il periodo gestazionale del bambino. Anche l'uomo single che ha utilizzato una madre surrogata e il proprio materiale genetico rientra in questa categoria, anche se (forse sorprendentemente) non vi rientra l'uomo single che ha utilizzato una madre surrogata e lo sperma di un donatore, a causa delle interazioni delle leggi su chi sono considerati i genitori legali e su come funziona l'adozione per riassegnare la paternità al genitore o ai genitori previsti in queste situazioni.

Come ha confermato la studiosa di diritto svedese Eva Ryrstedt nel 2023, “la legislazione svedese è in ritardo rispetto a questo sviluppo, e quindi per molti aspetti manca una normativa che tuteli il rapporto tra diversi tipi di

---

<sup>71</sup> Questa definizione si basa sulla prospettiva svedese e differisce da quella di alcuni ordinamenti giuridici e delle loro società in cui le persone che hanno la filiazione legale, la responsabilità genitoriale e i relativi diritti e doveri nei confronti di un bambino sono definite come genitorialità sociale, se sono persone diverse dal padre genetico e dalla madre genetica e gestazionale del bambino. Vengono comunque descritti argomenti come le leggi svedesi sull'adozione e sulla riproduzione assistita. Esse sono rilevanti nel contesto svedese per la regolamentazione della genitorialità sociale, perché consentono in molti casi ai genitori intenzionali e sociali di diventare genitori legali.

genitori e figli. In particolare, la legge svedese non riconosce ancora - con una piccola eccezione - la genitorialità sociale<sup>72</sup>.

### E. Il concetto svedese di genitorialità *di fatto*

In Svezia, il termine “genitore sociale” è in qualche modo sinonimo di “genitore *di fatto*”, ma “genitore *di fatto*” può sembrare, a mio parere, che implichi che questa persona stia facendo in modo significativo o esclusivo il genitore di un bambino, rispetto a uno o più genitori legali.

I genitori legittimi con potere decisionale (affidamento legale) di un bambino in Svezia possono generalmente delegare in modo informale (senza il coinvolgimento dell’agenzia di servizi familiari) l’effettiva cura del bambino a una o più persone lontane dall’indirizzo di residenza registrato del bambino, come nel caso in cui un bambino vada a vivere con un nonno o in un collegio<sup>73</sup>.

Se ciò avviene, o se le autorità dei servizi sociali collocano formalmente un bambino in un’altra casa con un genitore non legale, con o senza il consenso dei genitori tutori<sup>74</sup>, tale persona in un ruolo genitoriale potrebbe essere definita un genitore *di fatto* o un genitore affidatario. I nonni si trovano a volte in questa posizione, per esempio, se un genitore ha difficoltà a prendersi cura del bambino a causa delle esigenze del suo lavoro o delle sue lotte contro la dipendenza, ma anche per ragioni più benevole, come il non volersi allontanare dalla scuola attuale quando un genitore deve trasferirsi. Esiste anche un numero significativo di cosiddetti genitori affidatari *di fatto* nominati dallo Stato, anche tra i parenti stretti non genitoriali del bambino. Lo Stato è chiamato a svolgere un ruolo relativamente attivo rispetto alla famiglia privata nel garantire che venga fornita un’assistenza al bambino nell’interesse del bambino stesso, e gli adolescenti possono chiedere ai servizi sociali di essere collocati in una casa diversa da quella dei genitori, ad esempio.

Un genitore *di fatto* in Svezia può anche essere un genitore intenzionale, ad esempio chi si è recato all’estero per stipulare un contratto di maternità surrogata e ha portato a casa un bambino che gli è stato negato o è in attesa

---

<sup>72</sup> E. RYRSTEDT, *Social Parenthood in Sweden*, in C. HUNTINGTON, C.G. JOSLIN, C. VON BARY (a cura di), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press, 2023, 213 (che indica come eccezione alcuni genitori affidatari a cui è stata data la responsabilità genitoriale legale e nota anche l’indagine governativa riguardante una maggiore protezione della genitorialità sociale, che ha portato alle proposte degli esperti del SOU 2022:38, discusse altrove).

<sup>73</sup> Si veda ad esempio FB 6:11 (il tutore ha il diritto e l’obbligo di decidere negli affari personali del minore).

<sup>74</sup> Ciò può avvenire come stabilito dalla Legge svedese sui servizi sociali (*Socialtjänstlagen* (2001:453)) e dalla Legge svedese (1990:52) con disposizioni speciali sull’assistenza ai giovani. Queste leggi regolano i collocamenti volontari e involontari dei minori di 18 anni.

di una decisione legale sulla possibilità di essere confermato come genitore e tutore legale del bambino, magari dopo aver seguito un processo di adozione. L'instaurazione di *fatto* di una "relazione familiare" con il bambino, che viene quindi considerata tutelabile ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avviene di solito mentre il genitore *di fatto* convive con uno dei genitori o tutori legali e ha quindi il permesso di occuparsi del bambino.

Poiché questo genitore potrebbe essere stato un "genitore intenzionale" fin da prima della nascita del bambino e potrebbe anche essere, ad esempio, la madre genetica (ma non biologica/gestionale) del bambino, il termine "genitore sociale" sembra adattarsi meno bene a loro. Inoltre, la base dei loro diritti e di quelli del bambino a un futuro rapporto giuridico spesso si basa sul fatto che essi sono, di fatto (*de facto*), di giorno in giorno, l'unico legame madre-figlio o padre-figlio che il bambino ha. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'articolo 8 della Convenzione europea a un certo punto entra in gioco, richiedendo agli attori statali svedesi di fornire un percorso praticabile per ottenere lo status di genitore o tutore legale per il genitore di fatto.

Quelli che gli svedesi considerano "genitori sociali", invece, vivono tipicamente con un genitore legale già stabilito e con il bambino, almeno durante il periodo di genitorialità del genitore legale con il bambino, ma non hanno la ragionevole aspettativa di diventare un genitore legale, in alcuni casi per mancanza di desiderio, ma spesso perché il bambino ha già due genitori legali (e la legge limita il numero di genitori legali a due). In Svezia è più probabile che i "genitori sociali" siano i terzi o i quarti genitori di un bambino, quindi "compare" nel ruolo di uno dei due adulti del nucleo familiare che crescono i bambini, ma a cui la legge non consente di diventare genitori o tutori legali al pari del partner. Sarebbe necessario spostare legalmente uno dei due genitori legali esistenti, o i tutori legali, per ottenere un ruolo giuridicamente protetto per il genitore sociale, mentre i "genitori *di fatto*" potrebbero essere le due figure genitoriali primarie (o una di esse), ma senza riconoscimento legale come tali.

Trovo interessante che pochi studiosi si pongano il problema della condizione dei genitori sociali che sono la terza o la quarta figura genitoriale di un bambino; i riassunti della legge sull'adozione stepparentale, ad esempio, raramente sottolineano che questo "upgrade" dello status giuridico è disponibile solo se il genitore non associato allo stepparent è morto o ha acconsentito all'adozione, altrimenti viene rimosso da un tribunale che accoglie la richiesta di adozione stepparentale.

## II. Documenti pubblici relativi alla genitorialità legale e sociale

### A. Il Registro della popolazione svedese e i registri di stato civile

La legge svedese sul registro della popolazione (*Folkbokföringslag* (1991:481)) al § 2 stabilisce che un bambino nato vivo in Svezia è registrato a tutti gli effetti nel registro della popolazione svedese come abitualmente residente a un determinato indirizzo nel Paese “se la madre è registrata come legalmente residente in Svezia o se il padre è registrato come legalmente residente in Svezia e detiene la custodia legale [unica o congiunta]”<sup>75</sup>. Anche i bambini e gli adulti che, dopo essersi trasferiti in Svezia, possono essere considerati legalmente residenti in Svezia, ossia che prevedono di trascorrere regolarmente le ore di sonno nel Paese per almeno un anno, devono essere registrati a tutti gli effetti<sup>76</sup>. Devono essere registrati anche tutti i matrimoni, le nascite e i decessi nel Paese; ciò avviene senza la registrazione completa della residenza abituale, la conferma e l’inserimento delle informazioni demografiche personali di base, che avviene quando una persona soddisfa i criteri introdotti sopra<sup>77</sup>.

È all’interno del Registro della popolazione che viene registrata l’identità dei genitori e dei figli di una persona. I certificati che attestano vari sottoinsiemi di informazioni del Registro sono a disposizione degli individui quando necessario. Ad esempio, quando le persone hanno bisogno di dimostrare ai funzionari al di fuori della Svezia le loro relazioni di stato giuridico, possono collegarsi al sito web dell’Agenzia fiscale svedese e ordinare una copia digitale o stampata del tipo di certificato di cui hanno bisogno<sup>78</sup>. All’interno della Svezia, le agenzie statali e locali e le aziende private come le banche possono generalmente accedere direttamente al Registro della popolazione, per cui, ad esempio, non sono necessari certificati di nascita o di matrimonio per stabilire lo stato di genitore a livello nazionale.

Pertanto, la Svezia non rilascia certificati di nascita (prove di nascita o *födelsebevis*) al momento della nascita o successivamente. La Svezia non rilascia nemmeno certificati di nascita internazionali; il documento corrispon-

---

<sup>75</sup> Traduzione dall’originale svedese.

<sup>76</sup> La legge svedese sul registro della popolazione del 1991 (*Folkbokföringslag* (1991:481) § 3). Il tempo trascorso regolarmente fuori dalla Svezia è accettabile a condizione che la persona si trovi in Svezia almeno un periodo di 24 ore alla settimana o l’equivalente, anche se i tempi sono distribuiti in modo diverso.

<sup>77</sup> La legge svedese sul registro della popolazione del 1991 (*Folkbokföringslag* (1991:481) § 1 comma 2).

<sup>78</sup> Si veda l’Autorità fiscale svedese (*Skatteverket*), Informazioni alle autorità straniere: spiegazione del documento certificato di registrazione della popolazione <https://www.skatteverket.se/servicelankar/otherlanguages/inenglishengelska/individualsandemployees/livinginsweden/populationregistrationcertificate/commonrequestsfromforeignautities/informationtoforeignauthorities.4.361dc8c15312eff6fd13b6c.html> (visitato il 1° settembre 2023).

dente al certificato di nascita è il certificato di registrazione della popolazione, chiamato in inglese “Extract from the Population Register”. Può essere ordinato online presso Skatteverket da una persona la cui identità sia autenticata dal possesso di un’identificazione digitale (BankID), anche su richiesta con i segni di autenticazione (come i timbri) che possono essere richiesti da alcune giurisdizioni straniere<sup>79</sup>.

Tali estratti, noti anche come “certificati anagrafici”, possono essere scaricati istantaneamente dal sito web dell’autorità fiscale, nella misura in cui solo le informazioni personali del richiedente appariranno sul certificato<sup>80</sup>. Se sul certificato compaiono anche i dati dei membri della famiglia (in particolare se si tratta di un certificato relativo ai dati di un figlio minore), il certificato viene spedito all’indirizzo registrato del figlio, di norma entro due giorni lavorativi. Le persone di 16 anni o più possono accedere o ordinare a casa un certificato online contenente le proprie informazioni personali registrate nel Registro della popolazione<sup>81</sup>.

## B. Il contenuto dei certificati anagrafici

I vari estratti del Registro della popolazione svedese che l’Autorità fiscale svedese mette a disposizione delle persone che ne hanno bisogno hanno scopi diversi, ma insieme rendono disponibili le informazioni rilevanti registrate nel Registro. È disponibile un “certificato di famiglia” (*familjebevis*) che elenca, ad esempio, il coniuge legale e gli eventuali figli. Si può invece richiedere un certificato necessario a un’altra autorità, di solito al di fuori della Svezia, per intraprendere degli studi, per avviare un divorzio o per dimostrare un decesso.

Le informazioni personali registrate e che possono essere utilizzate per vari scopi pubblici enumerati<sup>82</sup> senza violare le leggi sulla protezione dei dati dell’UE includono, ai sensi del Capitolo 2, Sezione 3 (nella sua ultima formulazione in vigore dal 2023-09-01) della Legge sul trattamento dei dati personali nell’ambito del lavoro di registrazione della popolazione dell’Autorità fiscale<sup>83</sup>, quanto segue:

15. numero personale o di coordinamento,
16. nome,

---

<sup>79</sup> *Ivi.*

<sup>80</sup> Autorità fiscale svedese (*Skatteverket*), Ordinare un certificato di registrazione della popolazione <https://www.skatteverket.se/servicelankar/otherlanguages/inenglishengelska/individualsandemployees/livinginsweden/populationregistrationcertificate.4.361dc8c15312eff6fd117b6.html> (accesso 1 settembre 2023).

<sup>81</sup> *Ivi.*

<sup>82</sup> Questi sono elencati in Lag (2001:182) *om behandling av personuppgifter i Skatteverkets folkbokföringsverksamhet* 1:4-4a.

<sup>83</sup> *Ivi.* a 2:3.

17. data di nascita,
18. luogo di nascita,
19. luogo di nascita,
20. indirizzo,
21. proprietà di registrazione civile, numero di appartamento, luogo di registrazione civile, distretto e registrazione civile sotto una voce speciale,
22. cittadinanza,
23. stato civile,
24. coniuge, figli, genitori, tutori e altre persone con cui la persona registrata ha un legame all'interno del registro della popolazione,
25. relazione secondo 10 che si basa sull'adozione,
26. trasferirsi dall'estero,
27. cancellazione ai sensi dei §§ 19-22 della Legge sulla registrazione nazionale (1991:481),
28. notifica ai sensi del capitolo 5, sezione 2, della legge elettorale (2005:837),
29. sepoltura,
30. numero di previdenza sociale assegnato alla persona in un altro Paese nordico,
31. diritto di soggiorno per una persona iscritta nel registro nazionale,
32. il momento in cui può avvenire la dichiarazione di sospensione ai sensi del capitolo 3. 2 § 1 della legge (2022:1697) sui numeri di coordinamento,
33. dichiarazione di sospensione ai sensi del capitolo 3, sezione 2, dell'Atto di coordinamento dei numeri, con l'indicazione se la dichiarazione è stata fatta con il supporto del paragrafo 1 o 2 di tale sezione,
34. quando una persona con un numero di coordinamento o una persona con un numero di previdenza sociale che non è né è stata iscritta nel registro nazionale è deceduta, e
35. impronte digitali, immagini facciali e dati biometrici da esse derivati.

### C. Documenti pubblici relativi alla genitorialità sociale e alla genitorialità di fatto

Nel Registro della popolazione svedese non vengono fornite informazioni sulla tecnica di procreazione (naturale o assistita) o sulla natura del legame (biologico, genetico, gestazionale, adottivo) tra un genitore e un figlio. In altre parole, in questo momento non vengono registrate informazioni sul modo in cui il bambino è stato concepito o sulla base specifica per la creazione di uno stato civile di genitore-figlio iscritto nel Registro, per cui i genitori sociali che sono attualmente genitori legali sono il più delle volte indistinguibili dai genitori biologici e genetici. Sono i genitori sociali che sono solo genitori *di fatto* e che, al momento, non possono dimostrare facilmente



alcun rapporto familiare importante con un bambino attraverso i documenti pubblici svedesi.

L'Autorità fiscale svedese registra anche informazioni su quali (una o due) persone hanno la custodia legale (*vårdnad*) di un bambino in un determinato momento. Questa responsabilità genitoriale legale di solito segue automaticamente (come lo status civile di "madre") per il genitore che partorisce<sup>84</sup>, così come per il coniuge legale della madre, anche automaticamente se i genitori di un bambino si sposano dopo la nascita del bambino<sup>85</sup>.

La condivisione della responsabilità genitoriale con la madre deve essere attivamente ricercata per il partner convivente che è genitore del bambino, dopo o in concomitanza con l'acquisizione della qualità di genitore legale. Ciò avviene di solito tramite un riconoscimento di paternità (o "paternità secondo FB 1:9"), attraverso una domanda, presentata di persona o ora per via digitale, all'Autorità fiscale; l'80% dei genitori che possono riconoscere la propria paternità per via digitale si avvale di questa opzione, a partire da gennaio-aprile 2022<sup>86</sup>.

Come descritto nella sezione di questo capitolo sul diritto dei bambini a conoscere le proprie origini genetiche dopo la riproduzione assistita, le informazioni sull'identità dei donatori di gameti sono registrate separatamente dal registro anagrafico principale, in una banca dati accessibile ai bambini quando sono considerati sufficientemente maturi, come disciplinato dalla Legge sull'integrità genetica.

La prova dell'adozione è anche considerata un'informazione sensibile che non è elencata pubblicamente ma che può essere ottenuta dalle parti interessate da documenti legali riguardanti l'adozione (come una sentenza del tribunale, un contratto di adozione, un'indagine dei servizi sociali sull'adeguatezza dell'adozione o, in linea di principio, da indicazioni precedenti e successive del/i genitore/i legale/i del bambino se le informazioni dal registro anagrafico sono

---

<sup>84</sup> Di recente, una madre intenzionale, dopo un accordo di maternità surrogata all'estero, la cui paternità era stata riconosciuta dalla Corte Suprema svedese per tutelare i diritti CEDU del bambino, ha ottenuto il permesso di intentare un'azione per dichiarare che ha la custodia legale del bambino contro l'ente locale di assistenza sociale (*socialnämnden*). L'accordo di maternità surrogata della California II ("*Det kaliforniska surrogatarrangemanget II*") NJA 2021 s 437. La Corte Suprema svedese ha ritenuto che il FB non rispondesse alla domanda se le autorità statali dovessero concedere anche la custodia legale del bambino, basandosi sull'argomentazione che la sentenza straniera che la dichiarava genitore legale del bambino era stata ritenuta applicabile in Svezia. La donna è stata autorizzata a presentare un'azione dichiarativa in base alla norma generale del Codice di procedura svedese [*Rättegångsbalken*, RB] sulle azioni dichiarative dello status, RB 13:2.

<sup>85</sup> FB 6:3. L'argomentazione secondo cui queste regole sono superate e discriminano oggi alcuni tipi di coppie genitoriali e i loro figli senza una giusta giustificazione è stata avanzata da diversi studiosi ed è discussa verso la fine di questo capitolo.

<sup>86</sup> Si veda SOU 2022:38 a 414 e la Sezione IV di questo capitolo (sulla paternità stabilita dal consenso).

state ottenute in date diverse, prima e dopo l'adozione, anche se la parentela può essere cambiata per un altro motivo (come la determinazione o la cessazione della paternità, della maternità o della paternità). La conferma più affidabile è probabilmente quella dei funzionari dei servizi sociali svedesi (*socialtjänsten*).

Il genitore o i genitori che hanno la custodia legale di un bambino, unica o congiunta, sono identificabili nel Registro della popolazione in modo, nella maggior parte dei casi, strettamente legato allo stato civile della genitorialità, come menzionato sopra. Anche l'Autorità fiscale svedese, dato il numero di identificazione personale del bambino, può confermare l'adulto o gli adulti che ne hanno la custodia legale ai soggetti pubblici che necessitano di questa informazione.

La disponibilità di queste informazioni per gli attori statali che incontrano bambini e genitori ha un'importante funzione pratica. Quando a un Comune, ad esempio, viene chiesto di cambiare la scuola di iscrizione di un bambino sulla base delle informazioni fornite da un genitore, è incoraggiato a verificare chi ha la custodia legale del bambino e quindi l'autorizzazione a decidere su tale cambiamento. In alcuni casi, i genitori *di fatto* non hanno la paternità o la custodia, e quindi non sono riconosciuti come autorizzati a prendere le decisioni che prenderebbe un genitore o, più spesso, un tutore legale (persona con una quota di custodia legale). Una procura che deleghi l'autorità decisionale a tale genitore sociale può contribuire ad alleviare i problemi che possono insorgere nella vita quotidiana di tali genitori sociali e dei bambini che essi accudiscono.

Le modalità o l'origine dello status di genitore (parentela) per i genitori di un determinato bambino possono essere dimostrate utilizzando altri documenti ufficiali, se necessario in combinazione con gli estratti del Registro della popolazione. Le sentenze dei tribunali che stabiliscono la filiazione o le cartelle cliniche di inseminazione (anch'esse protette dalla normativa come cartelle cliniche) sono alcuni esempi di documenti che possono essere utili per dimostrare l'origine dello status di un determinato genitore rispetto a un bambino, se questi fatti diventano giuridicamente rilevanti in un momento successivo, ad esempio in relazione a un trasferimento della famiglia all'estero. Nella maggior parte dei casi, un estratto attuale del registro della popolazione dovrebbe essere il tipo di documento pubblico necessario.

Poiché la "genitorialità sociale" è comunemente intesa in Svezia come l'assenza di una genitorialità legale, la presenza di una relazione stretta di *fatto* con un bambino, simile a quella di un genitore tipico, è spesso emersa appena prima e durante la convivenza tra il bambino e il genitore sociale come famiglia con un genitore legale. Questo legame tra il bambino e il "genitore bonus" non è del tutto chiaro dai semplici estratti di informazioni sulla famiglia. Gli estratti di informazioni personali che mostrano che il genitore sociale e il bambino sono e sono stati registrati allo stesso indirizzo fisico sono uno dei mezzi per dedurre,

tuttavia, che molto probabilmente hanno una relazione familiare (sociale, legale-informale). Anche chiedere il contributo del bambino, dato il suo diritto a esprimere opinioni e a ricevere informazioni su questioni personali, potrebbe essere d'aiuto.

Se una relazione di *fatto* si è protratta per un certo periodo di tempo, può essere sorta una vita familiare privata tutelata dalla CEDU, ma anche questa deve essere dedotta o dimostrata senza alcun documento pubblico svedese destinato a provarla. Non si tratta principalmente di una questione di documentazione; nessun ruolo giuridicamente protetto per un genitore sociale sorge automaticamente o è destinato a sorgere automaticamente secondo la legge attuale, anche se si può dimostrare che il bambino e il genitore sociale hanno vissuto insieme per molti anni<sup>87</sup>. Anche il matrimonio attuale o passato del genitore legale del bambino con il genitore sociale, anch'esso rilevabile dai dati anagrafici, potrebbe fornire una prova rilevante, ma probabilmente non sufficiente, della relazione di fatto del genitore sociale come genitore nella vita del bambino<sup>88</sup>.

Il genitore sociale gode forse di una vita familiare privata con il bambino, che secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo è un diritto del bambino che merita di essere protetto da interferenze statali ingiustificate. Tuttavia, a causa della mancanza di documenti pubblici che riconoscano il genitore bonus come una sorta di relazione con il bambino, è estremamente difficile dimostrarlo, soprattutto quando il genitore legale del bambino, l'ex partner del genitore bonus, è diventato avverso (e legalmente avverso) al genitore bonus e non è interessato a essere testimone della stretta relazione personale tra il bambino e il genitore bonus.

Un documento che può confermare che determinati poteri decisionali sono stati delegati o condivisi da un genitore legale con un genitore sociale è

---

<sup>87</sup> Tuttavia, l'indagine di esperti pubblicata come SOU 2022:38 ritiene che questo aspetto sia abbastanza problematico da giustificare una riforma giuridica, sia per quanto riguarda l'accesso ai provvedimenti di visita per i bambini con genitori sociali *di fatto*, sia per quanto riguarda la disponibilità di una procura standardizzata per i genitori sociali (non legali).

<sup>88</sup> Si potrebbe affermare che un genitore affidatario legale di un bambino può avere un'argomentazione più forte nel dimostrare una relazione simile a quella di un genitore di fatto con un bambino, anche a causa delle disposizioni legali rimaste nel diritto di famiglia svedese che, ad esempio, ritengono un genitore affidatario potenzialmente responsabile di fornire sostegno finanziario a un bambino, se i genitori legali non lo fanno in misura sufficiente. Si veda il capitolo 7 del FB. In pratica, però, questo dovere non viene quasi mai applicato, poiché l'adeguatezza dei pagamenti per il mantenimento dei figli, *underhållsbidrag*, dovuti per un bambino che vive con un solo genitore legale, sono garantiti da una prestazione sociale, *underhållsstöd*. Lo Stato si trova in una posizione secondaria, non il genitore affidatario, nell'assicurare il benessere del bambino, ma al genitore affidatario è riconosciuto (in alcuni casi, come in questo esempio) un ruolo terziario. In alcuni casi questo ruolo è esteso anche al partner convivente non sposato del genitore legale quando entrambi vivono con il bambino, come nel caso della legislazione di diritto pubblico sul congedo parentale discussa in questo capitolo.

la procura. Queste possono essere utilizzate per evitare che si crei confusione, ad esempio nello studio medico o a scuola, sul ruolo di un genitore bonus nella vita del bambino. Tuttavia, secondo l'indagine condotta dal gruppo di esperti che ha valutato le famiglie in cui più di due adulti si prendono cura di un bambino e gli ostacoli quotidiani che possono incontrare<sup>89</sup>, queste sono raramente utilizzate.

La procura parentale per i genitori sociali, un nuovo strumento giuridico proposto dal gruppo di esperti svedesi che ha redatto il rapporto SOU 2022:38 (di cui si parla più avanti), prevede l'inserimento nei registri delle agenzie statali di una conferma legale che un determinato genitore sociale ha la facoltà di agire in un determinato momento con l'autorità decisionale quotidiana di un genitore legale, essendo tale autorità stata delegata al genitore sociale da un genitore legale (il coniuge o il partner convivente del genitore sociale). Poiché tale procura, se adottata come proposto, sarebbe revocabile in qualsiasi momento, qualsiasi estratto disponibile per dimostrare lo status di genitore sociale dovrebbe essere aggiornato per avere un'utilità al di fuori della Svezia (e potrebbe esserci il rischio di abusi se ciò non fosse chiaro alle autorità all'estero); la procura non sarebbe una prova di uno stato di parentela duraturo o a vita come lo sono in genere i registri dello status di genitore-figlio o la prova della documentazione di adozione.

#### D. Accesso ai documenti pubblici

In Svezia i registri di stato civile non sono accessibili al pubblico, se non nella misura richiesta dalle norme che garantiscono la libertà di informazione e di stampa. Solo l'autorità di gestione, l'Autorità fiscale svedese (*Skatteverket*), può inserire informazioni nel Registro della popolazione e la possibilità di accedere al suo contenuto dipende dallo scopo dell'accesso e dall'identità del richiedente.

### III. Genitorialità istituita dalla legge svedese

#### A. Panoramica

In Svezia un individuo può diventare uno dei tre tipi di genitore legale (con status di genitore) previsti dalla legge vigente, e ciascuno di questi modi può essere stabilito per effetto automatico della legge, come segue:

---

<sup>89</sup> Si veda SOU 2022:38 a 80-81 (che fornisce un breve riassunto in inglese di questa proposta di "procura parentale").

- 1) La “madre” è la persona che partorisce, secondo un principio non scritto (non normativo) *mater est*<sup>90</sup> diffuso nel diritto di famiglia europeo di varie nazioni e deliberatamente mantenuto come non scritto dal Parlamento svedese<sup>91</sup>. Non è necessaria alcuna decisione legale per assicurare il rapporto giuridico del bambino con la madre, il che significa che la persona che partorisce il bambino è la madre legale senza che sia necessaria alcuna ulteriore azione da parte sua o dello Stato<sup>92</sup>.
- 2) Per “padre” si intende la persona, se di sesso maschile, che è legalmente sposata con la madre al momento della nascita, secondo la legge scritta sul FB 1:1. Tale coniuge viene iscritto nel Registro della popolazione come padre del bambino automaticamente, anche se in determinate circostanze (in presenza di motivi per la cessazione della paternità presunta automaticamente) un tribunale chiarirà che il marito della madre al momento della nascita non è il padre, come discusso nella Sezione C, di seguito. Il riconoscimento della paternità per un padre non sposato e il consenso alla procreazione medicalmente assistita che porta a una nascita sono ulteriori modi, oltre alla sentenza del tribunale, come illustrato di seguito.
- 3) Per “genitore” si intende la persona di sesso femminile sposata con la madre in qualità di coniuge o partner registrato (ma non semplicemente convivente) al momento della nascita, che si presume essere il “genitore” ai sensi del FB 1:9, paragrafo 1, e che quindi non deve compiere ulteriori passi attivi per diventare genitore. Ai sensi del paragrafo 2, lo status di “genitore” sarà confermato da una sentenza del tribunale o da un riconoscimento per una donna che era il coniuge, il partner registrato o il convivente della madre nei casi in cui la madre si sia sottoposta a un trattamento di riproduzione assistita in Svezia (o all'estero, se la clinica era autorizzata e le informazioni sul donatore sono disponibili per il bambino) e tale trattamento abbia probabilmente portato alla nascita del bambino.

---

<sup>90</sup> “*Mater seper certa est*” perché “*mater est quam gestatio demonstrare*” sono le versioni più lunghe della frase latina che descrive il principio, spesso citata nei lavori preparatori svedesi. Si veda, ad esempio, Prop. 2017/18:155 p 42 (che cita questa mancanza di dubbi in Svezia e in altri Paesi su chi debba essere considerata legalmente la madre come spiegazione del perché la Svezia non abbia una legge sulla maternità legale nei casi con elementi internazionali).

<sup>91</sup> Si è discusso se codificare la presunzione, ma alla fine i legislatori hanno introdotto nella legge solo un chiarimento, FB 1:7, secondo cui la madre che dà alla luce il bambino (la madre biologica) e non una donatrice di ovuli (la madre genetica) è la madre legale. Cfr. Prop. 2001/02:89 a 84.

<sup>92</sup> Tuttavia, una persona può anche ricevere il termine di stato civile di “madre” di un bambino ai sensi dell'attuale legge svedese *senza* averlo partorito, ad esempio se la persona ha cambiato identità legale di genere (M-t-W) o se adotta un bambino con la moglie o che è figlio della moglie (tramite stepchild adoption). Prop. 2017/18:155 p 58. In questi casi, non è per presunzione ma piuttosto per un atto giuridico positivo che la persona riceve lo status di (una) “madre”.

Ciò significa che lo status di “padre” o “genitore ai sensi del FB 1:9” può derivare da una *presunzione* legale: la tradizionale presunzione di “paternità”, ai sensi del FB 1:1, o la sua estensione come presunzione esplicita di “genitorialità” al coniuge femminile della madre ai sensi del FB 1:9 paragrafo 1. Nel diritto svedese esistono anche presunzioni di paternità e di filiazione in situazioni internazionali; la presunzione di filiazione per le donne coniugate è stata aggiunta alla legge a partire dal 1° agosto 2022 e significa in molti casi che una donna riconosciuta come secondo genitore di un bambino per effetto della legge o di una sentenza del tribunale all'estero è di solito automaticamente riconosciuta come genitore del bambino anche in Svezia<sup>93</sup>.

La paternità (o la paternità ai sensi dell'FB 1:9 paragrafo 2) può sorgere in alternativa attraverso il *consenso del* coniuge o del convivente della madre, ad esempio, all'adozione o a un trattamento riproduttivo medicalmente assistito che, tenendo conto di tutte le circostanze, potrebbe aver portato al concepimento del bambino, ai sensi dell'FB 1:8 paragrafo 1, che crea una presunzione che il coniuge o il convivente sia il padre del bambino nato dal trattamento (si veda la sezione seguente di questo capitolo), o attraverso una *sentenza del tribunale* in vari tipi di casi (descritti anche nelle sezioni successive).

Dal punto di vista funzionale, queste due presunzioni analoghe significano che un padre (o un genitore) che ha acconsentito alle tecniche di riproduzione assistita di inseminazione o fecondazione al di fuori del corpo della propria partner (che sono state poi utilizzate in conformità alla legge e hanno dato origine a un bambino) non può evitare di essere legalmente vincolato alla decisione di diventare genitore adducendo fatti che potrebbero essere sufficienti in assenza dei trattamenti di fertilità, come ad esempio i rapporti sessuali della madre con un altro o la mancanza di un legame genetico con il bambino.

Le sezioni seguenti approfondiscono i modi in cui la genitorialità, soprattutto la paternità, può sorgere automaticamente per effetto della legge svedese sulla base di presunzioni e come queste, in alcuni casi, possono essere superate.

## B. Genitorialità basata su una presunzione di legge (la presunzione di paternità)

Secondo la legge svedese, il coniuge di una persona che dà alla luce un bambino si presume essere l'altro genitore del bambino e viene inserito come tale nel database nazionale dei registri civili (il Registro della popolazione svedese). Ciò deriva dalle definizioni di “padre” di cui al FB 1:1 e di “genitore”

---

<sup>93</sup> Cfr. Prop. 2021/22:188 Regole di parità in materia di genitorialità in situazioni internazionali (*Jämlika regler om föräldraskap i internationella situationer*).

di cui al FB 1:9<sup>94</sup>. Le presunzioni funzionano quindi per le coppie di genitori di sesso diverso e per le coppie di donne dello stesso sesso che si sono sposate.

Entrambe le presunzioni si applicano anche se il figlio nasce dopo la morte del coniuge della madre, purché il figlio nasca entro un tempo tale dalla morte che il figlio avrebbe potuto essere concepito prima della morte<sup>95</sup>. Al contrario, se la coppia è divorziata alla data di nascita del bambino, le presunzioni non si applicano, anche se il bambino avrebbe potuto essere concepito durante il matrimonio<sup>96</sup>.

Entrambe le presunzioni possono essere superate in diversi modi che potrebbero essere presto riorganizzati per essere presentati più chiaramente nel Capitolo 1 del Codice dei genitori svedese.

### C. Superamento delle presunzioni attraverso azioni di cessazione o accertamento della filiazione

Anche uno dei tre modi sopra descritti per stabilire un secondo genitore legale secondo la legge svedese può essere annullato da un tribunale che emette una sentenza definitiva, sia in un'adozione sia in un altro dei vari tipi di azioni (come, per i casi di presunta paternità del marito della madre, le *azioni per l'accertamento della paternità* - che devono essere intentate dal bambino interessato<sup>97</sup> - o le *azioni per la contestazione/cancellazione dello status di genitore*<sup>98</sup> - intentate dal presunto genitore o dal bambino). Si tratta di azioni di paternità/parentela *positive e negative*: si aggiunge un padre legale desiderato e se ne toglie uno indesiderato. A volte questi obiettivi vengono raggiunti contemporaneamente, con la rimozione del presunto genitore e l'aggiunta del genitore da stabilire come genitore legale.

---

<sup>94</sup> Si noti anche che il FB 1:9 a, introdotto dal disegno di legge SFS 2021:783 (Norme più moderne per la conferma della filiazione, per le indagini sulla paternità e per ottenere una presunzione di filiazione neutrale dal punto di vista del genere), che prevede che la presunzione per il coniuge di sesso femminile non si applichi (il tribunale dichiarerà che la donna *non è il* secondo genitore) se *non sono state* seguite le norme sull'inseminazione o sulla fecondazione, o se la madre non si è sottoposta a un trattamento riproduttivo assistito, per cui il trattamento acconsentito non ha portato al figlio.

<sup>95</sup> Questa regola è esplicitamente indicata anche nei documenti FB 1:1 e FB 1:9, rispettivamente per i mariti e le mogli della madre. Tuttavia, questa regola non si applica se il coniuge superstita si è risposato prima della nascita del bambino.

<sup>96</sup> La regola è stata modificata negli anni '70 perché i legislatori ritenevano molto probabile che il marito non fosse il padre genetico di un bambino concepito e nato a così breve distanza di tempo dal divorzio. Prop. 1975/76:170. Nel 1968, i legislatori avevano eliminato dalla legge il divieto per le donne di risposarsi fino a nove mesi dopo il divorzio. Cfr. Prop. 1968:136.

<sup>97</sup> Regolamentato su FB 3:5-3:12.

<sup>98</sup> Vedi FB 3:1 per le azioni di rescissione da parte del presunto padre e 3:2 per le azioni di rescissione da parte del figlio.

Le regole legali per superare la presunzione di paternità FB 1:1 che entra in gioco dopo la nascita di un bambino svedese (e che porta all'assegnazione automatica di un secondo genitore, un padre, oltre alla madre naturale) prevedono la dimostrazione che il presunto padre probabilmente non è, con un sufficiente grado di certezza, "il padre [genetico]", nel qual caso un tribunale dovrà chiarire che non è il padre legale, ai sensi del FB 1:2 paragrafo 1. Esistono disposizioni parallele anche per i coniugi di una madre (presunti genitori ai sensi del fascicolo 1:9), come discusso più avanti.

Il Codice dei Genitori svedese (FB) 1:2 paragrafo 1 elenca vari *motivi per la cessazione* della paternità stabilita tramite presunzione, in particolare la paternità deve essere interrotta:

- 1) se viene accertato che la madre ha avuto rapporti sessuali con una persona diversa dal marito nel periodo in cui il bambino poteva nascere *ed è probabile*, tenendo conto di tutte le circostanze, che il bambino sia nato da tali rapporti;
- 2) se si può presumere "a causa dell'eredità del bambino o di qualche altra circostanza speciale" (oggi tramite test genetici) che il marito non sia il padre del bambino;
- 3) se il bambino è nato prima del matrimonio o mentre i coniugi vivevano separati e non è probabile che i coniugi abbiano avuto rapporti sessuali l'uno con l'altro nel periodo in cui il bambino potrebbe essere stato concepito; oppure
- 4) se il marito acconsente a un riconoscimento della paternità da parte di un'altra persona, acconsentito anche dalla madre per iscritto, allora sarà considerato legalmente stabilito che il marito non è il padre, ai sensi del FB 1:2 paragrafo 2<sup>99</sup>.

L'azione positiva per l'accertamento della paternità o della filiazione (e la contemporanea cessazione della presunta paternità del marito o del convivente) può essere promossa dal presunto padre o dal figlio (rappresentato, se minore di 15 anni o se non ritenuto sufficientemente maturo per agire personalmente, dal tutore economico del minore<sup>100</sup>). Il tutore finanziario del minore può essere una persona o una coppia di persone diverse dal tutore

---

<sup>99</sup> La cessazione della paternità legalmente presunta rispetto a quella consensuale secondo la legge svedese è discussa all'interno del SOU 2022:38 a 402-405 (concludendo che i motivi sono presentati in modo confuso nel FB e dovrebbero essere rivisti, anche se mantenuti nella sostanza, con l'importanza dei test genetici che oggi si riflette spostando la loro denominazione in alto nel testo di legge, ma anche mantenendo le regole tradizionali che riducono l'onere della prova in alcuni casi per consentire di continuare a prendere decisioni corrette in alcuni tipi di casi, come nel caso in cui si presume un padre perché una donna partorisce dopo aver vissuto in Svezia per molti anni, ma il marito legale non è mai emigrato in Svezia con lei.

<sup>100</sup> FB 3:4 per la cessazione della paternità presunta del marito della madre e FB 3:17 per la cessazione della "paternità secondo FB 1:9" della moglie della madre.



legale del minore in termini di custodia. Di solito, tuttavia, si tratta della stessa persona, ovvero il genitore che è già stato riconosciuto come genitore (la madre naturale).

Se il genitore che chiede la cessazione del rapporto parentale è il tutore economico del minore, un rappresentante per il minore sarà nominato dallo Stato, per evitare un conflitto di interessi; il minore di 15 anni e più ha probabilmente anche il diritto di intentare personalmente un'azione di cessazione, secondo l'opinione degli studiosi (in assenza di una chiara formulazione legislativa in tal senso)<sup>101</sup>.

Un'area di sviluppo della legge svedese sulla filiazione è la questione di quando, se mai, la presentazione di un'azione per rimuovere un padre legale che si presumeva essere il padre di un bambino debba essere prescritta. La legge attuale *non prevede alcun limite di tempo*, né per la presentazione di un'azione di interruzione della gravidanza da parte del bambino né per quella del padre legale, per cui la prova dell'esistenza di un "vero" padre genetico può portare all'interruzione dello stato civile di genitore legale e di figlio molti anni dopo la nascita del bambino, se mai l'uomo presenta la causa, anche se ne era a conoscenza fin dal momento della nascita del bambino<sup>102</sup>.

Gli esperti che hanno recentemente rivisto il Codice dei Genitori svedese hanno raccomandato ai legislatori di introdurre un limite di tempo di tre anni (per il padre e anche per la madre naturale a pieno titolo, ma non per il bambino), con casi consentiti più avanti nel tempo solo in alcune circostanze straordinarie<sup>103</sup>.

#### D. L'uso della prova del DNA e il suo valore probatorio

Oggi la base più comunemente utilizzata per il disconoscimento della presunta paternità (azioni di cessazione) è il test genetico, che può escludere con un grado di probabilità molto elevato la possibilità che un presunto padre sia il padre genetico di un bambino. Il test genetico soddisfa quindi il paragrafo 1(2) del FBI 1:2, in base al quale se il tribunale può constatare che "a causa dell'eredità del bambino o di altre circostanze particolari" il marito non è il padre del bambino, la presunzione di paternità è supe-

---

<sup>101</sup> FB 3:1-3:2 per la cessazione della paternità, 3:14-3:15 per la cessazione del "genitore secondo FB 1:9"; si veda anche A. SINGER (2022), cit. nota 8, 45-47. La suddivisione dell'autorità decisionale finanziaria da quella non finanziaria relativa alla cura del bambino è stata fatta storicamente e oggi di solito è detenuta dagli stessi due genitori tutori legali, ma ci sono situazioni in cui sono trattati separatamente, come in questo caso.

<sup>102</sup> A. SINGER (2022), cit. nota 8, 45-46 (che cita le critiche alla modifica legale del 1976 che ha eliminato il limite di tempo di tre anni per il padre legale per intentare tale azione; il bambino non è mai stato limitato nel tempo).

<sup>103</sup> SOU 2022:38, 33-36.

rata e il tribunale deve dichiarare che il presunto padre non è il padre<sup>104</sup>. In rari casi, quando un test non è in grado di determinare chi è il padre genetico o il padre da testare non è raggiungibile per il test, gli altri commi del FB 1:2 paragrafo 1 possono essere invocati per superare la presunzione di paternità<sup>105</sup>.

Nel caso di una donna che si presume essere l'altro genitore di un bambino, questi motivi non sarebbero utili, poiché non si tratta di un legame genetico, ma veramente del suo matrimonio con la madre naturale e del suo consenso alla procreazione medicalmente assistita che sono alla base della sua paternità legale. La sua paternità, presunta ai sensi del FB 1:9 paragrafo 1, può essere interrotta se non sono stati soddisfatti i requisiti di cui al FB 1:9 paragrafo 2 relativi a tale consenso, ossia se il bambino non è stato concepito seguendo le regole per la procreazione assistita nel sistema sanitario svedese o, in alternativa, in una clinica statale all'estero (che deve essere del tipo che consente al bambino di accedere alle informazioni sul donatore o sui donatori di gameti in futuro). Pertanto, una donazione informale di sperma ai due coniugi genitori intenzionali impedirebbe di presumere che la madre non naturale sia un genitore.

Secondo l'attuale legge svedese<sup>106</sup>, un tribunale può ordinare un test genetico per stabilire la paternità di un secondo genitore di un bambino solo se il bambino non è stato concepito con tecniche medicalmente assistite; non esiste una base legale per un test basato su una questione genetica rilevante, ma solo se il bambino è stato concepito attraverso un rapporto sessuale. Se la paternità/genitorialità del secondo genitore è stata stabilita tramite riconoscimento, devono essere emersi fatti nuovi che diano motivo di credere che la persona che ha partorito abbia avuto rapporti sessuali con qualcuno diverso dal genitore riconosciuto nel periodo in cui il bambino potrebbe essere stato concepito. Il gruppo di esperti che ha raccomandato le riforme ha raccomandato di modificare questa disposizione in modo da consentire che il test genetico venga ordinato o richiesto, nelle rare occasioni in cui non sia acconsentito, in ulteriori situazioni in cui si verificano nuove circostanze o in cui vi sia incertezza su chi sia il padre genetico di un bambino o su chi lo abbia partorito (una situazione in cui la ricerca di una relazione genetica rende la relazione biologica molto più probabile, secondo il gruppo di esperti)<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. SOU 2022:38 a 403.

<sup>105</sup> SOU 2022:38 a 404.

<sup>106</sup> Si veda la legge svedese sui test genetici forensi per la determinazione della paternità (Lag (1958:642) *om rättsgenetisk undersökning vid utredning av faderskap*) e le proposte sintetiche per migliorarla e le leggi correlate in SOU 2022:38 a 36-39.

<sup>107</sup> *Id.* a 39.

## E. Nessuna presunzione di filiazione per i figli nati da conviventi

Se un bambino in Svezia nasce mentre la persona che lo partorisce è un convivente (come definito nella legge svedese sulla convivenza § 1), il partner convivente è riconosciuto come genitore legale se successivamente *riconosce la paternità*, come descritto di seguito. I legislatori non hanno scelto la presunzione automatica di paternità per i conviventi, e quindi l'iscrizione nel registro della popolazione di tale paternità legale, senza l'approvazione da parte di ciascuno dei genitori conviventi o un'ordinanza del tribunale, nonostante la scelta diffusa in Svezia della forma familiare convivente non sposata, come precedentemente detto. Recentemente, tuttavia, i legislatori hanno semplificato l'accertamento della paternità per il genitore che non ha partorito ed è convivente ma non coniugato con la persona che ha partorito, rendendolo digitalmente semplice da fare durante le prime due settimane di vita del bambino, come descritto più avanti.

## IV. Genitorialità stabilita attraverso il consenso o l'intenzione

### A. La conferma della paternità è il metodo più comune per stabilirlo

Per circa il 55% dei bambini nati in Svezia nel 2020, la paternità è stata stabilita legalmente, non per presunzione dovuta allo stato civile della persona che ha partorito, ma attraverso un riconoscimento o una conferma di paternità (*faderskapsbekräftelse*), e a questa percentuale si possono aggiungere gli ulteriori riconoscimenti di “paternità per FB 1:9” per le donne conviventi della madre naturale<sup>108</sup>. Pertanto, la paternità stabilita attraverso il consenso all'assunzione della paternità è comune, laddove un tempo era molto meno comune, e la sua regolamentazione è quindi importante in quanto riguarda la vita della maggior parte delle famiglie che hanno figli in Svezia oggi.

I legislatori hanno recentemente semplificato l'accertamento della paternità per il genitore che non ha partorito e che è convivente ma non coniuge della persona che ha partorito, riducendo le barriere per molti nuovi genitori e diminuendo il carico di lavoro dei funzionari dei servizi sociali che altrimenti hanno il dovere di indagare attivamente e cercare di identificare e registrare il secondo genitore, come descritto di seguito. La legge è stata anche rivista da un gruppo di esperti incaricato di proporre modifiche legislative, che nel 2022 ha stabilito che la presunzione di paternità per un partner non sposato non è appropriata in questo momento, rispetto al riconoscimento digitale

<sup>108</sup> A. SINGER (2022), cit. nota 8, 48 (che cita MFoF, *Statistik om familjerätt*, 2020).

facile ma sicuro della paternità che richiede il consenso scritto sia della madre che del secondo genitore.

## B. Riconoscimento o conferma (anche detto “conferma”) della parentela

Quando non esiste una persona automaticamente presunta a cui assegnare la paternità legale accanto alla madre naturale a causa del matrimonio, la seconda paternità deve essere stabilita, di solito attraverso il riconoscimento formale da parte del partner della madre (più spesso un uomo che convive con lei) della sua effettiva paternità (genetica).

Tale riconoscimento deve essere, secondo FB 1:4, scritto e testimoniato da due persone. Deve essere approvato dall'autorità locale dei servizi sociali (*socialstyrelsen*) e anche dalla madre naturale (o dalla persona che ha partorito, che in rare occasioni è un uomo che ha cambiato sesso legale ma ha mantenuto la capacità biologica di generare figli, e quindi è il padre, o uno dei due padri).

In alcuni casi, un tutore legale appositamente nominato o un tutore legale temporaneamente nominato per il bambino approva il riconoscimento al posto del genitore naturale. I figli adulti approvano da soli il riconoscimento scritto e testimoniato di un'altra persona come loro genitore; il genitore naturale e i servizi sociali non hanno bisogno di approvare il riconoscimento<sup>109</sup>. In effetti, i servizi sociali hanno il dovere di indagare ai sensi dell'FB 2:1 quando un bambino residente in Svezia non ha un secondo genitore legale. Tuttavia, non hanno il dovere di indagare per trovare un secondo genitore per le persone di età superiore ai 18 anni o per i bambini con un secondo genitore legale già esistente (per presunzione o riconoscimento), anche se la formulazione legislativa attualmente non lo chiarisce<sup>110</sup>.

Dal 1 gennaio 2022 la conferma della paternità può essere effettuata digitalmente se fatta entro 14 giorni dalla nascita del bambino, secondo il FB 1:4 a, o di persona presso un ufficio dell'Autorità fiscale svedese, secondo il FB 1:4. La dichiarazione può essere presentata prima della nascita del bambino, ma non viene approvata se non dopo la nascita. Può essere presentata prima della nascita del bambino, ma non viene approvata dall'Agenzia se non dopo la nascita. La conferma digitale viene fornita utilizzando identità personali elettroniche certificate, solitamente installate sul telefono cellulare di ogni persona e utilizzate oggi in Svezia per molte interazioni con enti pubblici e

<sup>109</sup> FB 1:4 paragrafo 3.

<sup>110</sup> Confronta FB 2:9, SOU 2022:38 a 454-455 (che propone di chiarire la formulazione mediante una riforma legislativa del FB).

privati come agenzie governative, scuole e banche<sup>111</sup>. Gli ID digitali possono ora essere utilizzati dai nuovi genitori per autenticare le conferme di paternità del secondo genitore e della madre. Nulla di ciò che riguarda il rapporto di parentela influisce su questo processo, tuttavia gli autori delle proposte di riforma del SOU 2022:38 hanno raccomandato di modificare queste disposizioni in modo sostanziale.

Attualmente il sistema può essere utilizzato per confermare la paternità, la “filiazione ai sensi del Capitolo 1, Paragrafo 9 FB” e la “maternità ai sensi del Capitolo 1, Paragrafo 14 FB” (che regola il termine genitoriale da utilizzare per una donna che ha contribuito con gli spermatozoi al concepimento di un bambino; la donna dovrebbe aver cambiato il suo genere legalmente riconosciuto in femminile per essere regolata da questa disposizione)<sup>112</sup>. Gli autori delle proposte di riforma contenute nel SOU 2022:38 hanno raccomandato di cambiare queste disposizioni con altre che utilizzino un linguaggio neutro rispetto al genere.

### C. Adozione

L'adozione è un percorso di genitorialità secondo la legge svedese che non si basa su un rapporto genetico (genitore-figlio), bensì sul consenso ad assumere (nel caso di un'adozione non parentale) la paternità legale di un bambino disponibile per l'adozione o sul consenso a modificare un rapporto di fatto (nel caso di un'adozione stepparentale) in una paternità legale, seguito da una domanda di adozione allo Stato e da una conseguente valutazione di idoneità. Se concessa, l'adozione svedese comporta l'instaurazione di un rapporto familiare legale completo (forte) tra il genitore adottivo e il bambino adottato, che oggi è trattato dalla legge esattamente come il rapporto legale genitore-figlio è trattato per i figli biologici, anche ai fini, ad esempio, del diritto di successione<sup>113</sup>. Storicamente, la legge svedese sulle adozioni prevedeva una forma di adozione più debole, in cui venivano mantenuti alcuni legami legali con la famiglia precedente e l'eredità era negata ai bambini adottati, ma le regole

---

<sup>111</sup> BankID è il fornitore quasi universale del sistema di identificazione digitale utilizzato in Svezia.

<sup>112</sup> (förrordningen (2021:1046) om digital bekräftelse av föräldraskap)

<sup>113</sup> Si vedano FB 4:21 e SOU 2022:38, 251 (che riassumono la regolamentazione dell'adozione secondo la legge svedese, in svedese). FB 4:21 stabilisce che “Anyone who has been adopted must be considered the adoptive parent’s child and not the child of their former parents. If a spouse or cohabitant partner has adopted the child of the other spouse or cohabitant partner, the one who has been adopted shall, however, be considered the common child of the spouses or partners. Laws or other statutes that add legal meaning to the relationship between child and parent shall apply to the person who has been adopted and his or her adoptive parent”.

attuali sono in vigore dal 1970, quando tutte le adozioni “deboli” (stipulate prima del 1959) sono state convertite per legge in adozioni “forti”<sup>114</sup>.

Questa sezione riassume brevemente la regolamentazione dell’adozione secondo la legge attuale, quindi menziona le riforme che sono state ufficialmente raccomandate e che quindi potrebbero essere introdotte dal governo svedese ed entrare in vigore a breve.

Le regole di base relative all’adozione sono delineate nel capitolo 4 del Codice dei genitori svedese (FB). L’adozione può riguardare sia bambini che adulti. Con l’adozione, il bambino adottato è considerato legalmente figlio del genitore adottivo e non dei suoi genitori biologici. Tuttavia, se qualcuno ha adottato il figlio del coniuge o del partner convivente (tramite la “stepchild adoption” disciplinata dal FB 4:21-4:22), il bambino adottato è considerato figlio comune della coppia, il che significa che il genitore legale originario (spesso anche genitore biologico) mantiene la paternità legale insieme al genitore adottivo.

Le decisioni in materia di adozione sono prese dai tribunali svedesi. L’interesse superiore del bambino, e non quello di altre parti, deve avere il massimo peso in tutte le questioni relative all’adozione di un bambino<sup>115</sup>.

Ai sensi del FB 4:2, un bambino può essere adottato se, considerando tutte le circostanze del singolo caso, l’adozione è ritenuta “idonea” (*lämplig*). In questa valutazione, il “bisogno di adozione” del bambino e l’“idoneità all’adozione” del richiedente sono particolarmente importanti per la valutazione del tribunale. La valutazione dell’idoneità deve considerare tutte le circostanze pertinenti. Lo scopo dell’adozione è creare o consolidare un rapporto personale tra il richiedente e la persona da adottare che sia sostanzialmente equivalente a quello tra genitori e figli. Sebbene l’interesse superiore del bambino (ai sensi dell’articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo) debba essere preso in considerazione come “considerazione primaria”, si devono prendere in considerazione anche gli interessi di altre persone, ad esempio gli interessi dei genitori attuali e dei genitori adottivi previsti<sup>116</sup>. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha confermato che, per non violare i diritti dell’individuo ai sensi dell’articolo 8 della CEDU, gli interessi del bambino e del genitore devono essere presi in considerazione nella valutazione dell’opportunità di un’adozione<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Si veda ad esempio A. SINGER (2022), cit. n. 8, 75.

<sup>115</sup> FB 4:1

<sup>116</sup> Questo era l’intento dei legislatori, secondo i relativi lavori preparatori legislativi. Cfr. Prop. 2017/18:121, pagg. 39 s. e 141 s.).

<sup>117</sup> Si vedano, ad esempio, le decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Söderbäck contro Svezia (sentenza del 28 ottobre 1998 nel caso n. 113/1997/897/1109) e nel caso AK e L contro Croazia (sentenza dell’8 gennaio 2013 nel caso n. 37956/11).

La Corte Suprema svedese ha recentemente applicato la legge svedese sulle adozioni ai fatti di due casi, annunciati dalla Corte lo stesso giorno, che illustrano come debba essere applicata la valutazione di idoneità dell'adozione. Nella sentenza congiunta NJA 2020 s. 980 (a cui la Corte ha dato il nome informale di "stepchild adoption I e II"), è stata consentita l'adozione di un patrigno contro l'obiezione del padre biologico. Nell'altra, l'adozione è stata negata. La relazione con un genitore che non ha la custodia del bambino è stata importante anche nei casi NJA 1977 s. 206, NJA 1987 s. 116 e NJA 1987 s. 628. Nella valutazione è stato posto l'accento sul valore del contatto con il genitore per il bambino. Per quanto riguarda i rapporti giuridici zoppi che possono derivare dall'adozione, si vedano i casi NJA 1985 s. 651 e NJA 1991 s. 21 e anche la decisione della Corte d'Appello RH 1989:86, a cui si fa riferimento.

Ai sensi del FB 4:4, un adulto può essere adottato secondo la legge svedese se esiste una ragione speciale, basata sul rapporto personale tra il richiedente e la persona che desidera adottare, e se l'adozione è altrimenti ritenuta appropriata. La valutazione deve considerare in particolare se il richiedente ha cresciuto la persona che desidera adottare o se l'adozione mira a confermare un rapporto simile a quello tra genitore e figlio (adulto).

I diritti dei bambini alla partecipazione e all'informazione sono tutelati dalla normativa sull'adozione in Svezia. Il bambino potenzialmente adottabile deve essere informato e deve avere la possibilità di esprimere le proprie opinioni sulle questioni relative all'adozione. Le opinioni del bambino devono essere prese in considerazione e devono avere la giusta importanza in relazione alla sua età e alla sua maturità<sup>118</sup>. Se la persona potenzialmente adottabile ha 12 anni o più, è necessario il suo consenso all'adozione, come regola generale<sup>119</sup>.

Inoltre, come regola generale, un bambino non può essere adottato senza il consenso di qualsiasi genitore che abbia la custodia legale (ovvero l'affidamento legale, altrimenti noto come responsabilità decisionale dei genitori nei confronti del bambino). Il consenso del genitore che ha dato alla luce il bambino può essere dato solo dopo che si è "sufficientemente ripreso dal parto",<sup>120</sup> che impedisce ai contratti di maternità surrogata o di adozione di essere vincolanti nei confronti della persona che porta in grembo il bambino se, dopo la nascita, non desidera rinunciare allo status di genitore in modo che un'altra persona possa adottare il bambino.

La legge svedese non prevede alcun requisito per il bambino adottato, se non, come già detto, il diritto di essere informato, di esprimere pareri, di far sì che tali pareri influenzino la decisione in misura adeguata e (se ha 12 anni

---

<sup>118</sup> FB 4:3.

<sup>119</sup> FB 4:7.

<sup>120</sup> FB 4:9.

o più) di dare il proprio consenso alla richiesta di adozione. Un bambino adottato spesso vive già con il genitore o i genitori adottivi, se questi sono stati genitori adottivi o genitori adottivi prima di diventare, attraverso l'adozione, genitori legali.

## 1. Gli effetti dell'adozione

Il bambino adottato acquisisce il pieno status giuridico di figlio dei genitori adottivi e “deve” ricevere un nuovo nome di famiglia, anche se il tribunale può concedere un'eccezione a questa regola affinché il bambino mantenga il suo nome di nascita.

Per quanto riguarda l'ex genitore o gli ex genitori legali del bambino, di solito uno o due genitori naturali (genetici), non permane alcun effetto derivante dall'ex stato civile di genitore-figlio, compresi, ad esempio, i diritti di eredità da parte di ex nonni, fratelli o altri parenti.

Al contrario, la stretta relazione genetica *de facto* esiste ancora, completamente separata dalla questione della paternità legale e della responsabilità genitoriale. Gli impedimenti al matrimonio previsti dal Codice matrimoniale svedese si applicano sia prima dell'adozione, precludendo qualsiasi matrimonio tra genitore genetico e figlio, sia dopo l'adozione, precludendo anche il matrimonio tra genitore adottivo e figlio<sup>121</sup>.

## 2. Il diritto degli adottati a conoscere le proprie origini

Le persone adottate in Svezia, come i bambini nati da procreazione assistita, hanno il diritto esplicito, secondo la legge nazionale, di conoscere le proprie origini. Un'adozione viene registrata nel Registro della popolazione svedese, che l'Autorità fiscale svedese ha il compito di mantenere riservato<sup>122</sup>, ma il diritto di una persona adottata di conoscere l'adozione è tutelato in quanto le è consentito l'accesso alle informazioni quando l'Autorità fiscale svedese ritiene che sia sufficientemente matura per riceverle; attualmente le linee guida amministrative prevedono che “normalmente un bambino di 10 anni non è sufficientemente maturo per questo, mentre un diciassettenne può gestire la ricezione di informazioni così delicate”<sup>123</sup>. Le basi di queste conclusioni non sono chiare.

<sup>121</sup> La sezione 3 del Codice del matrimonio (*ÄktB*) proibisce il matrimonio tra fratelli e sorelle interi (che condividono due genitori) e tra discendenti e ascendenti diretti (il che significa che un nonno o un genitore non può sposare un nipote o un figlio). Le relazioni adottive sono trattate come relazioni genetiche.

<sup>122</sup> Si veda la legge svedese sull'accesso pubblico alle informazioni e sulla segretezza 22:1 (*Offentlighets- och sekretesslag* [2009:400]).

<sup>123</sup> Autorità fiscale svedese, Registrazione della popolazione e obblighi correlati, <<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.14/329108.html#h-Rattsfall-uppgift-om->



### 3. Prerequisiti

Per adottare, un potenziale genitore adottivo deve avere almeno 18 anni (FB 4:5). Sebbene il Codice dei Genitori non preveda un limite massimo di età, esistono norme che possono limitare i potenziali adottanti se non hanno meno di 42 anni. L'adozione di fratelli di età inferiore di soli 9-12 anni rispetto al fratello adottante è stata consentita in alcune decisioni e l'adozione di adulti in alcune circostanze è consentita (FB 4:4), quest'ultima solo per confermare una relazione stretta esistente e solo se l'adozione è anche altrimenti appropriata. Una persona convivente o sposata può generalmente adottare solo insieme al proprio partner, mentre una persona single può adottare da sola (FB 4:6).

Sono state raccomandate riforme alla legge attuale che consentirebbero ad alcuni partner di adottare senza il loro partner e agli ex partner di condividere la filiazione adottiva, in modo che, ad esempio, un ex genitore possa adottare il figlio legale del suo ex partner e diventare uno dei due genitori legali del bambino, o un ex genitore affidatario possa adottare il bambino cresciuto nella sua casa senza che anche il suo attuale partner diventi un genitore legale del bambino affidato. Questi cambiamenti non sono ancora stati promulgati<sup>124</sup>.

### 4. Necessità del consenso

Se sposati, in unione registrata o conviventi, entrambi i partner devono adottare insieme o uno dei due deve adottare il figlio dell'altro, come nel caso di un'adozione stepparentale. In altre parole, una persona con un partner non consenziente non può diventare genitore (e quindi tutore) attraverso l'adozione. Le uniche eccezioni alla regola del consenso del partner riguardano le situazioni in cui non si conosce il luogo in cui si trova l'altro partner o in cui il partner è impossibilitato ad adottare "a causa di una malattia mentale o di una situazione simile" (FB 4:6).

Una persona non sposata o convivente può adottare da sola e l'adozione da parte di persone dello stesso sesso è consentita, anche se la disponibilità di bambini da adozione internazionale è più limitata alle coppie e alle persone dello stesso sesso.

Il consenso del bambino all'adozione è necessario se il bambino ha 12 anni o più, ma la determinazione dell'interesse superiore del bambino è sempre al centro dell'attenzione come standard per giudicare l'adeguatezza di tutte le adozioni (di minori).

---

bord-och-adoption> (visitato il 2023-10-25).

<sup>124</sup> Cfr. SOU 2022:38 a 40-43.

## D. Procreazione medicalmente assistita

La genitorialità legale in Svezia è disponibile per i genitori che hanno utilizzato alcune tecnologie riproduttive medicalmente assistite, regolamentate dalla legge, per concepire un bambino. Le principali tecniche o tecnologie riproduttive medicalmente assistite finora regolamentate dalla legge svedese includono l'inseminazione in clinica (consentita dal 1985 per le coppie di sesso diverso, dal 2005 per le coppie lesbiche e dal 1° aprile 2016 per le donne single),<sup>125</sup> la fecondazione in vitro (*assisterad befruktning*), altrimenti nota come FIV, consentita dal 1988 con i gameti della coppia e dal 2003 con uno o l'altro gamete donato) e la donazione di ovuli (consentita dal 2003)<sup>126</sup>. Solo dal 1° gennaio 2019 è disponibile la FIVET con doppia donazione di gameti (non è più necessario che almeno uno dei due genitori abbia un legame genetico con il bambino, dopo la riforma della legge svedese sull'integrità genetica)<sup>127</sup>. Contemporaneamente, in Svezia è diventata possibile la donazione di ovuli fecondati o embrioni, come discusso in una sezione separata di questo capitolo, IV.D.6.

Il riconoscimento come madre, padre o (secondo genitore di sesso femminile) si basa, in questi casi, sulle norme principali contenute nel Codice dei Genitori (FB),<sup>128</sup> nella misura in cui si applicano, oppure, per qualsiasi genitore previsto che non abbia diritto al riconoscimento in base alle norme principali, sulle disposizioni di legge specifiche per la riproduzione assistita. Una persona che dà alla luce un bambino sarà comunque considerata automaticamente la madre legale del bambino, ad esempio, anche se per il suo concepimento è stato utilizzato un ovulo donato<sup>129</sup>. Nello specifico, un geni-

<sup>125</sup> Singer (2022), nota 8, 56 (che cita i lavori preparatori di ogni riforma legale).

<sup>126</sup> *Id.*

<sup>127</sup> Successivamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che gli articoli 8 e 14 della CEDU possono essere violati quando uno Stato parte limita l'accesso a questo mezzo con cui due persone affette da problemi di infertilità medica possono potenzialmente mettere al mondo un figlio. Si veda il capitolo sulle norme italiane sulla genitorialità sociale in questo libro.

<sup>128</sup> Per la maternità, questa è una regola legale non scritta in Svezia, come in molte giurisdizioni europee.

<sup>129</sup> FB 1:7 lo chiarisce; si veda anche A. SINGER (2022), cit. nota 8, 38. Le azioni volte a porre fine a un rapporto madre-figlio (in Svezia) già giuridicamente stabilito, così come le azioni volte a stabilire la maternità legale nei casi in cui non sia stata ancora stabilita o vi sia incertezza sul fatto che la madre legale abbia effettivamente partorito il bambino, sono possibili secondo la legge svedese, a condizione che l'incertezza sia negativa per il "bambino", sia esso minorenni o adulto. Si tratta di un test generale per stabilire se l'esistenza di un determinato rapporto giuridico sia giustiziabile, ai sensi del Codice svedese di procedura civile e penale (RB) 13:2. Nei casi di maternità, si presume che tale incertezza sia negativa per il bambino e quindi gli viene attribuita una causa (diritto di intentare una causa). *Id.* 38-40. Come sottolinea Singer, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che interpreta la Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'articolo 8 (relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare) può precludere in ogni caso la legge nazionale sve-

tore che non partorisce il bambino e non è nemmeno il padre genetico o sposato con il genitore che partorisce dovrà beneficiare di una di queste disposizioni per assicurarsi la filiazione legale rispetto al bambino. Sono necessari il consenso dell'aspirante genitore (intenzionale) al concepimento di un bambino utilizzando la tecnologia regolamentata e il rispetto di alcuni requisiti obbligatori a tutela dei diritti di tutte le parti interessate, compreso il bambino che nascerà.

## 1. Percorsi di genitorialità per il partner dopo le tecniche di procreazione medicalmente assistita

Le *presunzioni* di paternità sopra descritte, i *riconoscimenti* o le *ammissioni* di paternità o l'azione automatica della sezione del Codice dei Genitori svedese specifica per la procreazione medicalmente assistita (sulla base di un valido consenso) portano a stabilire la paternità per il genitore che non partorisce. In caso contrario, si può ricorrere a un percorso *giudiziario* imposto dall'esterno per stabilire un secondo genitore. Queste alternative sono regolamentate dai DF da 1:1 a 1:5 e possono tutte essere utilizzate per garantire la paternità (genitorialità legale) dell'altro genitore (di solito il padre) che ha acconsentito al trattamento riproduttivo, ai sensi del DF 1:8 sulle norme per l'accertamento della paternità sulla base del consenso alla procreazione assistita. Tuttavia, ci sono alcune limitazioni.

Se per il trattamento sono stati utilizzati spermatozoi di un altro uomo, la presunzione di paternità/genitorialità del coniuge vale solo se il trattamento è stato effettuato in conformità con la legge svedese (nell'ambito dell'assistenza sanitaria svedese) o presso una "clinica straniera autorizzata" e il bambino ha diritto a informazioni sul donatore di sperma<sup>130</sup>.

---

dese, nella misura in cui tale legge nazionale potrebbe essere ritenuta in grado di negare a una persona la legittimazione a stabilire o a porre fine alla filiazione legale in conformità alla filiazione genetica. Tuttavia, secondo la stessa giurisprudenza, deve essere considerato anche l'interesse del bambino a mantenere un posto esistente come membro di una famiglia, come dimostrano i casi in cui si è ritenuto che gli Stati contraenti non violino l'articolo 8 quando negano la conferma dei padri genetici come padri legali in determinate circostanze, in particolare quando tale conferma porrebbe fine alla filiazione di un padre legale precedentemente stabilito (anche se non genetico) nei confronti del bambino. Una prospettiva storico-giuridica sui ruoli dei padri e delle madri nella società e nel diritto di famiglia rimane utile in questo caso, per comprendere (anche se non necessariamente per giustificare) alcune delle differenze nel trattamento giuridico dei padri rispetto alle madri.

<sup>130</sup> Il FB 1:8 paragrafo 2 prevede questa eccezione alla presunzione. (Si veda anche il paragrafo 2, punto 1, del FB 1:3, relativo ai casi in cui non si deve procedere all'accertamento della paternità e che include in questa categoria i casi di donazione di sperma utilizzata legalmente). Il FB 1:8 comma 2 è stato introdotto da Lag (2018:1279) dopo il lavoro preparatorio Prop 2017/18:155, Regole più moderne sulla fecondazione assistita e la genitorialità (*Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap*). Questa proposta ha portato nel 2018 alla nuova legge, entrata in vigore il 1° gennaio 2019. La nuova legge ha inoltre eliminato il requisito che almeno un genitore abbia

## 2. Consenso insufficiente, ritirato, non valido e interruzione della paternità dopo la procreazione medicalmente assistita

La mancanza di un consenso valido può essere un ostacolo all'uso di una presunzione o del consenso stesso per stabilire la genitorialità legale (o un argomento per un partner che cerca di evitare la genitorialità legale, a seconda del punto di vista). La mancanza di un consenso valido alle procedure di procreazione medicalmente assistita porta, secondo la legge svedese, il coniuge di una donna che partorisce ad avere il diritto di porre fine alla genitorialità automatica. In particolare, in teoria anche una persona sposata con la madre *che abbia contribuito con cellule spermatiche al concepimento* tramite riproduzione assistita (inseminazione) del figlio neonato della moglie può essere considerato un donatore di sperma, come specificato dall'FB 1.1(c):11(c) - questa nuova sezione della legge che riguarda solo i casi in cui l'uno o l'altro o entrambi i membri di una coppia hanno cambiato sesso legale - che la presunta paternità legale di un coniuge *può essere interrotta se manca un consenso valido all'inseminazione, anche se le cellule spermatiche del coniuge stesso sono state utilizzate nella procedura di inseminazione per concepire il bambino*. Ciò significa che un padre genetico e coniuge della persona che partorisce ha il diritto di evitare la paternità se non vengono rispettate le norme sul consenso, un risultato forse sorprendente ma che si applica anche ai presunti padri-mariti in tutti gli altri casi, secondo i lavori preparatori alle norme di legge (nonostante il linguaggio di legge sia meno chiaro in questi casi e necessiti di una revisione)<sup>131</sup>. Ciò sembra suggerire che il legislatore

---

un legame genetico con il figlio che ne deriva, ha permesso a cliniche diverse dagli ospedali universitari svedesi di fornire servizi di fecondazione in vitro e ha reso più facile stabilire la paternità per il genitore che non ha partorito, anche se è stata utilizzata una clinica estera per i servizi di riproduzione assistita, a condizione che la clinica utilizzata sia una clinica autorizzata (con licenza statale) e che le informazioni sul donatore siano garantite per essere disponibili in futuro per qualsiasi bambino nato. Un'ulteriore modifica legale apportata dalla stessa legge del 2018 è stata quella di stabilire cambiamenti terminologici per cui un uomo trans (W-t-M) che partorisce in Svezia sarà considerato il "padre" legale di un bambino e una donna trans (M-t-W) che contribuisce con lo sperma al concepimento di un bambino sarà considerata la "madre" legale del bambino. Soprattutto l'introduzione nella legge di questi termini confusi di genitorialità di genere è stata criticata dai revisori della proposta del 2017, che in molti casi hanno raccomandato invece che la Svezia introduca termini di genitorialità di genere neutro; Prop. 2017/18:155 a 55-56. Le modifiche appena descritte sono state comunque adottate, per ridurre la confusione tra gli operatori statali che registrano i genitori e per cercare di evitare di violare i diritti alla privacy delle persone trans. *Id.* a 56-58.

<sup>131</sup> SOU 2022: 38 a 383-385 (citando la prop. 1984/85:2 s. 19-21 e la prop. 1987/88:160 a 20-21)). La stessa logica, secondo recenti studiosi, probabilmente in base alla legge attuale si applica a un padre genetico convivente della madre (oltre che a un coniuge), permettendogli di evitare la paternità legale del suo figlio genetico proprio come un altro donatore di sperma il cui sperma è stato utilizzato senza il suo consenso. SOU 2022:38, 394 nota 18 e 395 (che prende posizione contro questo risultato, sottolineando quanto sia difficile nella pratica affermare di non aver acconsentito per un uomo in relazione coniugale o convivente con la madre il cui sperma ha di fatto porta-

abbia dato priorità ai diritti del secondo genitore all'autodeterminazione in materia di riproduzione rispetto a una determinazione che includa la ponderazione dell'interesse superiore del bambino, un risultato che il gruppo di esperti del 2022 ha messo in discussione.

### 3. Requisiti oggettivi e soggettivi per ricevere servizi di procreazione medicalmente assistita: Contea di Stoccolma

La procreazione medicalmente assistita è oggi consentita in modo relativamente ampio all'interno del sistema sanitario svedese. Dal 1 aprile 2016 in Svezia, non solo le coppie di genitori intenzionali, ma anche le donne single (e altre persone con capacità riproduttiva femminile) possono accedere ai servizi di procreazione assistita, in particolare all'inseminazione o alla fecondazione e all'impianto di ovuli, come individui, per concepire e quindi diventare genitori, come introdotto sopra.

Tuttavia, non tutte le persone con capacità riproduttiva femminile possono accedere a questi servizi, il che potrebbe essere visto come una discriminazione nei confronti dei potenziali genitori sociali (e dei loro potenziali figli non ancora nati) per diversi motivi. Le autorità regionali responsabili dell'erogazione dell'assistenza sanitaria svedese possono stabilire, e lo fanno, regole che richiedono, ad esempio, che la persona che cerca una gravidanza abbia un'età compresa tra i 25 e i 40 anni al momento dei trattamenti riproduttivi assistiti. Anche i tentativi di gravidanza non sono illimitati, ma spesso sono limitati a tre tentativi.

Ci sono altri requisiti che potrebbero sembrare onerosi a un osservatore esterno. Secondo le regole della Regione di Stoccolma, ad esempio, il genitore intenzionato a rimanere incinta deve avere un indice di massa corporea superiore a 18 e inferiore a 35, e sia lei che l'eventuale partner devono avere più di 25 anni, oltre ad altre restrizioni, tra cui le seguenti<sup>132</sup>:

“Requisiti di base per la riproduzione assistita finanziata con fondi pubblici:  
Nessun figlio comune (vale sia per i figli biologici che per quelli adottati).

---

to alla nascita, anche se afferma di aver ritirato il consenso o di essere stato ingannato per acconsentire, e sottolineando anche che un padre genetico il cui sperma ha portato a un bambino dopo un rapporto sessuale può avere obiezioni simili, ma non ha alcun modo legale per evitare la paternità legale). Confronta NJA 2015 s 675 (sul consenso all'impianto di un embrione quando in realtà ne sono stati impiantati due e sono nati due bambini).

<sup>132</sup> Istituto Karolinska, Regole e requisiti di base - Riproduzione assistita (FIV/ICSI) (avvisi sulle regole per i fornitori di cure di medicina riproduttiva svedesi), <https://www.karolinska.se/for-vardgivare/tema-kvinnohalsa/gynekologi-och-reproduktionsmedicin/reproduktionsmedicin/regler-och-grundkrav---ivf1/#:-:text=Gestione%20f%C3%A5r%20inte%20ges%20om,sk%C3%A5r> (visitato il 2024-02-10).

Relazione stabile, almeno da due anni al momento dell'invio (ad eccezione delle donne single).

Convivente e registrato nella contea di Stoccolma.

Almeno un anno di assenza involontaria di figli, a meno che non vi sia un fattore noto in precedenza (danno alle tube di Falloppio, mancanza di sperma, ecc.).

Nessuno della coppia può essere sterilizzato.

I genitori/le donne sole devono prendersi cura del bambino per tutto il periodo della sua crescita.

L'indagine sulla mancanza di figli non deve aver dimostrato l'esistenza di controindicazioni psicologiche e/o sociali alla genitorialità.

Il trattamento non può essere somministrato se comporta rischi significativi per la salute della donna durante il trattamento, la gravidanza o il parto, o un pericolo per la salute del nascituro.

L'età della donna deve essere inferiore a 40 anni a ogni trattamento, e ciò vale anche per il secondo e il terzo trattamento. Per seduta di trattamento si intende l'inizio della terapia farmacologica. Questo vale per tutti i tipi di trattamento (compresa la donazione di sperma e di ovuli).

L'età del partner deve essere inferiore a 56 anni.

Gli embrioni congelati devono essere utilizzati prima di iniziare un nuovo trattamento a fresco.

Gli embrioni congelati possono essere utilizzati fino alla data di scadenza del periodo di congelamento.

Per donna single si intende una donna che non è sposata, non ha un partner registrato e non convive (SOSFS 2009:32). La definizione si applica anche alle donne-maschio, KtM, che mantengono la loro capacità riproduttiva.

Il trattamento dei fratelli e delle sorelle viene fornito nei limiti delle risorse disponibili. A partire da febbraio 2009, la coppia stessa deve coprire il costo del trattamento dei fratelli. Se avete embrioni congelati da trattamenti precedenti, questi possono essere restituiti solo a fronte di un autofinanziamento. Questo vale indipendentemente dalla data di congelamento degli embrioni”.

La donazione mitocondriale (che richiede l'uso di mitocondri donati o di organelli che forniscono energia al di fuori del nucleo di una cellula uovo umana di una terza persona per sostituire i mitocondri difettosi di una madre designata) non sembra essere attualmente consentita in Svezia a causa dei rischi che la procedura comporta. Neanche il diritto di famiglia attuale prevede il riconoscimento del donatore di mitocondri, con una parentela limitata a due genitori legali, anche se questo tipo di donazione diventasse disponibile, probabilmente porterebbe a delle annotazioni nello speciale sistema di registrazione sviluppato per consentire ai bambini nati grazie alle cellule donate di ottenere in futuro informazioni sulle loro origini genetiche, come illustrato nella sezione seguente.

#### 4. Il diritto dei bambini nati dopo la procreazione assistita di conoscere le proprie origini

Non esiste alcuna possibilità di anonimato per i donatori di cellule riproduttive utilizzate nell'ambito dell'assistenza sanitaria svedese. Coloro che sono stati concepiti tramite fecondazione assistita con cellule riproduttive donate nell'ambito dell'assistenza sanitaria svedese, quando hanno “raggiunto una maturità sufficiente”, hanno il diritto di accedere alle informazioni sui donatori (in quanto i donatori rimangono i genitori genetici del bambino). Le identità dei donatori sono registrate in una speciale cartella clinica conservata in ospedale, come previsto dalla Legge sull'integrità genetica<sup>133</sup>.

La legge svedese prevede che i bambini (sufficientemente maturi) nati dopo servizi di riproduzione assistita abbiano la possibilità di richiedere che le informazioni su di loro siano registrate nelle cartelle cliniche speciali del donatore o dei donatori, il che consente loro di accedere alle informazioni registrate nelle cartelle cliniche dei donatori relative ad altri individui che sono stati concepiti con cellule riproduttive dello stesso donatore o degli stessi donatori, in altre parole i fratellastri o i fratelli pieni del bambino che richiede queste informazioni.

Se una persona in Svezia ha motivo di credere di essere stata concepita tramite fecondazione assistita con una o due cellule riproduttive donate, può contattare l'ufficio locale dei servizi sociali. I servizi sociali sono quindi obbligati per legge ad assistere la persona nel reperire qualsiasi informazione registrata in una speciale cartella clinica<sup>134</sup>.

Secondo il Codice dei Genitori, i bambini hanno anche il diritto di essere informati dai loro genitori che sono stati concepiti attraverso la fecondazione assistita con una o due cellule riproduttive donate<sup>135</sup>. Più specificamente, a questo diritto è associato l'obbligo per il genitore o i genitori del bambino di fornire informazioni al bambino: “Non appena è opportuno, i genitori devono informare il bambino che è stato concepito attraverso la fecondazione assistita con cellule riproduttive donate”<sup>136</sup>. Quest'obbligo sembrerebbe valere indipendentemente dal fatto che la fecondazione assistita sia stata eseguita nell'ambito dell'assistenza sanitaria svedese, secondo il linguaggio non qualificato del FB 1:15, e quindi indipendentemente dal fatto che il bambino possa trovare informazioni nelle speciali cartelle cliniche conservate in Svezia a questo scopo.

<sup>133</sup> Legge sull'integrità genetica [2006:351] capitoli 6:5 e 7:7.

<sup>134</sup> Vedi Legge sull'integrità genetica [2006:351] capitoli 6:5-5 b e 7:7-7 b.

<sup>135</sup> FB 1:15 frase 1.

<sup>136</sup> FB 1:15 frase 2.

In pratica, tuttavia, non esiste un meccanismo di applicazione che responsabilizzi i genitori a compiere il loro dovere di informare un bambino nato con gameti di donatori, ed è stato riferito che, ad esempio, i genitori legali di sesso opposto sono privilegiati da questa situazione, in quanto i figli di genitori dello stesso sesso affronteranno più ovviamente e in età più precoce la questione delle origini genetiche del bambino.<sup>137</sup> Dal punto di vista del bambino, il diritto di sapere è meglio tutelato quando è evidente che i genitori legali non avrebbero potuto concepire un bambino geneticamente imparentato con entrambi, o probabilmente non avrebbero potuto concepire questo particolare bambino.

## 5. Sulla donazione di embrioni in Svezia

La Svezia consente trattamenti di FIVET con gameti propri del paziente, gameti donati o embrioni donati. La donazione di embrioni è legalmente consentita in Svezia dal 1 gennaio 2019,<sup>138</sup> e le relative norme amministrative riviste sono in vigore dal 15 febbraio 2022<sup>139</sup>. In base alle norme vigenti, le donne single o le coppie possono iniziare un eventuale processo di donazione avvisando tempestivamente il proprio assistente FIV, in modo da soddisfare i requisiti per i test sulle cellule sessuali donate; tuttavia, la decisione di donare e la valutazione dell' idoneità dei donatori, richiesta dalla legge, non vengono completate fino a quando i potenziali donatori non sono diventati genitori<sup>140</sup>. Prima della donazione di embrioni è necessario il consenso scritto della paziente FIV trattata con successo e del suo partner, se applicabile, e i donatori hanno il diritto di revocare il loro consenso fino al trasferimento dell'embrione.

---

<sup>137</sup> Questo può essere visto come uno svantaggio o un vantaggio, secondo i commenti dei gruppi di interesse prima della finalizzazione degli ultimi regolamenti del Consiglio svedese per la salute e il benessere in questo settore.

<sup>138</sup> La legge sull'integrità genetica (Lag (2006:351) om genetisk integritet) è stata modificata, con effetto da quella data, per consentire la "doppia donazione" nei servizi di riproduzione assistita svedesi. Si veda anche la legge svedese (2008:286) sugli standard di qualità e sicurezza nella manipolazione di tessuti e cellule umane e i regolamenti dell'Ente nazionale per la salute e il benessere (SOSFS 2009:30) sulla donazione e l'approvvigionamento di tessuti umani. Il National Board ha modificato questi due gruppi di regolamenti amministrativi in risposta alle modifiche della legge sull'integrità genetica.

<sup>139</sup> L'Ente nazionale per la salute e il benessere (*Socialstyrelsen*), Rapporto di orientamento nazionale "Fecondazione assistita con donazione di embrioni e doppia donazione" (Nationellt kunskapsstöd "Assisterad befruktning med embryodonation och dubbeldonation") (pubblicato il 2020-03-12; ultimo aggiornamento 2022-02-15) <https://www.socialstyrelsen.se/kunskapsstod-och-regler/omraden/organ-och-vavnadsdonation/assisterad-befruktning-med-embryodonation-och-dubbeldonation/> accessed 2023-05.10.

<sup>140</sup> *Id.*



Una donna di una coppia omosessuale può donare un ovulo o un ovulo fecondato (o un embrione) al proprio partner, se l'assistente medico e il medico curante ritengono che la donazione sia giustificata dopo lo stesso tipo di valutazione individualizzata richiesta per le altre donazioni. Le donatrici vengono valutate con esami del sangue, colloqui e questionari sulla loro salute.

I decisori che effettuano le valutazioni dei potenziali donatori devono ora avere competenze in scienze comportamentali, in base alle modifiche apportate ai regolamenti dell'agenzia in questo settore, entrate in vigore il 15 febbraio 2022. Contemporaneamente sono state implementate regole più chiare sui controlli di identità e sulle dichiarazioni di salute per le coppie trattate con gameti propri e per le donne single che ricevono gameti donati.

La legge ora chiarisce che gli ovuli fecondati possono essere utilizzati anche dopo la morte del donatore e che il numero di famiglie a cui un donatore di gameti può donare è limitato a un massimo di sei famiglie in Svezia, il che significa che una persona di questo tipo potrebbe essere il genitore genetico di più di sei figli risultanti (poiché è consentito a ciascuna famiglia utilizzare nuovamente i gameti del donatore in modo che altri fratelli condividano lo stesso genitore donatore).

Una coppia o una singola donna può donare ovuli fecondati a un'altra famiglia oltre alla propria; i donatori in questo caso di "doppia donazione" (entrambi i gameti donati e dagli stessi genitori genetici) possono donare a un massimo di una famiglia. Ci sono diverse considerazioni etiche su cui i donatori di embrioni devono riflettere, regolatori ragionati in quanto queste regole sono state sviluppate<sup>141</sup>. I donatori devono essere genitori di almeno un bambino prima di prendere in considerazione la donazione di embrioni, in modo da avere il tempo di riflettere sulla loro decisione e sulle sue potenziali conseguenze per la propria famiglia e per un'altra. I bambini nati attraverso la donazione di embrioni in Svezia hanno il diritto di accedere alle informazioni sulle loro origini genetiche man mano che maturano, come descritto in precedenza per tutti i bambini nati dopo la riproduzione assistita o adottati e come ulteriormente dettagliato di seguito. I genitori sono obbligati a rivelare queste informazioni, secondo il Codice dei genitori svedese (FB), come discusso in precedenza, e i servizi sociali sono obbligati ad aiutare chiunque sospetti di essere nato con l'aiuto di materiale genetico donato a rispondere a questa domanda. Potenzialmente, ma non sempre, possono entrare in contatto con i donatori<sup>142</sup>,

---

<sup>141</sup> *Id.* (che riassume queste e le modifiche alla legge e ai regolamenti delle agenzie entrate in vigore il 15 febbraio 2022).

<sup>142</sup> PUB BY UME PERSON (che descrive come gli adulti nati con la procreazione assistita hanno riferito di aver utilizzato l'accesso alle informazioni sulle proprie origini genetiche).

che possono essere diventati a loro volta genitori, nel caso della donazione di embrioni, di fratelli genetici interi del bambino.

Le norme svedesi sul processo di donazione degli embrioni pongono l'accento sull'interesse del bambino, al fine di garantire che qualsiasi bambino nato dall'uso degli embrioni donati cresca in un buon ambiente.

Dal 1 gennaio 2019, quando sono entrate in vigore le modifiche alla legge svedese sull'integrità genetica, i bambini possono accedere anche alle informazioni relative ad altre persone che sono nate grazie a un trattamento che utilizza i gameti dello stesso donatore o donatrici, in altre parole ai loro fratellastri o fratelli pieni, a condizione che questi individui abbiano scelto di far registrare le loro informazioni nella speciale cartella clinica che i fornitori di servizi di riproduzione assistita sono tenuti a tenere. I servizi sociali assisteranno le persone che sospettano di essere state concepite tramite donazione a scoprire se le informazioni sono documentate in queste cartelle cliniche speciali, come descritto nella sezione precedente.

Anche il periodo di conservazione degli embrioni congelati è stato aumentato a partire dal 1 gennaio 2019, passando da cinque anni all'attuale limite generale di dieci anni. La conservazione degli embrioni è consentita per ragioni mediche o sociali, come la conservazione della fertilità prima del trattamento del cancro o il ritardo della genitorialità.

La creazione di embrioni e la loro crio-conservazione sono considerate in Svezia conseguenze non controverse della modifica della legge svedese per consentire i servizi di riproduzione assistita. Quando le coppie utilizzano solo gameti donati, in altre parole quando nessuno dei due genitori è genitore del bambino che ne risulta, si può dire che l'embrione risultante è simile a un embrione adottato, anche se il trasferimento di un embrione creato durante una procedura di riproduzione assistita di una persona o di una coppia a un'altra coppia in un momento successivo è in qualche modo distinguibile. Questa sezione descrive brevemente la creazione "abituale" di embrioni, compresi quelli formati da gameti esclusivamente donati, e poi affronta la situazione legale in Svezia oggi per quanto riguarda la vera e propria donazione di embrioni interi, non creati originariamente per l'impianto nell'utero del genitore che li riceve.

Nel caso abituale della fecondazione in vitro, quando l'ovulo e lo sperma vengono combinati - sia che siano stati ottenuti dagli stessi genitori o da donatori - vengono mescolati o causati fisicamente, attraverso il trasferimento di materiale genetico dal gamete maschile al nucleo del gamete femminile, per formare embrioni umani allo stadio iniziale. Questi possono poi essere trasferiti nell'utero della madre desiderata, secondo le procedure ordinarie di inseminazione e fecondazione fuori dal corpo. In Svezia, da 20 anni è prassi comune che nella fecondazione in vitro venga introdotto nell'utero un solo embrione

(ovulo fecondato)<sup>143</sup>. Questo viene fatto in parte per ridurre il numero di gravidanze gemellari, che comportano rischi sia per la madre che per il bambino, e in parte per ridurre i costi dell'assistenza sanitaria. Ciononostante, in circa il 10% dei trattamenti di fecondazione in vitro effettuati nel 2020 sono stati impiantati due embrioni, in parte perché alcuni medici della fertilità ritengono che i rischi valgano il beneficio di una maggiore probabilità di gravidanza nei casi in cui la probabilità di gravidanza derivante dal trattamento è già inferiore alla media, e i maggiori rischi del trasferimento di due embrioni rispetto a uno sembrano, da una recente ricerca svedese sulla questione, esistere ma essere di entità ridotta<sup>144</sup>.

Nella parete uterina può quindi impiantarsi un embrione, che in questo caso può svilupparsi, nell'arco di circa 40 settimane totali dal rilascio dell'ovulo alla nascita, in un bambino sano e a termine. Ogni volta che gli embrioni così formati non sono geneticamente propri dei genitori designati, si potrebbe dire che la legge consente l'"adozione" del figlio biologico del donatore di sperma e della donatrice di ovuli, ma in tali circostanze nessuno dei due donatori ne sarebbe consapevole e nessuno dei due avrebbe intenzione di creare un embrione per il proprio uso nella procreazione. Tuttavia, quando questi embrioni, o alcuni di essi, vengono creati su richiesta del genitore o dei genitori, ma poi, per qualsiasi motivo, non vengono impiantati, si pone il problema di cosa sia legalmente lecito fare con gli embrioni.

Secondo la legge svedese, tali embrioni possono essere distrutti, donati o salvati per un potenziale uso futuro in ulteriori trattamenti di fertilità per i genitori previsti. Questi risultati consentiti non sembrano controversi per l'opinione pubblica svedese. Le obiezioni alla formazione o alla donazione di embrioni possono basarsi, soprattutto in altri Paesi, sulla posizione che l'embrione sia già un essere umano o comunque un individuo unico, anche se molto vulnerabile, incapace di sopravvivere da solo e persino statisticamente improbabile che si sviluppi in un neonato a termine dopo il trasferimento in un utero. In Sve-

---

<sup>143</sup> Questa pratica è raccomandata ai medici, che seguono le raccomandazioni nazionali e sono regolate da norme amministrative promulgate dal Consiglio nazionale della salute e del benessere ("*Socialstyrelsen*"). Come già menzionato, i regolamenti rivisti sono entrati in vigore il 15 febbraio 2022. Una descrizione in inglese di tali linee guida e regolamenti nazionali, una fonte giuridica di peso gerarchico inferiore rispetto alla legge, è disponibile all'indirizzo <https://www.socialstyrelsen.se/en/clinical-practise-guidelines-and-regulations/regulations-and-guidelines/national-guidelines/> consultato il 2023-07-31.

<sup>144</sup> A. BRATT, *Two embryos can be an alternative for childless couples (Due embrioni possono essere un'alternativa per le coppie senza figli)*, in *Dagens nyheter*, 5 dicembre 2022, <https://www.dn.se/sverige/tva-embryon-kan-vara-alternativ-for-vissa-barnlosa-par/> accessed 23 May 2023 (che riporta lo studio Kenny A. Rodriguez-Wallberg Arturo Reyes Palomares, Hanna P. Nilsson et al. *Obstetric and Perinatal Outcomes of Singleton Births Following Single- vs Double-Embryo Transfer in Sweden* (2023) 177(2) JAMA Pediatric 149-159 <doi:10.1001/jamapediatrics.2022.4787> consultato il 2 settembre 2023).

zia è più diffusa l'opinione che le cellule sessuali e anche gli ovuli e gli embrioni fecondati non siano ancora individui con diritti alla vita umana, ma che possano diventarlo in seguito. In linea con ciò, il diritto all'aborto è stato garantito in Svezia per molti decenni e i diritti riproduttivi di decidere se procedere con la gravidanza o la riproduzione sono molto apprezzati e accettati.

Una pratica che può essere vista come causa di un numero maggiore di embrioni creati durante la FIV rispetto a quelli necessari per il trattamento è quindi la Svezia, che in genere consente di trasferire un solo embrione nell'utero di un genitore previsto in un singolo ciclo di FIV.

## 6. Sulla maternità surrogata e le questioni relative al riconoscimento dello status di genitore in Svezia

In Svezia, la maternità surrogata né commerciale né altruistica è consentita all'interno del sistema sanitario svedese<sup>145</sup>. La pratica non è criminalizzata o altrimenti resa illegale, ma la politica pubblica svedese è quella di non incoraggiare accordi di maternità surrogata all'estero. Ciò ha comportato difficoltà per i genitori intenzionali che perseguono la maternità surrogata legalmente in un'altra giurisdizione legale e per i loro figli, soprattutto per quanto riguarda il riconoscimento delle loro identità di status giuridico stabilite all'estero e dei relativi diritti.

### *La Corte Suprema svedese sul riconoscimento delle madri intenzionali dopo la maternità surrogata*

La questione dell'accertamento della filiazione dopo un accordo di maternità surrogata all'estero è stata affrontata dalla Corte Suprema svedese ("HD"); la sua decisione è stata annunciata nella sentenza pubblicata NJA 2019 s 504 ("L'accordo di maternità surrogata in California")<sup>146</sup>. In considerazione dell'interesse superiore del bambino in questione e degli obblighi di diritto internazionale della Svezia, la Corte ha ritenuto di dover riconoscere una sentenza emessa in California in cui si affermava che il bambino che sarebbe nato da una madre surrogata non sarebbe stato considerato legalmente figlio di quest'ultima, ma della madre intenzionale svedese. L'Alta Corte ha ritenuto che i tribunali sve-

---

<sup>145</sup> Per una valutazione dei vantaggi e degli svantaggi riscontrati dagli esperti investigatori nel 2017 nel raccomandare che la maternità surrogata altruistica continui a non essere resa disponibile nell'assistenza sanitaria svedese, si veda Prop. 2017/18:155 p 97-104. Sono state sottolineate le incognite sugli effetti sui bambini e sulle madri surrogate, sorprendentemente senza alcun riferimento all'adozione lecita da parte di terzi e a ciò che se ne potrebbe dedurre.

<sup>146</sup> La sentenza è disponibile sul sito web della Corte Suprema svedese, [www.domstol.se](http://www.domstol.se), come tutte le sentenze dell'HD. Questo caso si trova su < <https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/avgoranden/2021/99084/>>.

desi debbano avere un certo margine di manovra per riconoscere le sentenze straniere in materia di stato civile della famiglia, anche quando nessuna disposizione esplicita della legge svedese supporta tale riconoscimento, come nelle circostanze del caso.

Il caso “California Surrogacy Arrangement” riguardava una coppia svedese convivente che nell’agosto 2015 aveva avuto un figlio tramite maternità surrogata in California, dopo che un embrione creato dallo sperma dell’uomo e da un ovulo donato era stato impiantato nell’utero di una madre surrogata. Due mesi prima della nascita, un tribunale californiano aveva dichiarato la donna svedese madre legale del bambino che sarebbe nato dalla madre surrogata, come previsto dalla coppia svedese e dalla portatrice gestazionale surrogata.

La coppia è tornata in Svezia con il bambino dopo la nascita e la madre designata si è occupata del bambino come madre giorno per giorno per i quattro anni successivi. Sulla base di questi fatti, la Corte ha rilevato che durante i quattro anni trascorsi in Svezia, “il bambino ha costruito una vita familiare con [la donna svedese]” che “è diventata una realtà concreta”. Poiché le autorità svedesi si sono rifiutate di riconoscere questo rapporto giuridico familiare, l’identità e il diritto alla privacy del bambino sono stati violati. Visti i danni subiti dal bambino, la Corte ha ritenuto che il bambino avesse il diritto di veder riconosciuto in Svezia il rapporto giuridico familiare con la madre di fatto. Tale riconoscimento, ha aggiunto la Corte, “è necessario anche per soddisfare il principio dell’interesse superiore del minore”.

Nella sua sentenza, la Corte Suprema svedese ha fatto riferimento a un parere consultivo del 2019 della Corte europea dei diritti dell’uomo, richiesto dalla Corte di Cassazione francese<sup>147</sup>, in cui è stata affrontata la questione del riconoscimento nel diritto nazionale, da parte di uno Stato parte della CEDU, dei rapporti giuridici tra un bambino nato da una madre surrogata e la madre designata, alla luce degli sviluppi successivi alla precedente sentenza della Corte europea nella causa *Mennesson c. Francia*<sup>148</sup>.

Nel suo parere consultivo, la Corte europea sottolinea che il diritto del bambino al rispetto della vita privata, ai sensi dell’articolo 8, richiede che la legislazione nazionale offra l’opportunità di stabilire legalmente un rapporto giuridico

---

<sup>147</sup> Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto giuridico di genitore-figlio tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all’estero e la madre designata (Richiesta n. P16-2018-001) emesso il 10 aprile 2019, dalla Corte riunita in Grande Sezione.

<sup>148</sup> N. 65192/11, CEDU 2014. La Corte di Cassazione ha richiesto il parere consultivo perché i coniugi Mennesson del caso precedente avevano ora chiesto, per conto dei loro figli, il riesame della decisione della Francia del 2010 di annullare l’iscrizione dei dati sulla paternità nel registro delle nascite francese, ricavati dai certificati di nascita statunitensi dei loro figli.

tra il bambino e la madre prevista, anche nei casi in cui il bambino non sia suo figlio genetico.

La Svezia è stata notata come uno dei 12 dei 24 Paesi che proibiscono la maternità surrogata che tuttavia hanno un percorso di adozione verso la genitorialità legale disponibile per i genitori intenzionali dopo la maternità surrogata che non potrebbero altrimenti essere considerati genitori legali rispetto a un bambino. La Corte Suprema svedese, nella sentenza relativa al caso “Californian Surrogacy Arrangement”, ha tuttavia ritenuto che nelle circostanze del caso non esistesse tale possibilità secondo la legge svedese, in quanto la *stepchild adoption* non è possibile se il genitore e il genitore adottivo previsto non vivono più insieme, e un’adozione da parte di terzi secondo la legge svedese in queste circostanze significherebbe che il rapporto giuridico del bambino con il padre legale già stabilito sarebbe terminato, in contrasto con il diritto del bambino e del padre al rispetto della vita privata e familiare secondo l’articolo 8 della Convenzione europea. Il padre aveva comunque ritirato il consenso all’adozione da parte della madre naturale. Di conseguenza, la Corte doveva riconoscere la sentenza di stato civile californiana e quindi la madre naturale (e di fatto) come madre legale del bambino.

In un’altra decisione emessa poco dopo, la stessa Corte Suprema svedese ha dichiarato che una sentenza di un tribunale dell’Arkansas, negli Stati Uniti, che ha stabilito che una donna svedese è la madre di un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata, deve essere riconosciuta anche in Svezia<sup>149</sup>. In quel caso, la donna aveva potuto fare domanda di adozione del bambino (senza il mancato consenso del genitore maschio, come nel caso precedente), ma non si sapeva come sarebbe stata decisa la necessaria verifica dell’idoneità all’adozione (da parte dei servizi sociali, per stabilire se sarebbe stata un genitore adottante adeguato). Sarebbe trascorso molto tempo prima che tale decisione venisse presa, a scapito del bambino che, nel frattempo, si sarebbe visto negare la madre naturale e di fatto come madre legale. La Corte ha concluso che il modo più appropriato per soddisfare il diritto alla privacy del bambino e per adempiere al principio dell’interesse superiore del bambino era quello di riconoscere nuovamente la sentenza degli Stati Uniti in Svezia, nonostante l’esistenza di un percorso di adozione per la maternità legalmente disponibile, ma poco efficiente.

Sebbene il riconoscimento delle madri intenzionali dopo la maternità surrogata all’estero stia migliorando in Svezia, a causa di questi precedenti, la difficoltà che ancora permane nel riconoscere legalmente le determinazioni di maternità straniera nell’ambito delle normative vigenti è stata ulteriormente illustrata dalla decisione della Corte Suprema svedese nel caso NJA 2021 s 437 (The California surrogacy arrangement II). Il caso è stato portato avanti dalla stessa madre

---

<sup>149</sup> Vedere NJA 2019 s 969.

intenzionale che, nella precedente decisione della Corte Suprema svedese NJA 2019 s 969, aveva ottenuto il riconoscimento della sua filiazione californiana in Svezia su ordine della Corte. Tuttavia, nonostante la sentenza, non ha ricevuto automaticamente la custodia del bambino quando ne ha fatto richiesta alle autorità amministrative. La regola principale è che, secondo il Codice dei genitori svedese (FB) 6:3, un bambino è sotto la custodia della madre fin dalla nascita se i genitori non sono sposati, e c'era confusione sul fatto che la madre naturale in California (che aveva rinunciato a qualsiasi rivendicazione di diritti genitoriali) avesse comunque la custodia, secondo la legge svedese sulla custodia.

Nel caso in questione, nemmeno il padre del bambino aveva la responsabilità dell'affidamento, il che significava che il bambino era completamente privo di un tutore legale quando il caso è arrivato alla Corte Suprema. La Corte ha ritenuto che il Codice dei genitori non impedisse alla donna di intentare un'azione dichiarativa ai sensi del Codice di procedura giudiziaria svedese contro l'ente locale per l'assistenza sociale in merito alla custodia del bambino e alla sua decisione di non assegnarglielo. In altre parole, la strada per avere una madre legale con affidamento legale in Svezia è stata lunga.

Di recente è stata discussa anche la discriminazione sessuale nella legge svedese sulla filiazione. Prima del 2019, la "filiatura secondo 1:9 FB" per una donna che ha acconsentito alla fecondazione assistita del suo coniuge poteva essere stabilita solo tramite riconoscimento (o sentenza del tribunale) se la fecondazione era avvenuta in conformità con la legge sull'integrità genetica, principalmente, in altre parole, all'interno del sistema sanitario svedese. Non esistevano requisiti analoghi per un uomo che avesse acconsentito alla fecondazione medicalmente assistita della propria coniuge; in quanto padre genetico, non aveva difficoltà a essere riconosciuto come genitore legale.

La questione se ciò potesse essere considerato una discriminazione illegale è stata esaminata nella sentenza RH2020:3. La Corte d'Appello ha ritenuto che il trattamento differenziato derivante dalle norme del Codice dei Genitori fosse basato sull'orientamento sessuale dei coniugi, ma non violasse il 2:12 RF, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte d'appello ha ritenuto inoltre che le disposizioni specifiche del FB prevalessero sulle disposizioni del Discrimination Act<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> S. HELLBLOM, *Surrogate motherhood forbidden in law – but not in practice?* ("Surrogatmoderskap förbjudet i lag, men inte i praktiken?"), Norstedts juridik JUNO nyheter 2021-06-09, <https://www.nj.se/nyheter/surrogatmoderskap-forbjudet-i-lag-men-inte-i-praktiken> (visitato il 2023-05-15). Si noti che il titolo dell'articolo è un po' fuorviante, in quanto la maternità surrogata non è vietata dalla legge in Svezia, ma piuttosto non è regolamentata o inclusa come mezzo di riproduzione assistita nel sistema sanitario pubblico.

## V. Ulteriori “hard cases”

Al momento non ve ne sono di identificabili.

## VI. Discriminazione legata alla genitorialità

### A. Discriminazione nell’accesso alla genitorialità

In Svezia, la genitorialità è sempre più disponibile per un maggior numero di “tipi” di genitori e di famiglie, ma la norma dei due genitori, il principio della *mater est* e altri aspetti della legge attuale continuano a creare ostacoli alla tutela giuridica di altre genitorialità che di fatto esistono nelle diverse famiglie svedesi di oggi. Le opinioni divergono sul fatto che alcune norme giuridiche discriminino in modo giustificato e proporzionato rispetto agli obiettivi dei legislatori e ai valori della società, valutati rispetto ai diritti dei genitori e dei figli, compreso quello di vivere senza discriminazioni ingiuste. Qui vengono riassunti diversi aspetti della legge attuale che sono stati o potrebbero essere criticati alla luce delle tutele legali dei diritti umani esistenti.

L’adozione, come scritto in precedenza in questo capitolo, è ora disponibile per i conviventi, ma non per i partner genitoriali platonici apertamente non in una relazione simile al matrimonio. È disponibile per gli ex partner, ma non per i single. È disponibile per le coppie omosessuali e per le persone trans, ma non per i genitori adottivi o per i genitori supplementari se il bambino ha già due genitori legali. In un certo senso, anche la condivisione della responsabilità genitoriale non è disponibile per i genitori adottivi o aggiuntivi, il che sottolinea la mancanza di una protezione legale per la genitorialità sociale, che afferma in modo diverso il diritto dei bambini alla continuità delle loro relazioni familiari intime con le figure genitoriali funzionali che non hanno diritti di parentela legale o di responsabilità genitoriale. L’adozione - compresa la verifica da parte degli attori statali dell’idoneità del genitore previsto e l’eventuale rifiuto della domanda - deve essere utilizzata in alcune circostanze per creare una relazione genitore-figlio tra una madre intenzionale, di fatto e persino genetica e il suo bambino, che è altrimenti un estraneo legale per lei in Svezia<sup>151</sup>. Lo stesso non vale per un padre genetico, che può essere e spesso viene facilmente stabilito come genitore in seguito a un test genetico non invasivo, indipendentemente dalla sua intenzione di concepire o di diventare genitore del bambino, e a prescindere dal fatto che venga approvato come idoneo ad adottare il bambino<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Questo aspetto è discusso anche in altre recenti sintesi accademiche sulla genitorialità sociale svedese. Si veda ad esempio E. RYRSTEDT, *Social Parenthood in Sweden*, in C. HUNTINGTON, C.G. JOSLIN, CHRISTIANE VON BARY (eds.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press, 2023, 216-217.

<sup>152</sup> L’esame di idoneità è richiesto dalla legge sulle adozioni al capitolo 4 del FB.



Negli ultimi anni, altre norme che discriminavano tra persone in relazione simile con i bambini sono state ritenute non giustificabili ed eliminate dalla legge, per cui sia i coniugi di sesso opposto che quelli dello stesso sesso possono ora diventare genitori facendo affidamento sulla presunzione di genitorialità. I partner conviventi di una madre naturale, sia dello stesso sesso che di sesso opposto, possono diventare con relativa facilità un secondo genitore legale di un bambino attraverso il riconoscimento della paternità. Le famiglie poliamorose o poligame, invece, non possono essere riconosciute per legge come genitori di un bambino, quando ci sono più di due persone che cercano di tutelare giuridicamente il rapporto del loro bambino congiunto con ciascuna di esse.

Alcuni genitori di fatto, come i genitori affidatari, non possono diventare genitori legali di bambini con i quali vorrebbero avere un rapporto di questo tipo, a causa del mantenimento di una genitorialità legale per un genitore che non è effettivamente un genitore di fatto del bambino. Ad altri genitori naturali viene negata un'adeguata protezione legale per i loro rapporti importanti e per quelli dei loro figli quando, in pratica, lo Stato non fornisce loro il sostegno alla genitorialità e le visite regolari a cui hanno diritto per legge. Ciò può essere dovuto al fatto che i servizi sociali partono dal presupposto che un collocamento permanente presso genitori affidatari sia il risultato migliore o inevitabile in alcuni casi individuali, magari a causa di pregiudizi e incomprensioni riguardo a malattie mentali o fisiche, disabilità, dipendenza da sostanze o magari origine etnica, cultura o lingua non maggioritaria di un genitore naturale.

Oggi in Svezia si verificano alcune discriminazioni nell'accesso alla procreazione artificiale (riproduzione assistita) a causa delle disposizioni di legge che ne limitano l'accesso, ma anche a causa di alcune norme di *soft law* a livello locale che impongono vari requisiti specifici alle coppie o agli individui che richiedono tali servizi attraverso il sistema sanitario pubblico. I limiti di età e i limiti legati a una precedente sterilizzazione volontaria di un partner ne sono un esempio<sup>153</sup>.

## 1. Discriminazione causata dalla condizione economica

Se solo coloro che hanno i mezzi economici per intentare una causa o cercare aiuto privato per diventare genitori, anche viaggiando all'estero, possono essere in grado di superare gli ostacoli medici per diventare genitori, c'è un forte rischio di discriminazione sulla base dello status socioeconomico. La legge svedese rischia attualmente di creare una discriminazione di questo tipo. Alcune norme che limitano l'accesso ai servizi di procreazione assistita finanziati con fondi pubblici, all'adozione e al riconoscimento automatico come

---

<sup>153</sup> A differenza dei limiti di età previsti da altri ordinamenti giuridici, ad esempio quelli che variano tra i 46 e i 50 anni per l'accesso alla procreazione assistita eterologa in diverse regioni italiane, la discriminazione per età della Svezia.

genitore, negandolo ad alcuni e non ad altri, devono essere analizzate in questo contesto: questa norma impedisce a tutte le persone che vi sono soggette di accedere all'assistenza per costruire una famiglia, in modo proporzionato agli interessi statali che promuove, o impedisce l'accesso solo a un sottoinsieme della popolazione che non può permettersi alternative private o straniere? Un'altra questione importante è se l'impatto fiscale di una determinata norma sugli individui e sullo Stato sia sostenuto in modo non discriminatorio, e se i vincoli di bilancio imposti su una determinata attività regolamentata (come l'accertamento giudiziale della filiazione o la procreazione medicalmente assistita) potrebbero essere alleggeriti da alcune riforme per ridurre gli oneri economici e di altro tipo sproporzionati che attualmente gravano maggiormente su alcuni tipi di famiglie rispetto ad altri.

## **2. Discriminazione in caso di disabilità, comprese le condizioni geneticamente trasmissibili**

Quando le persone con determinate condizioni ereditarie o acquisite sono discriminate, in particolare quando lo Stato svedese determina, attraverso la legge vigente o la sua applicazione pratica, chi può diventare o essere tutelato legalmente come genitore di un bambino, c'è il rischio che i diritti dei genitori alla parità di trattamento siano violati. Le persone affette da cecità, sordità, nanismo e molti tipi di malattie fisiche e mentali, ad esempio, se si vedono negare per legge o nella pratica l'opportunità di diventare genitori senza un'adeguata giustificazione basata su prove, hanno subito una discriminazione rispetto a un'importante area della vita personale e privata e dell'autodeterminazione.

## **B. Discriminazione nella tutela giuridica dei diritti dei bambini**

### **3. Figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio**

Grazie a molti anni di riforme graduali della legge svedese con l'obiettivo di eliminare le discriminazioni tra i bambini sulla base dello stato civile dei genitori, la maggior parte delle disposizioni discriminatorie in questo senso sono state eliminate. Un'eccezione che potrebbe essere ritenuta ingiustificata è la presunzione matrimoniale per stabilire un genitore legale: il coniuge di una persona che dà alla luce un bambino è automaticamente registrato come l'altro genitore del bambino, mentre un co-genitore convivente deve riconoscere la paternità e ricevere il consenso della madre naturale. Il gruppo di esperti autore di una recente proposta di riforma ha citato questa presunzione come un elemento del diritto di famiglia svedese che raccomanderebbe di rivedere (come descritto sopra). D'altra parte, la facilità di completare il riconoscimento di paternità o di genitorialità (ora

facoltativo e digitale, da casa) dopo la nascita di un bambino significa che i risultati di questa differenza probabilmente portano raramente a risultati che violano il diritto del bambino alla famiglia o il diritto a che il suo interesse superiore sia preso in considerazione come una considerazione principale.

Un'ulteriore difficoltà per la parità di trattamento dei figli a seconda che i loro genitori formino una famiglia come adulti sposati o conviventi sorge in caso di morte di uno dei genitori conviventi, soprattutto quando i figli sono minorenni. I conviventi non ereditano l'uno dall'altro, secondo la legge che regola i casi di intestazione. I conviventi non possono nemmeno superare con un testamento valido la quota forzata del 50% di un'eredità che i figli del defunto (anche quelli congiunti) hanno diritto di ereditare subito dopo la morte di un genitore, e i figli minorenni non possono rinviare l'acquisizione delle loro quote in modo che il convivente superstite possa utilizzarle fino alla propria morte, come invece devono fare i figli congiunti adulti e i figliastri adulti. Pertanto, alla morte di un genitore convivente, in molti casi l'interesse dei figli può essere minacciato o danneggiato, a seconda del genitore convivente proprietario dei vari beni utilizzati dalla famiglia<sup>154</sup>. Questo può accadere nonostante l'obiettivo della norma sulla quota ereditaria forzata e delle norme sulla tutela dei minori che possiedono beni o immobili significativi<sup>155</sup> sia quello di tutelare il loro interesse. Il genitore superstite non potrà avere un controllo non supervisionato sui beni ereditati dal genitore deceduto, che possono includere quantità significative di beni della coppia convivente.

A seconda della situazione individuale, e a differenza di come viene regolata una situazione simile in caso di morte di un genitore sposato (e il suo coniuge eredita la propria quota forzata, oltre a poter controllare l'eredità dei figli in comune), i figli con genitori non sposati possono vedere compromessi i propri diritti. Essi vengono trattati come due genitori legali che non hanno alcun rapporto l'uno con l'altro, come se la convivenza non avesse alcuna rilevanza su ciò che il genitore deceduto considererebbe nell'interesse dei figli, e a prescindere da un'ultima volontà che tenti specificamente di lasciare i beni all'altro genitore convivente.

#### 4. Bambini adottati

L'estinzione dello status di genitore di uno o di entrambi i genitori legali in tutti i casi di adozione svedese comporta la difficoltà di tutelare giuridica-

---

<sup>154</sup> Questo stato di cose è stato criticato dagli studiosi. Il diritto dei figli di ereditare dalla madre non sposata è stato introdotto per la prima volta nel 1905, mentre il diritto di ereditare dal padre non sposato è stato introdotto nella legge solo nel 1970. Inoltre, prima del 1958, i bambini adottati avevano solo un debole diritto di eredità dai genitori adottivi, ma mantenevano il diritto di ereditare dai genitori naturali; è passato il 1970 prima che tutte le adozioni svedesi diventassero adozioni "forti", il cui risultato è il pieno diritto di eredità dai genitori adottivi e nessun legame legale residuo con i genitori naturali. A. SINGER, *Barns rätt* (3d. ed., Iustus, 2022) 86-87.

<sup>155</sup> Si veda il capitolo 10 del FB.

mente le relazioni familiari importanti dei bambini e la discriminazione, ad esempio, tra figliastri e figli condivisi all'interno di famiglie miste per quanto riguarda, ad esempio, l'eredità ma anche la continuità delle cure e l'accesso alle figure genitoriali dopo la fine di alcune relazioni adulte o la morte di un genitore legale.

## 5. Bambini nati con tecniche di procreazione medicalmente assistita permessi o vietati in Svezia

Secondo l'attuale legge svedese, le coppie omosessuali hanno diverse opzioni legali per diventare genitori a seconda che siano maschi o femmine<sup>156</sup>. Le opportunità per gli uomini di formare una famiglia sono più limitate, anche perché la maternità surrogata non è prevista come opzione di riproduzione assistita in Svezia e non è un percorso normalmente disponibile per soddisfare il desiderio di genitorialità<sup>157</sup>. In assenza di un mandato legale nazionale o dell'Unione Europea che preveda il riconoscimento delle determinazioni internazionali di filiazione, le coppie che ricorrono alla maternità surrogata all'estero incontrano ostacoli al riconoscimento al momento del rientro in Svezia, in particolare per un genitore non genetico e per le donne, che compromettono, temporaneamente o permanentemente, lo status giuridico di figlio di un genitore di fatto. Le adozioni internazionali sono complessivamente diminuite e in pratica sono state raramente un'opzione per le coppie dello stesso sesso. Ciò significa che le coppie omosessuali maschili che desiderano diventare genitori hanno situazioni molto più complesse per poter formare una famiglia rispetto alle coppie omosessuali femminili, che possono ricorrere a tecniche come l'inseminazione.

## 6. Bambini con genitori adottivi e genitori supplementari

Questi genitori aggiuntivi possono avere un rapporto di “filiazione” non legale, ad esempio se uno dei genitori genetici ha permesso a uno degli altri co-genitori, non legato geneticamente, di adottare il proprio figlio genetico, al fine di creare una sorta di posizione significativa per ciascun genitore. Anche nei casi in cui ciò è stato fatto, il più delle volte le relazioni strette dei genitori non legali con i bambini di cui sono “genitori” non sono protette nelle situazioni in cui un genitore legale non desidera più autorizzare i contatti<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Si veda ad esempio SOU 2017:101 a 276.

<sup>157</sup> Si veda ad esempio E. RYRSTEDT, *Social Parenthood in Sweden*, C. HUNTINGTON, C.G. JOSLIN, CHRISTIANE VON BARY (eds.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, NYU Press, 2023, 216.

<sup>158</sup> SOU 2022:38 a 46.

## VII. Riconoscimento di documenti pubblici di carattere parentale rilasciati all'estero

### A. Norme generali sul riconoscimento e l'esecuzione degli atti pubblici

I documenti rilasciati da funzionari di altri Stati membri dell'UE, di altri Paesi nordici e di Paesi "terzi" sono riconosciuti ed eseguiti in Svezia in base a norme giuridiche diverse. Il diritto internazionale pubblico svedese nel contesto del diritto di famiglia deriva generalmente in gran parte dall'armonizzazione della legislazione dell'UE, come tra gli Stati membri dell'UE (la maggior parte), e da accordi internazionali, compresi alcuni accordi di cooperazione nordica in altri casi. Il diritto nazionale puro si applica ai casi in cui non si applicano le norme sopra citate.

Una serie di strumenti un po' confusi si può quindi applicare a situazioni in cui un documento pubblico straniero, amministrativo o giudiziario, viene presentato per il riconoscimento, cioè qualcuno chiede che il documento produca effetti legali in Svezia, come quando un documento viene accettato dall'Autorità fiscale svedese e le informazioni registrate sul documento vengono contemporaneamente inserite nel Registro della popolazione svedese.

Il riconoscimento degli atti di stato di famiglia rilasciati all'estero, in particolare, rimane un settore in costante evoluzione<sup>159</sup>. Oltre al diritto nazionale, negli ultimi anni sono emerse regolarmente nuove norme dal diritto derivato dell'UE, dalla giurisprudenza dell'UE (decisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea) e dalla giurisprudenza regionale in materia di diritti umani (decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Regole e raccomandazioni possono derivare anche da altre fonti, tra cui il Consiglio d'Europa e il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia.

In Svezia è in corso un dibattito giuridico e politico su quando la legge e i tribunali svedesi possano e debbano riconoscere i documenti di stato di diritto familiare rilasciati all'estero, soprattutto per quanto riguarda i matrimoni e lo stato di genitore<sup>160</sup>. Le fonti giuridiche nazionali più recenti includono la versione riformata nel 2022 della legge svedese sulla genitorialità

---

<sup>159</sup> Per una descrizione dettagliata del diritto internazionale privato svedese in materia di genitorialità (in lingua svedese), si veda M. BOGDAN, M. HELLNER, *Swedish international private and procedural law*, (9th ed.), Norstedts, 2020, 214-233.

<sup>160</sup> Si veda, ad esempio, L. VAIGE, *Recognition of a status acquired abroad*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2023, Vol. 15, No. 1, 1108-1120, 1109 (pre-print).

in situazioni internazionali<sup>161</sup>, la decisione della Corte Suprema svedese del 2019 che consente il riconoscimento di una relazione madre-figlio dopo una maternità surrogata all'estero (in cui era sorta una relazione familiare, che implicava l'articolo 8 della CEDU) e le ultime modifiche e proposte di modifica al Codice dei Genitori svedese, ognuna delle quali riassunta in questo capitolo, riflettono gli obiettivi e le priorità di politica pubblica spesso contrastanti in primo piano a livello nazionale.

La stessa Autorità fiscale svedese descrive le sue procedure pratiche per l'accertamento della paternità e dell'affidamento dei bambini che si trasferiscono in Svezia come segue<sup>162</sup>:

“L'Agenzia fiscale svedese registra l'affidamento di un bambino quando questo si trasferisce in Svezia. L'affidamento viene registrato nel registro della popolazione il giorno in cui il bambino viene registrato. Questo vale anche se l'affidamento è valido in Svezia da una data precedente. Quando l'Agenzia fiscale svedese riceve una notifica di affidamento per un bambino che non deve essere registrato in Svezia, l'Agenzia fiscale svedese respinge la notifica. Se la notifica di affidamento per un bambino non registrato nel registro della popolazione è ricevuta dall'Agenzia delle Entrate insieme a una conferma di paternità, l'Agenzia delle Entrate può registrare la relazione tra il padre e il bambino senza registrare l'affidamento.

Se un bambino si trasferisce in Svezia dall'estero e non esiste una decisione di affidamento applicabile in Svezia, l'Agenzia delle Entrate svedese normalmente registra l'affidamento del bambino secondo i principi svedesi. Nel caso di accordi di maternità surrogata, ciò significa che l'Agenzia delle Entrate svedese registra la donna che ha partorito come madre e tutore nel registro della popolazione. Se la donna è sposata, il marito viene registrato come tutore se è il padre presunto del bambino in conformità con la sezione 2 della legge (1985:367) sulle questioni di paternità internazionale.

Se la presunzione di paternità è stata revocata da una decisione di paternità straniera valida in Svezia ai sensi della Sezione 7 della Legge (1985:367) sulle questioni di paternità internazionale o da un tribunale svedese, il coniuge della madre surrogata non è registrato come padre legale e tutore nel registro della popolazione.

Le sentenze o le decisioni straniere sull'affidamento possono essere applicate in Svezia ai sensi del Regolamento Bruxelles II, dell'Ordinanza (1931:429) su alcuni rapporti giuridici internazionali riguardanti il matrimonio, l'ado-

---

<sup>161</sup> Lag (1985:367) om föräldraskap i internationella situationer (modificato recentemente da Lag (2022:1322)).

<sup>162</sup> Autorità fiscale svedese (*Skatteverket*), “Registrazione della custodia dei figli <https://www.mfof.se/faderskap-och-foraldraskap/kunskapsstod-till-surrogat-arrangemang-i-utlandet/varnadshavare/registering-av-varnad-vid-inflyttning-fran-utlandet.html> (visitato il 27 settembre 2023).

zione e la tutela, della Legge (1989:14) sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni straniere sull'affidamento ecc. e sul trasferimento di minori o della Legge (2012:318) sulla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la protezione dei minori. Quando la questione dell'affidamento è stata decisa con una sentenza straniera che può essere riconosciuta in Svezia, l'affidamento del minore viene registrato di conseguenza.

l'affidamento del minore viene registrato di conseguenza. Tuttavia, un accordo straniero di maternità surrogata che regola l'affidamento del bambino non ha effetti legali in Svezia perché non esiste un supporto legale per il riconoscimento di questo tipo di accordo di affidamento”.

I fondamenti giuridici della pratica sopra descritta sono illustrati in dettaglio qui di seguito.

## 1. Genitorialità in situazioni internazionali che sorgono immediatamente per legge

Nelle situazioni internazionali, compreso il contesto nordico<sup>163</sup>, la filiazione è attualmente regolata dalla versione riformata del 2022 della legge svedese sulla genitorialità in situazioni internazionali, già citata. La legge regolamenta quest'area utilizzando termini di genitorialità di genere, distinguendo tra l'accertamento della paternità legale, della maternità e di altre forme di genitorialità, anche se nel prossimo futuro potrebbe essere riformata per essere neutrale rispetto al genere e semplificata<sup>164</sup>.

Le norme di scelta della legge generalmente rinviano alla legge non svedese e non discriminano, ad esempio, la co-parentalità tra persone dello stesso sesso, ma richiedono anche l'uso della legge svedese, piuttosto che di quella straniera, in determinate situazioni. Ai sensi del § 2 della legge, ad esempio, un uomo che è o è stato sposato con la madre di un bambino è considerato il padre del bambino, se ciò risulta dalla legge dello Stato in cui il bambino era domiciliato alla nascita o, se nessuno deve essere considerato il padre del bambino ai sensi di tale legge, se ciò risulta dalla legge di uno Stato di cui il bambino è diventato

<sup>163</sup> Una legge separata regola i riconoscimenti svedesi delle decisioni sulla genitorialità di Danimarca, Finlandia, Islanda e Norvegia, ma ha la precedenza solo sulle sezioni 7-10a e 12 (comma 2) di Lag (1985:367). Si veda la legge svedese sul riconoscimento delle decisioni nordiche in materia di genitorialità (Lag (1979:1001) *om erkännande av nordiska föräldraskapsavgöranden*) (che è stata ridenominata in relazione alle decisioni in materia di genitorialità anziché di paternità a partire dal 1 agosto 2022).

<sup>164</sup> La riforma proposta da SOU 2022:38 modificherebbe anche questa legge del 2022 per sostituire i termini di genere e per semplificare e migliorare l'attuale formulazione legislativa.

cittadino alla nascita. Se il bambino era domiciliato in Svezia alla nascita, tuttavia, la questione deve sempre essere valutata in base alla legge svedese.

Ai sensi del § 2 a della legge, in modo parallelo, una donna che è o è stata sposata con la madre di un bambino è considerata genitore del bambino, quando ciò risulta dalla legge dello Stato in cui il bambino era domiciliato al momento della nascita o, a meno che una donna diversa dalla madre sia considerata genitore del bambino ai sensi di tale legge, come risulta dalla legge di uno Stato in cui il bambino è diventato cittadino alla nascita. Tuttavia, se il bambino era domiciliato in Svezia al momento della nascita, la questione deve sempre essere valutata in base alla legge svedese. Ora che la legge svedese prevede una presunzione di paternità per il coniuge della persona che partorisce (che è sempre considerata la madre legale), tale coniuge in un caso internazionale può essere un genitore legale senza ulteriori passi legali, anche in Svezia, se la legge straniera lo prevede o se il bambino era domiciliato in Svezia alla nascita e quindi la legge svedese è applicabile.

Per poter usufruire di questi riconoscimenti automatici di status, basati su rapporti di status già stabiliti all'estero, è necessario presentare ai funzionari svedesi una documentazione affidabile relativa agli status stranieri in questione.

## 2. Riconoscimento dei certificati pubblici relativi alla genitorialità, come i certificati di nascita

Ai sensi dei §§ 3 e 3 a della legge svedese sulla genitorialità in situazioni internazionali, la relazione genitoriale può essere stabilita mediante conferma (riconoscimento) di tale relazione con l'intervento dell'agenzia dei servizi sociali di un comune svedese, se tale agenzia è tenuta a indagare sulla paternità o sulla genitorialità di una donna (ai sensi dei §§ 2:1, 2:8 a o 2:9 della FB) rispetto al bambino in questione.

Anche in questo caso si applicherà la legge svedese. Se la conferma (riconoscimento) è stata rilasciata al di fuori della Svezia, sarà considerata valida dal punto di vista formale se era valida dal punto di vista formale secondo la legge in cui è stata rilasciata<sup>165</sup>. I documenti pubblici stranieri che confermano o creano relazioni familiari legalmente protette possono essere registrati presso l'autorità statale incaricata di registrare le relazioni di stato di famiglia, che in Svezia è l'Autorità fiscale svedese (*Skatteverket*).

In questo caso diventa rilevante la riserva di ordine pubblico alle consuete norme di diritto internazionale privato. Un funzionario svedese può rifiutare il riconoscimento di un atto giuridico straniero quando il riconoscimento sarebbe "così contrario all'ordine pubblico da offendere i fondamenti

<sup>165</sup> Lag (1985:367) om föräldraskap i internationella situationer § 3 para 3.



del diritto svedese”<sup>166</sup>. Se, in base alla legge svedese, un documento pubblico che riconosce un determinato stato civile è considerato contrario all’ordine pubblico a tal punto, l’ufficiale di stato civile rifiuterà di registrarlo nel registro dello stato civile. La decisione negativa può essere impugnata davanti ai tribunali ordinari (*allmänna domstolar*, a differenza dei tribunali di diritto amministrativo).

In almeno un caso, descritto successivamente dai legislatori, tuttavia, un’importante corte d’appello svedese (nello specifico lo *Svea hovrätt*) ha concluso che non viola l’*ordine pubblico* svedese il riconoscimento da parte delle autorità svedesi di una sentenza di un tribunale americano che stabilisce sia un padre genetico che un padre sociale come “padri” legali di un bambino<sup>167</sup>.

In un caso più recente, HFD 2020 rif. 13, anch’esso riguardante due genitori dello stesso sesso, la Suprema Corte Amministrativa svedese ha deciso se la filiazione stabilita in Islanda, un altro Paese nordico, potesse essere la base per l’iscrizione della filiazione nel registro della popolazione svedese per il genitore non-madre, nel caso in cui due donne fossero indicate (in conformità con la legge islandese) sul certificato di nascita di un bambino come genitori del bambino e non vi fosse alcuna disposizione della legge svedese applicabile alla situazione.

La coppia islandese in questione si era trasferita in Svezia e aveva denunciato il trasferimento all’Autorità fiscale svedese, che li aveva registrati ma aveva deciso di non registrare alcun rapporto tra il bambino e la donna che non lo aveva partorito, adducendo la mancanza di supporto legale per riconoscere la filiazione di una donna stabilita in un altro Paese. Mentre il Tribunale amministrativo di primo grado e la Corte d’appello di secondo grado avevano annullato la decisione dell’Autorità fiscale e richiesto la registrazione della donna non fertile come genitore, la Corte amministrativa suprema (HFD) ha ripristinato la decisione dell’Autorità fiscale di non registrare il secondo genitore. La Corte ha ritenuto che il rifiuto di registrare la filiazione della donna non fertile costituisca una restrizione alla vita privata e familiare delle parti interessate, ma che la restrizione fosse legalmente fondata, avesse avuto luogo per uno scopo legittimo e fosse proporzionata rispetto agli scopi della legislazione, quindi non costituisca una violazione dell’articolo 8 o 14 della CEDU.

Tuttavia, situazioni simili di non riconoscimento di certificati di nascita stranieri che elencano genitori di sesso femminile dello stesso sesso non si verificheranno più in Svezia, grazie alla nuova disposizione di legge, in vigore

---

<sup>166</sup> Si veda ad esempio SOU 2022:38 a 504.

<sup>167</sup> Questo è descritto nella Prop. 2017/18:155 pag. 101, e si riferisce a un caso allora appena deciso che non è stato ulteriormente appellato; la Corte Suprema svedese non ha avuto modo di affrontare la questione.

dal 1 agosto 2022 e introdotta in precedenza, che stabilisce che una donna che è o è stata sposata con la madre di un bambino sarà considerata il genitore del bambino, quando ciò risulta dalla legge dello Stato in cui il bambino era domiciliato alla nascita o, se nessuna donna diversa dalla madre deve essere considerata genitore del bambino in base a tale legge, quando ciò risulta dalla legge di uno Stato in cui il bambino è diventato cittadino alla nascita<sup>168</sup>.

### 3. Riconoscimento di decisioni o provvedimenti giudiziari relativi alla genitorialità, come le sentenze definitive sui rapporti familiari

Le prime questioni legali da risolvere per qualsiasi caso con elementi internazionali in Svezia, compresi quelli riguardanti la genitorialità, sono quale tribunale o quali tribunali siano competenti a decidere il caso e quale diritto sostanziale tale tribunale debba applicare. In questo caso, la questione è come le autorità svedesi, compresi i tribunali, rispondono alle richieste di riconoscimento o di esecuzione di sentenze di tribunali e corti al di fuori della Svezia, quindi la questione della giurisdizione è, presumibilmente, risolta.

Una delle regole principali del diritto internazionale civile e processuale svedese è che il riconoscimento delle sentenze straniere richiede un supporto nella legge (legale). Esiste un'abbondante legislazione svedese in materia di stato civile in varie situazioni di attraversamento delle frontiere, purtroppo frammentata in vari strumenti giuridici, anche a seconda del mezzo giuridico con cui la paternità, la maternità o la genitorialità sono state stabilite in un determinato caso<sup>169</sup>.

Gli atti di stato civile emessi da un tribunale straniero possono essere esaminati dai tribunali generali in Svezia. Separatamente, alle sentenze straniere possono essere riconosciuti alcuni effetti in determinati contesti pregiudizievole, anche se non pienamente riconosciuti a tutti gli effetti.

#### *Competenza nei casi di accertamento o cessazione della filiazione legale*

L'azione per l'accertamento della paternità (o della genitorialità per una donna) nei confronti di una persona che è o è stata sposata o convive legalmente con la madre di un bambino può essere intrapresa da un tribunale

---

<sup>168</sup> Legge (1985:367) sulla filiazione in situazioni internazionali (già legge [1985:367] sulle questioni di paternità internazionale) § 2 a.

<sup>169</sup> M. BOGDAN, M. HELLNER, *Swedish international private and procedural law (Svensk internationell privat- och processrätt)*, (9a ed.), 2020, 214-233 (che spiega in dettaglio le varie norme e le loro interazioni nell'applicazione della legge). Una raccomandazione del SOU 2022:38 è stata quella di migliorare la legge applicabile all'accertamento della paternità in situazioni internazionali, organizzandola insieme.

svedese se il bambino è abitualmente residente in Svezia (ha la residenza in Svezia), la causa è intentata contro una persona (un uomo, una donna o una pluralità di uomini o donne) che risiede abitualmente in Svezia, o se vi sono altre ragioni particolari per consentire il procedimento in Svezia, tenendo conto dei legami della madre del bambino, dell'uomo (uomin) o della donna con la Svezia<sup>170</sup>.

### *Legge applicabile nei casi di accertamento e cessazione della paternità*

La legge applicabile per un caso di accertamento o cessazione di un rapporto di filiazione legale sarà, ai sensi del § 5 della stessa legge, quella del luogo di residenza abituale del minore al momento della presentazione della causa al tribunale di prima istanza.

Tuttavia, ai sensi del § 5, paragrafo 2, la legge svedese deve essere sempre applicata in un caso di accertamento della paternità di un bambino abitualmente residente all'estero, se l'uomo in questione ha la sua residenza abituale in Svezia, se si afferma di essere il padre genetico del bambino e se il bambino non ha un altro genitore legale ad eccezione dell'uomo e del suo coniuge, partner registrato o partner convivente<sup>171</sup>.

Quest'ultima disposizione viene utilizzata nelle situazioni in cui un tribunale conferma la paternità di un bambino nato da un accordo di maternità surrogata al di fuori della Svezia e con un padre genetico svedese.

## **4. L'eccezione dell'*ordre public* svedese alla regola principale del riconoscimento dei rapporti familiari stabiliti altrove**

Il diritto internazionale privato svedese prevede un'eccezione di *ordine pubblico*, in base alla quale il riconoscimento può essere rifiutato. Oggi questo aspetto viene spesso discusso in relazione al riconoscimento legale in Svezia della genitorialità e delle relative conclusioni giuridiche in materia di diritto di famiglia raggiunte all'estero in base al diritto straniero.

Gli accordi di maternità surrogata non sono espressamente vietati dalla legge svedese, ma l'ordinamento giuridico ha espresso il proprio rifiuto almeno alla possibile facilitazione di questa pratica, per motivi di ordine pubblico. Quando la donazione di ovuli è stata autorizzata per la prima volta

---

<sup>170</sup> Lag (1985:367) om föräldraskap i internationella situationer (modificato da Lag (2022:1322)) § 4.

<sup>171</sup> Lag (1985:367) om föräldraskap i internationella situationer (modificato recentemente da Lag (2022:1322)) § 5 comma 2. Questa eccezione alla regola principale è stata introdotta dalla Prop 2017/18:155 (Regole più moderne sulla riproduzione assistita e la genitorialità (*Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap*)) 77.

in Svezia nel 2003, è stata introdotta la disposizione FB 1:7, per chiarire nella legge che la donna che dà alla luce un bambino dopo la donazione di ovuli deve essere considerata la madre del bambino, e non (implicitamente) una madre genetica o intenzionale. La normativa è compatibile con il principio della *mater est* e, continuando a seguire tale principio, i legislatori hanno in pratica respinto la maternità surrogata<sup>172</sup>. L'idea che la maternità surrogata non debba essere consentita si basa su motivi morali e su questioni di traffico di esseri umani e sfruttamento delle donne. Non molto tempo fa, in un'indagine del 2016, è stato sostenuto che la regola del *mater est* dovrebbe essere considerata una regola vincolante a livello internazionale<sup>173</sup>. In modo forse correlato, finora i legislatori svedesi e i gruppi di esperti nominati per indagare sulla maternità surrogata e sulle questioni correlate si sono rifiutati di autorizzare la maternità surrogata in qualsiasi forma, o di promuovere percorsi facili verso la genitorialità legale per i genitori intenzionali che hanno utilizzato un accordo di maternità surrogata all'estero<sup>174</sup>.

Poiché gli accordi di maternità surrogata non si verificano in Svezia e le loro conseguenze in caso di rientro in patria non sono state esplicitamente regolamentate, le autorità e i tribunali svedesi hanno dovuto prendere decisioni difficili basate sulle proprie interpretazioni della legge e su quando invocare l'eccezione di ordine pubblico al riconoscimento dei rapporti di stato civile stabiliti all'estero. Il punto di partenza della legge svedese è che una sentenza straniera non può essere eseguita in Svezia senza un esplicito supporto legale, quindi un tribunale deve determinare quale disposizione di legge regola una determinata richiesta di riconoscimento e quindi se il risultato determina la necessità per il funzionario svedese di rifiutare comunque il riconoscimento. La conseguenza di ciò nei casi di maternità surrogata può essere una filiazione legale incoerente (“zoppicante”) per un bambino, in cui i genitori intenzionali sono riconosciuti come genitori legali nel Paese di nascita del bambino, dove spesso è stato stipulato un accordo legale di maternità surrogata, ma la filiazione legale non si applica in Svezia, il Paese in cui il bambino vivrà e in cui ha bisogno di genitori legali. In Svezia, la madre surrogata (e suo marito, se è sposata) possono essere riconosciuti come genitori legali del bambino, anche se vivono all'estero e possono essere protetti dall'imposizione di tale genitorialità nel loro sistema giuridico. Queste complessità e

---

<sup>172</sup> S. HELLBLOM, *Surrogate motherhood forbidden in law – but not in practice?* (“*Surrogatmoderskap förbjudet i lag, men inte i praktiken?*”, Norstedts juridic, JUNO nyheter, 2021-06-09 <https://www.nj.se/nyheter/surrogatmoderskap-forbjudet-i-lag-men-inte-i-praktiken> (visitato il 2023-05-15)).

<sup>173</sup> Vedi SOU 2016:11.

<sup>174</sup> Cfr. SOU 2022:38 (rifiutando ancora una volta di allontanarsi dal principio del *mater est* o dalla politica pubblica che sfavorisce la maternità surrogata).

realtà sono comprese dai legislatori svedesi, che di recente hanno escogitato nuovi modi per stabilire la genitorialità in Svezia, pur mantenendo una posizione contraria alla maternità surrogata.

### 5. Considerazione dell'interesse superiore del bambino (*barnets bästa*) e di altri diritti umani fondamentali

Come in altri Stati membri dell'UE, quando i funzionari delle agenzie pubbliche svedesi e gli ufficiali giudiziari decidono se un documento pubblico straniero, come una registrazione pubblica di un rapporto giuridico tra genitore e figlio, debba essere riconosciuto in Svezia, non solo si deve tener conto della legge direttamente applicabile e dei precedenti giurisprudenziali, ma anche di una determinazione generale dell' "interesse superiore del minore". Questo perché le conseguenze delle loro azioni si ripercuoteranno sulla vita di un bambino, e l'interesse superiore del bambino deve essere una considerazione primaria in tali circostanze<sup>175</sup>. Il punto di vista e gli interessi dei bambini devono essere presi in considerazione in qualsiasi decisione che li riguarda, come è stato sottolineato dal governo e dal legislatore svedesi quando hanno approvato una legge per incorporare, a partire dal 1 gennaio 2020, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo direttamente nel diritto nazionale svedese<sup>176</sup>.

Devono essere presi in considerazione anche altri diritti umani fondamentali, come i diritti tutelati in Europa, tra gli altri strumenti internazionali e non, dalla CEDU. Il modo in cui tale considerazione avviene durante le decisioni in materia di riconoscimento da parte dei tribunali svedesi è illustrato nelle decisioni dei casi descritti in questa sezione del capitolo.

---

<sup>175</sup> Questo secondo (tra le altre fonti giuridiche) l'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (CRC), a sua volta incorporato nella legislazione nazionale svedese. Secondo il Comitato sui diritti dell'infanzia, questo diritto deve essere rispettato in tutte le circostanze in cui i bambini, individualmente o come gruppo specifico o generale, possono essere colpiti dall'azione dello Stato, in senso lato. Si veda il Commento generale n. 14 (2013) sul diritto del bambino ad avere il suo interesse superiore preso come considerazione primaria (art. 3, par. 1), paragrafi 17-24 (sui significati di "in tutte le azioni", "riguardanti" e "bambini").

<sup>176</sup> Cfr. Prop. 2017/18:186 (Incorporazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo) 1 (che riassume il ragionamento del governo secondo cui l'incorporazione dovrebbe aiutare la Convenzione a essere utilizzata più frequentemente nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto nazionale svedese). Il disegno di legge ha portato alla legge di incorporazione, *Lag* (2018:1197) *om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter*. La Convenzione era già ampiamente applicata alla Svezia, che l'aveva ratificata nel 1990, per tre decenni prima dell'incorporazione.

## B. Casi in cui gli atti pubblici relativi alla genitorialità non sono stati riconosciuti, eseguiti o registrati nei registri dello stato civile

La Svezia ha rifiutato di riconoscere le dichiarazioni legali di un rapporto genitore-figlio, in particolare per quanto riguarda le madri intenzionali svedesi dopo una maternità surrogata all'estero<sup>177</sup>. Anche in questa categoria, tuttavia, la Corte Suprema svedese ha chiarito nel 2019 che la maternità legale di tale madre designata dovrebbe essere riconosciuta in casi eccezionali, nonostante la mancanza di una legge a sostegno del riconoscimento, e ha successivamente confermato per i funzionari statali svedesi che anche gli aspetti relativi alla custodia dei figli (responsabilità genitoriale o *vårdnad*) della sentenza straniera riconosciuta devono avere effetto legale.

Nelle particolari circostanze di quel caso, il caso “Californian Surrogacy Arrangement”, che precludeva l'adozione del bambino da parte della madre intenzionale e addirittura precludeva alla madre di continuare a relazionarsi con il bambino, perché lei e il padre del bambino si erano separati ed erano in conflitto, i diritti del bambino alla vita privata sarebbero stati violati e la Svezia sarebbe stata in possibile violazione dell'articolo 8 della CEDU se i tribunali svedesi avessero rifiutato di fornire un percorso legale per stabilire la paternità per la madre intenzionale, quindi la Corte Suprema ha riconosciuto la sentenza di paternità di un tribunale californiano<sup>178</sup>.

### 1. Il mancato riconoscimento da parte della Svezia dei matrimoni infantili e plurali

Esiste la possibilità che il mancato riconoscimento della validità di alcuni matrimoni in Svezia possa portare al mancato riconoscimento degli effetti giuridici che tali matrimoni avrebbero altrimenti generato, come la paternità di un uomo in base alla presunzione di paternità. Lo stato attuale della legislazione svedese in materia di riconoscimento (o, più precisamente, di crescente non riconoscimento) dei matrimoni celebrati all'estero merita quindi di essere menzionato in questa sede.

---

<sup>177</sup> In molti casi, la madre desiderata dovrebbe quindi perseguire l'adozione legale svedese del bambino da parte della donna considerata la madre naturale del bambino secondo la legge svedese, ma non quella in cui risiede la madre surrogata, come discusso altrove in questo capitolo.

<sup>178</sup> NJA 2019 s 504 (“The Californian Surrogacy Arrangement”). In quel caso, la madre designata era anche la madre *de facto* del bambino, sebbene non fosse la madre genetica (poiché un ovulo donato era stato utilizzato per creare l'embrione poi gestito dalla madre surrogata). La madre designata era stata dichiarata madre legale del bambino in California ai sensi della legge californiana, in un procedimento legale non contestato a cui aveva partecipato anche la madre surrogata.

In generale, negli ultimi anni in Svezia i diritti al matrimonio e alla parità di trattamento nella creazione di relazioni tra genitori e figli sono stati sempre più rispettati nell'ambito del diritto di famiglia. Un'eccezione degna di nota, tuttavia, intesa in linea con gli approcci svedesi all'uguaglianza di genere e ai diritti dei minori, è il nuovo divieto di legge che impedisce ai giudici di concedere il riconoscimento di matrimoni di minori all'estero, anche per matrimoni legalmente condotti altrove nell'UE: dal 2019, nessun matrimonio di un figlio minorenni può essere riconosciuto come valido in Svezia, anche se in circostanze molto limitate, quando non ci sono solo "ragioni speciali" ma "particolarmente importanti", i suoi effetti potrebbero essere riconosciuti<sup>179</sup>.

La precedente regola generale prevedeva il riconoscimento di un matrimonio straniero quando le parti non avevano alcun legame con la Svezia al momento del matrimonio e quindi non si sposavano all'estero per eludere la legge svedese, purché il matrimonio fosse legale nel luogo in cui era stato contratto. Ora la norma (IÄL 1:8 a paragrafo 1) prevede che "[un] matrimonio contratto secondo una legge straniera non è riconosciuto in Svezia se al momento della conclusione del matrimonio vi erano ostacoli al matrimonio secondo la legge svedese, se è probabile che il matrimonio sia stato contratto sotto costrizione, o se le parti non erano presenti contemporaneamente alla conclusione del matrimonio e almeno una di esse era allora cittadina svedese o aveva domicilio in Svezia", ma poi, come paragrafo 2, prevede che il paragrafo 1 non si applichi se entrambe le parti hanno (ora) più di 18 anni e se esistono ragioni speciali per riconoscere il matrimonio<sup>180</sup>.

Questa possibilità è stata ora ridotta per le persone che si sono sposate quando una delle parti aveva meno di 18 anni, in quanto si ritiene che sia talmente contrario all'ordine pubblico svedese (fondamentalmente incompatibile con i fondamenti del sistema giuridico svedese) da meritare non solo la protezione dell'ordine pubblico, ma anche la protezione dell'"ordine pubblico codificato", eliminando la discrezionalità del giudice in merito ai casi in cui il riconoscimento dovrebbe essere rifiutato sulla base dell'ordine pubblico, prevedendo che i giudici non abbiano alcuna discrezionalità in determinate circostanze di fatto<sup>181</sup>. La regola generale da applicare è che nessun

---

<sup>179</sup> I legislatori hanno citato come esempio il riconoscimento della validità di un matrimonio contratto quando una delle parti aveva meno di 18 anni come questione incidentale in una controversia ereditaria. L. VAIGE, cit., 1115 (che cita la Prop 2018(18) 288 *Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap* [Divieto di riconoscimento di matrimoni stranieri] 30).

<sup>180</sup> Legge (1904:26 p 1) su alcuni rapporti giuridici internazionali relativi al matrimonio e alla tutela economica) 1:8 a, modificata dai disegni di legge parlamentari svedesi SFS 2018:1973 e 2021:465.

<sup>181</sup> L. VAIGE, cit., 1115, 1118.

matrimonio contratto quando una delle parti aveva meno di 18 anni al suo inizio sarà riconoscibile in Svezia<sup>182</sup>.

La nuova disposizione è stata criticata da diversi studiosi di diritto svedese, in quanto toglie diritti ai giovani, sostituendo il giudizio degli adulti su ciò che è meglio per loro, in generale una direzione sfavorevole per il diritto di famiglia in Svezia. La regola di non riconoscere mai il matrimonio quando una o entrambe le parti avevano meno di 18 anni può essere contestualizzata, tuttavia, nel fatto che le parti che hanno successivamente raggiunto i 18 anni possono risposarsi in Svezia se si trasferiscono in Svezia. D'altra parte, è spesso nel contesto di una successiva controversia legale che viene richiesto il riconoscimento dell'esistenza di un matrimonio; il potenziale svantaggio per la persona che era minorenne al momento del matrimonio non è sempre inferiore al potenziale vantaggio o alla protezione di tale individuo<sup>183</sup>. Tuttavia, la legge 1:8 a, paragrafo 2, consente al tribunale di ritenere che in un determinato caso esistano circostanze particolari per non riconoscere il matrimonio straniero.

Le recenti modifiche al diritto internazionale privato svedese hanno anche limitato più in generale i decisori a riconoscere come validi i matrimoni stranieri che sono problematici dal punto di vista dell'ordine pubblico svedese. Non solo i matrimoni di bambini, ma anche i matrimoni poligami, i matrimoni per procura, i matrimoni "verosimilmente forzati" e tutti gli altri che non avrebbero potuto essere conclusi in Svezia quando sono stati conclusi all'estero, ora - come regola generale, fatte salve le eccezioni per "ragioni speciali" - non possono essere riconosciuti, come descritto di seguito. Si tratta di una modifica legale che riguarda soprattutto gli immigrati in Svezia che hanno contratto matrimoni poligami all'estero prima di avere un legame con la Svezia.

## 2. Matrimoni plurali (come la poligamia)

Dal 1 luglio 2021, la normativa nazionale svedese in materia di riconoscimento dei matrimoni stranieri è meno basata sul principio di *comity*, vincolato dall'eccezione dell'ordine pubblico, e più basata su un'esplicita chiarezza legislativa, volta ad aumentare la certezza del diritto, anche per i funzionari statali incaricati di decidere se riconoscere o meno ai fini svedesi determinati matrimoni stranieri. La regola generale è diventata che qualsiasi matrimonio

---

<sup>182</sup> Legge (1904:26 p 1) su alcuni rapporti giuridici internazionali relativi al matrimonio e alla tutela economica) 1:8 a, modificata dai disegni di legge parlamentari svedesi SFS 2018:1973 e 2021:465.

<sup>183</sup> Diversi studiosi hanno criticato la nuova severità della regola del non riconoscimento su questa base. Si veda, ad esempio, L. VAIGE, cit., 1118.



che non avrebbe potuto essere contratto in Svezia non sarà riconosciuto dalla Svezia, indipendentemente dal fatto che le parti avessero legami con la Svezia quando si sono sposate<sup>184</sup>. Questa nuova regola di base è soggetta a eccezioni in “circostanze speciali”, ma solo a condizione che entrambe le parti fossero maggiorenni.

La nuova norma è stata emanata specificamente per impedire il riconoscimento generale dei matrimoni plurali, in particolare poligami<sup>185</sup>. I legislatori hanno emanato questa norma sulla base delle conclusioni di un’indagine di esperti, secondo cui la legge svedese in molte aree non è scritta in modo compatibile con il riconoscimento legale dei matrimoni poligami tra gli immigrati in Svezia (o la popolazione autoctona), e anche che la poligamia in generale è dannosa per il raggiungimento di un obiettivo centrale della legge svedese: l’uguaglianza tra uomini e donne nella società<sup>186</sup>. Il gruppo di specialisti era stato nominato a causa dell’aumento di tali matrimoni tra gli immigrati in Svezia. Essi hanno raccomandato la nuova posizione nazionale contro il riconoscimento generale di tali matrimoni, nonostante la preoccupazione accademica che ciò contribuisca ai problemi degli status familiari “zoppicanti”, anche all’interno dell’UE<sup>187</sup>.

Vale la pena di notare che la nuova norma è stata adottata con l’obiezione del Consiglio di Legislazione svedese (*Lagrådet*), un organo che fornisce una sorta di controllo giudiziario consultivo prima delle leggi, ma che non ha il potere di bloccare tali leggi se il suo parere non viene accolto<sup>188</sup>. Anche gli accademici specializzati in diritto internazionale privato svedese sono stati molto critici. Il mancato riconoscimento del matrimonio può avere conseguenze sull’accertamento della filiazione, ad esempio quando la

<sup>184</sup> SFS 2021:465, progetto di legge di modifica della legge (1904:26 p 1).

<sup>185</sup> Cfr. SOU 2020:2, *Skärpta regler om utländska månggiften* [Norme più severe sui matrimoni poligami stranieri] (che esamina il crescente numero di matrimoni plurali già riconosciuti in Svezia e i problemi associati all’applicazione della legge svedese nei loro confronti).

<sup>186</sup> SOU 2020:2. In pratica, le famiglie con tre o più persone che sono coniugi legali altrove possono vivere insieme in Svezia, dal momento che la legge svedese non regola con chi gli adulti possono vivere, ma le protezioni del matrimonio legale - di importanza relativamente bassa in Svezia a causa del forte stato sociale disponibile per tutti individualmente - non saranno estese a più di due coniugi legali. Non si può essere conviventi legali nemmeno se si è sposati, secondo il § 1(3) *Sambolagen*.

<sup>187</sup> L. VAIGE, cit., 1109-1110 (che conclude che, anche quando la Svezia ha apportato modifiche per conformarsi ai requisiti del diritto dell’UE e della Convenzione europea, tende a farlo in modo conservativo, “appoggiando leggermente un approccio da *lex fori*, soprattutto quando l’ideologia di fondo del diritto svedese differisce da altri diritti europei”). Si noti che il Regolamento 2016/1191 sulla circolazione dei documenti pubblici influisce sull’accettazione ma non sul riconoscimento dei documenti pubblici di altri Stati membri dell’UE. L. VAIGE, cit., 1113.

<sup>188</sup> Le preoccupazioni sulla debolezza del potere giudiziario in Svezia sono state sollevate spesso negli ultimi anni, anche da un altro recente rapporto investigativo di esperti, questo per conto del Parlamento svedese.

presunzione matrimoniale stabilisce la paternità legale di un bambino. Può anche influire sui diritti all'eredità e al mantenimento del coniuge o dei figli.

### C. Conseguenze del mancato riconoscimento della filiazione legale stabilita al di fuori della Svezia

La conseguenza del mancato riconoscimento di un rapporto anagrafico instaurato all'estero, come quello di un figlio con un genitore, è che le due persone sono giuridicamente estranee l'una all'altra in Svezia e possono stabilire una parentela legale in Svezia (e quindi beneficiare dei suoi effetti) solo se un altro mezzo, come l'adozione, è disponibile per loro secondo la legge svedese. In alcune circostanze potrebbero trasferirsi o tornare in un'altra giurisdizione legale che riconosca il loro legame, ma ciò vanificherebbe la capacità del bambino e del genitore di diventare o rimanere residenti in Svezia.

Un'altra conseguenza del mancato riconoscimento della paternità legale stabilita al di fuori della Svezia è, come spesso si è visto nelle importanti cause della Corte Suprema svedese su questo tema, che un genitore di un bambino può avere la paternità legale in Svezia e quindi i relativi diritti, come la responsabilità genitoriale e il diritto di opporsi all'adozione del bambino, mentre l'altro genitore, una madre genetica ma non biologica del bambino, ad esempio, può essere posto in una posizione relativamente impotente. Il fatto che ciò continui a verificarsi nella legge svedese, in particolare per le madri intenzionali ma non per i padri intenzionali, è una questione di parità di trattamento sollevata da molti, tra cui il gruppo di esperti che propone riforme legali del Codice dei genitori svedese e delle leggi esistenti in materia.

Se un tribunale svedese ha effettivamente affrontato la questione e deciso formalmente che un determinato rapporto di status personale non esiste, i risultati per uno o entrambi gli individui che rivendicano tale rapporto di status possono essere peggiori per coloro che desiderano fare affidamento sul rapporto (che altrimenti potrebbe essere assunto o riconosciuto come una questione incidentale); non richiedere una decisione formale può quindi talvolta essere praticamente vantaggioso<sup>189</sup>.

#### 1. Violazione dei diritti del bambino

Il mancato riconoscimento ai sensi della legge svedese è stato ritenuto dal tribunale svedese di diritto civile come una violazione di alcuni diritti fondamentali del bambino, nei casi in cui il mancato riconoscimento potrebbe privare il bambino di un importante rapporto familiare personale già stabi-

---

<sup>189</sup> L. VAIGE, cit., 1112; cfr. anche E. MÄGI, L.-L. ZIMMERMAN, *Stjärnfamiljejuridik: Svensk familjelagstiftning ur ett normkritiskt perspektiv*, cit.

lito o comunque non servire l'interesse superiore del bambino<sup>190</sup>. Diverse potenziali violazioni sono state riconosciute dalle fonti giuridiche e dagli studiosi svedesi.

*Violazione del diritto del minore alla vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 della CEDU (assenza di diritti ereditari, rappresentanza legale, permessi di lavoro, ecc.)*

Senza l'iscrizione nel registro della popolazione svedese come genitore e figlio l'uno dell'altro, il genitore o il figlio non avranno diritti e obblighi che altrimenti esisterebbero in base alle fonti di legge nazionali e internazionali per i rapporti genitori-figli, in termini di opponibilità in Svezia. Il non genitore non potrà avere diritto a una parte della filiazione o della custodia legale del bambino, non sarà dovuto alcun assegno di mantenimento se il non genitore vive separato dal bambino e non sorgeranno diritti di successione tra i due, per fare alcuni esempi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il mancato riconoscimento da parte dello Stato di un rapporto di stato civile così importante - nonostante il rapporto sia sorto perché i genitori del bambino hanno stipulato un accordo di maternità surrogata all'estero - viola l'obbligo dello Stato di tutelare i diritti individuali dei bambini alla vita privata garantiti dall'articolo 8 della CEDU, almeno quando sono stati negati mezzi giuridici alternativi per stabilire la genitorialità legale<sup>191</sup>.

La legge svedese limita il riconoscimento legale di tali relazioni dopo la maternità surrogata, ma non nega tutte le vie alla genitorialità per i genitori previsti. Nelle situazioni in cui non sono disponibili altre vie, la Svezia ha riconosciuto tale relazione genitore-figlio<sup>192</sup>. La Svezia si ritiene quindi in regola con gli obblighi previsti dall'articolo 8 della CEDU.

Tuttavia, è possibile che l'attuale legge o prassi svedese in materia di riconoscimento della paternità accertata all'estero violi i diritti di cui all'articolo 8. La Corte nella causa *Mennesson* contro la Francia ha affermato che la sua analisi "assume una dimensione particolare quando, come nel caso di specie, uno dei genitori previsti è anche il genitore biologico del bambino", citando la filiazione biologica come una componente importante della propria identità, come

<sup>190</sup> Cfr. NJA 2019 s 504 ("The Californian Surrogacy Arrangement").

<sup>191</sup> Si veda ad esempio *Mennesson v France* (2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211). Il rifiuto della Francia di consentire la registrazione dei certificati di nascita statunitensi in Francia e la mancata autorizzazione a stabilire almeno la paternità del padre biologico in Francia hanno violato i diritti dei bambini di cui all'articolo 8 sulla vita privata, in particolare considerando l'interesse superiore dei bambini, ma non i diritti dei genitori o dei bambini alla vita familiare.

<sup>192</sup> NJA 2019 s 504 ("L'accordo californiano di maternità surrogata").

precedentemente stabilito dalla Corte<sup>193</sup>. Questo può essere un punto importante nei casi svedesi odierni in cui uno dei due genitori previsti, nello specifico la madre, è un genitore genetico del bambino, e a questo non viene data alcuna conseguenza legale a causa del principio della *mater est* (anche nei casi in cui sappiamo che la donna che ha partorito non era la madre genetica del bambino).

Inoltre, se la Svezia dovesse negare a un terzo genitore lo status giuridico di genitore di un bambino, dato il numero massimo di genitori legali che un bambino può avere (due), si consideri quanto il ragionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo sarebbe ancora applicabile. Le esigenze del bambino di avere un genitore legale sarebbero probabilmente soddisfatte dai primi due genitori legali, ammesso che siano riconosciuti in Svezia. Tuttavia, le aspettative del bambino nel singolo caso rispetto al terzo genitore non sarebbero soddisfatte, ad esempio in caso di eredità o per garantire l'identità con un determinato popolo ai fini della cittadinanza. Forse ci sono circostanze in cui uno Stato parte della CEDU violerebbe i diritti di un bambino negando il riconoscimento legale al suo terzo (o quarto) genitore legale, legalmente dichiarato genitore in un'altra giurisdizione, perché anche questa sarebbe ritenuta una violazione ingiustificata dei diritti del bambino alla vita privata e a far sì che il suo interesse superiore sia considerato una considerazione primaria. È facile accettare che i limiti legali al numero di figli legittimi che un genitore può chiedere di far registrare in una determinata giurisdizione legale violino i diritti fondamentali del bambino escluso e forse anche del genitore. Non potrebbe esserci una situazione parallela per i bambini che chiedono di registrare le identità di (tutti) i loro genitori? Un caso del genere non si è ancora presentato in Svezia, ma potrebbe verificarsi, dato che diverse giurisdizioni in tutto il mondo hanno iniziato a consentire la registrazione di più di due tutori legali o genitori, e altre hanno iniziato a riconoscere tali relazioni stabilite altrove<sup>194</sup>. Le situazioni di multigenitorialità non sono di per sé un fenomeno nuovo<sup>195</sup>, ma potrebbe essere arrivato il momento di affermarle e riconoscerle più universalmente nella legge.

---

<sup>193</sup> *Memesson* par. 100 (citando *Jäggi c. Svizzera*, no. 58757/00 (CEDU 2006-X)) al § 37).

<sup>194</sup> A titolo di confronto, si pensi agli Stati Uniti, dove sei Stati su 50 avevano introdotto leggi che consentivano espressamente ai loro tribunali di riconoscere più di due genitori per un bambino nel 2022, e diversi altri stavano considerando proposte simili. C.G. JOSLIN, D. NEJAIME, *The next normal: States will recognize multiparent families (La prossima normalità: gli Stati riconosceranno le famiglie multigenitoriali)*, The Washington Post, 28 gennaio 2022 < <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/01/28/next-normal-family-law/>> (visitato il 2023-09-23) (sostenendo, sulla base delle ricerche in materia di diritto di famiglia condotte dagli autori presso le UC Davis e Yale Schools of Law, che il riconoscimento della multigenitorialità ha reso la vita dei bambini più stabile e più sicura, non meno).

<sup>195</sup> Cfr. *id.* ("We are working on the first nationwide empirical study of case law from 1980 to the present on 'functional parent doctrines' – laws that allow courts to treat a person as a parent, even if that person is not the child's biological or adoptive parent. Our preliminary findings show that multiparent families have long existed and that they take a wide variety of forms. Examples inclu-

*Violazione del diritto del minore all'identità personale ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo.*

La mancanza di riconoscimento legale da parte degli attori statali svedesi potrebbe essere considerata una violazione dell'obbligo della Svezia, ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite, di “rispettare il diritto del fanciullo di conservare la propria identità, compresi la nazionalità, il nome e le relazioni familiari, come riconosciuti dalla legge, senza interferenze illegali”. Ciò potrebbe dipendere dalle definizioni di “interferenza illegale” e “identità... riconosciuta dalla legge” secondo un tribunale svedese o il Comitato per i diritti del fanciullo incaricato di garantire il pieno rispetto dei diritti descritti nella CRC.

## 2. Violazione dei diritti del secondo genitore (genitore non riconosciuto)

Quando a un genitore, legalmente riconosciuto come tale in una giurisdizione straniera, viene negato un riconoscimento equivalente in Svezia, si verificano non solo gravi conseguenze sociali e pratiche, ma anche legali a danno di quel genitore. I genitori possono vedersi negati i propri diritti alla vita familiare privata e a formare una famiglia. Ai genitori può essere negato il diritto di partecipazione che avrebbero altrimenti, se il rapporto di status fosse riconosciuto, ad esempio nelle decisioni mediche per conto del bambino o nelle controversie legali in cui un genitore o tutore legale è legittimato a intentare una causa, ma un estraneo legale no. Possono vedersi negare l'eredità dal figlio (secondo la legge straniera), se quest'ultimo dovesse morire prima del genitore, senza lasciare discendenti. La loro capacità di assumere la responsabilità genitoriale e la cura quotidiana del bambino può essere compromessa, nel caso in cui il genitore legalmente riconosciuto in Svezia muoia o diventi incapace, ad esempio, o decida unilateralmente di trasferirsi con il bambino.

A mio avviso, una violazione dei diritti deriva dallo squilibrio di potere che si verifica se il genitore non riconosciuto in Svezia è co-genitore con un genitore riconosciuto in Svezia; casi preoccupanti di questo tipo hanno portato a diverse recenti decisioni della Corte Suprema svedese, come discusso in precedenza in merito al mancato riconoscimento della genitorialità legale

---

de children who develop parent-child relationships with one or more stepparents, as well as children who have living biological parents but are raised primarily or exclusively by other relatives or friends. Long before statutes expressly permitted it, courts extended parental rights to people besides a child's biological parents. Such decisions reflected the understanding that these relationships can be vital to children and that protecting them is often critical to children's well-being”).

stabilita all'estero per le madri intenzionali dopo il ricorso a un accordo di maternità surrogata all'estero. Il genitore non riconosciuto, quando si vede rifiutare il riconoscimento come conseguenza di un diritto di famiglia differenziato per sesso che porta a una protezione apparentemente arbitraria per uno dei due genitori previsti, entrambi i quali hanno ugualmente aggirato, ad esempio, l'indisponibilità della maternità surrogata o della donazione anonima di sperma in Svezia, potrebbe anche far valere una discriminazione sessuale o di altro tipo ingiustificabile.

A livello dell'UE e dei Paesi nordici, la capacità del secondo genitore, così come quella del genitore legale, di godere effettivamente dei diritti e delle libertà di libera circolazione all'interno di queste regioni può essere compromessa.

**PROPOSTA  
DI DIRETTIVA**





Brussels, 28.2.2024  
COM(2024) \_\_\_ final

2024/\_\_\_ (CNS)

**PROPOSAL FOR A  
COUNCIL DIRECTIVE  
ON SOCIAL PARENTHOOD**



# EXPLANATORY MEMORANDUM

## I. CONTEXT OF THE PROPOSAL

- **Reasons for the proposal**

- a) The rise of social parenthood among Member States*

“Social parenthood” is an umbrella term used to describe the relationship between a person assuming parental responsibility and a child without genetic, biological, or gestational contribution between the former and the latter. The category includes all forms of filiation resulting from the various types of adoption, including stepchild adoption, as well as filiation resulting from donor-gamete-based medically assisted reproduction (MAP), surrogacy, *post-mortem* procreation (use of gamete after a natural parent’s death), adoption or sharing of embryos, heterologous MAP by mistake (switched gametes at the lab resulting in a child not biologically related to the intended parents), and ROPA procreation method (receiving oocytes from one’s partner).

From a broad definition of social parenthood, it is possible to isolate two constituent components relevant to the category. The first, referred to here as the positive prerequisite, relates to the potential social parent’s assumption of responsibility for the procreation resulting in the child’s birth, followed by the assumption of the parental responsibility as a conscious and responsible choice by the adult as a single parent, as a part of a couple or as a part of a different social formation, for example a multi-adult parenting group. The second component, the negative prerequisite, relates to the lack of relevance of genetic or biological heritage between both parents and the child born or of a lack of a gestation carried out by one of the intended parents prior to the child’s birth.

Social parenthood includes functional/de facto parenthood and parenthood founded on informed consent. Furthermore, it includes cases in which certain countries provide legal status to a parent-child relationship while in other states the parent and child are treated as “legal strangers”.

By including the concept of social parenthood in the legal regulation of the family, such legal harms can be avoided and more emphasis can be placed on what is central for the child: enduring care for the development of the identity of the child, in coordination with the Commission’s

2021 “EU strategy on the rights of the child”. The approach is supported by research findings from the studied jurisdictions that document existing rules of domestic law aimed at the preservation of a social parent-child relationship, that is to say, a non-biologically-based status filiationis for the protection of the best interest of the child. The term is highly relevant to EU legal development because it includes both the above-described non-biologically-based forms of parenthood/filiation based on national law and the filiation status that circulates between EU Member States and in cross-border cases between EU and non-EU countries.

Social parenting is on the rise in Europe, as some statistics show, and research has shown that more and more individuals and couples are seeking and using medically assisted reproductive techniques and adoption to become parents.

*b) Problems caused by legislative differences on social parenthood among Member States*

The differences in family law disciplines between the Member States of the European Union emerge very clearly when examining the phenomenon of social parenthood. Each Member State has adopted its legislation on adoption and artificial procreation and each regulation is the outcome of its own ethical and legal sensitivity. On the one hand, legislative competence for the legal recognition of parental ties formed in the absence of gestational, genetic or biological ties is reserved to the Member States; on the other hand, however, the phenomenon of social parenting has several strong transnational components, which might be summarised as follows:

- firstly, citizens of the European Union today move from one state to another to have access to social parenting (e.g. to have access to assisted procreation techniques that are not permitted in their home state, such as donor-gamete-based medically-assisted procreation, ROPA, surrogacy, adoption, etc.);
- secondly, Union citizens move from one state to another to obtain legal recognition of the filiation bond that they cannot obtain in their home country (e.g. the issuance of a birth certificate on which a child has two mothers);
- thirdly, Union citizens may move to a country where social parenthood is not recognised or is recognised differently than in their home country such that the legal relationship between parents and children suddenly “disappears” when they move from one country to another or is negatively affected by a “downgrading” process (i.e., the legal

status becomes different: qualitatively inferior legal treatment compared to that of the country of origin results); this might hinder the children's fundamental rights and the result might be denial of the rights they derive from parenthood under national law.

This phenomenon is accentuated and is bound to increase in light of the increasing movement of families within the European Union. Differences between Member States in the recognition of parenthood may discourage the free movement of persons and workers whose social parenthood is not recognised in the destination state. In other words, families in which there is no biological, gestational or genetic link between their members may be deterred from exercising their rights to free movement for fear that their legally-established parenthood will not be recognised in another Member State for all purposes.

To address these problems with the recognition of social parenthood for all purposes and to close an existing gap in Union law, the Commission is proposing the adoption of Union rules on social parenthood.

- **Objective of the proposal**

- a) General objective*

The general objective of this proposal is to strengthen the protection of the fundamental rights and other rights of social families in cross-border situations (including the children's right to equality, personal identity, non-discrimination, private and family life), and to maintain their rights in another Member State, taking the best interests of the child as a primary consideration.

- b) Specific objectives*

Specific objectives of the proposal are:

- to avoid discrimination in access to social parenthood (e.g.: adoptions, medically assisted reproduction, etc.) determined by age, economic conditions, nationality, health, gender, sexual orientation, and civil status;
- to avoid discrimination between children who have gestational, biological, and genetic links with their parent/parents and children who do not;
- to avoid discrimination between legal parents and social parents by assuring all of them equal treatment in employment, occupation and cross-border health care;

- to reduce the costs and burdens for social or de facto families when they find themselves in cross-border situations (such as costs for legal recognition or authentication of public documents on social parenthood);
- to prevent the cross-border downgrading of a child's legal status;
- to improve the use of IMI (Internal Market Information System), the IT application that connects national, regional and local authorities across the EU (and EEA), so that local authorities might share information about public documents on social parenthood issued in another Member State when receiving them;
- to equally balance and fully protect the rights of those who are involved in the phenomenon of social parenthood (e.g., biological parents versus social parents in adoption, donors and recipients in MAP practices, pregnant women and intended parents in surrogacy, surviving and deceased parents in posthumous practices, caregivers in cases arising from Islamic law, vulnerable women, etc.);
- to eliminate the negotiation and the indirect effects of negotiation in assisted reproduction procedures and to strengthen the value of informed consent to treatments (via a unilateral, non-negotiated, free-from-contract-rules act);
- to introduce harmonised rules related to the governance and the management of genetic heritage material and information; and
- to balance the right to know one's origins for medical or therapeutic reasons and the principle of anonymity of donors of body parts (such as gametes), bringing into equilibrium the interests of parents, donors and children.

- **Consistency with Union provisions in the policy area**

Member States have and will maintain the competence to regulate family law, including the phenomenon of social parenthood, the establishment of parenthood in domestic situations, and the recognition of foreign public documents on filiation. At the same time, the Union aims to create, maintain and develop an area of freedom and justice in which the free movement of persons with their families and the full respect of fundamental rights are ensured. Many existing instruments of European legislation already deal with social parenthood, although indirectly and as a result of different objectives (e.g. the tissue directive). Such existing instruments have become insufficient to deal with the increasing phenomenon of social parenthood, which over the years has become a supranational issue, and thus such instruments need to be improved and amended.

- 1) Directives 2004/23/EC<sup>1</sup> and 2002/98/EC<sup>2</sup> (the so-called tissue and blood directives) are not up-to-date with recent scientific techniques and do not currently target, even indirectly, the increasing phenomenon of social parenthood. Modern techniques, for instance, easily allow the safe storage of genetic patrimony and heritage (gamete cells), giving the possibility to access *post mortem* procreation: consequently, it is necessary to introduce harmonised provisions among Member States for determining the destiny of genetic cells and governing the methods of tissue retrieval and transfer, in accordance to the general principle of informed consent to treatment. This objective might be reached through an amendment of the above-mentioned directives, to include harmonised rules for governing, managing and determining permissible use of one's genetic material (such as cells, tissues and especially gametes), even after death. Consent, understood as authorisation for interference with the body, should be constructed as a unilateral, non-negotiable act, not subject to commercial or contract rules. Harmonized requirements for governance and management of genetic material in the transport and transfer of bodily organs and tissues must also be established through a common legal instrument creating a common legal basis among Member States.
- 2) Regulation (EU) 2016/679<sup>3</sup> lays down general rules on the protection of personal data, especially those related to health status. The processing of special categories of data related to health status without consent of the data subject may however be necessary, not only for reasons of public interest in the areas of public health, but also to protect the fundamental right to health of children born from techniques involving, in any capacity, assisted procreation and the use of donor cells. Thus, Member States should enforce this right through the provision of rules guaranteeing access to information on a gamete's donor for therapeutic (treatment) purposes. With such rules it will be possible to pre-

---

<sup>1</sup> Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells.

<sup>2</sup> Directive 2002/98/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC.

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance).

vent and treat genetically-transmissible diseases more easily in children born after gamete donation. Member States should also be encouraged to introduce a specific proceeding that guarantees anyone born after assisted reproduction access to the donor's or donors' health information when needed for therapeutic reasons. The interpellation procedure must guarantee and protect both the rights of the applicant and the rights of the donor.

- 3) Regulation (EU) 2016/1191<sup>4</sup>, which promotes the free movement of citizens by simplifying the requirements for the submission of certain public documents in the European Union, allows citizens of the European Union to move from one Member State to another without the need for legalization or other similar formalities (e.g., apostille) with respect to certain public documents; the regulation also simplifies the formalities related to the translation of public documents and certified copies. The catalogue and type of public documents to which the Regulation applies are circumscribed by its Article 2: in family matters, in particular, the Regulation applies to public documents attesting to birth, filiation, and adoption. Member States have been asked to notify the European Commission of the list of public documents to which the Regulation applies, which is published on the European Justice Portal. However, the catalogue of existing public documents on parenting—and particularly social parenting—is known to be much larger than that included by the Regulation and those submitted to the European Commission by Member States. The non-application of the benefits of the Regulation to public documents on certain types of social parenting is an obstacle to the movement of families within the European Union. It would therefore be appropriate that, as Article 26 of the Regulation provides, the objective scope be expanded in the future, to include further categories of public documents on social parenting<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

<sup>5</sup> Such as those on: 1) representation and guardianship of the child (including acts of appointment of guardian by the parent and orders of appointment of guardians); 2) custody of the child (including agreements regarding custody of the child and financial obligations to the child, including out-of-court agreements); 3) informed consents to medically assisted artificial procreation and withdrawal of such informed consents; 4) placement orders concerning custody of a child (into or out of “foster care” placement or “private placement”); 5) acts of acknowledgement of a child including acts of recognition of a child before birth; 6) acts made in conjunction with adoption proceedings (for example declarations of consent of one parent to the adoption of the child by the other parent in the case of stepchild adoption); 7) acts confirming adult cohabitation or cohabi-



- 4) Directive 2011/24/EU<sup>6</sup> on the application of patients' rights in cross-border healthcare stipulates that Member States shall ensure that the costs incurred for the health care of a person insured in another Member State shall be reimbursed by his or her Member State of affiliation, provided that the health care in question is among the benefits to which he or she is entitled in the Member State of affiliation. Consequently, couples or individuals who need to travel to another Member State of the union to access medically assisted procreation are not always entitled to reimbursement of health care costs incurred, but only in cases where the technique performed is permitted by the legislation of their State. Therefore, it seems appropriate to provide for an amendment to Directive 2011/24/EU that expands the possibilities of obtaining reimbursement for healthcare costs incurred abroad: today the requirement is that the healthcare in question is among the benefits to which the insured person is entitled in the Member State of affiliation. It could be provided that the condition for reimbursement is that the healthcare in question is not against the fundamental constitutional principles, values, or identity of the Member State of affiliation, or not against its public policy. This solution would prevent only wealthy people from having access to artificial procreation, as opposed to poor people; in other words, it would prevent discrimination in access to parenthood based on wealth.
- 5) Directive 2004/38/EC<sup>7</sup> on the right of the citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States entails the right to equal treatment and the prohibition of obstacles in matters such as the recognition of names and the recognition of court decisions. As recently ruled by the Court of Justice of the European Union, the directive already requires the Member States to recognise the parenthood of a child as established in another

---

tation between a social parent and a child (such as Italian registry family certificates, act of cohabitation, etc.); 8) acts with which legal custodians to a child (usually the parents) transfer some of their right to a parental leave to a person that is not the child's parent or equated with a parent (with reference to the Swedish legal system); and 9) parenting powers of attorney (documents with which a legal parent delegates or shares a certain decision making authority).

<sup>6</sup> Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare.

<sup>7</sup> Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

er Member State for the rights that the child derives from Union law. To make sure that this right is fully respected, it is necessary to establish a European filiation certificate with entailed effects limited to the rights guaranteed by the European Union, allowing the full exercise of the right to free movement between Member States. The legal basis for such a certificate would be not only the aforementioned directive but also Articles 20-21 TFEU and the case law of the Court of Justice of the European Union, which obliged a Member State (Bulgaria) to register a birth certificate recognizing two mothers for the sole purpose of applying European Union law (C-490/20: VMA case, “Pancharevo”).

Any citizen of the European Union would have both a filiation certificate issued by his or her Member State (valid and effective in the state that issued it and in states that register or recognize it) and a European filiation certificate that is automatically valid and effective throughout the European Union.

- 6) Directive 2000/78/EC<sup>8</sup> lays down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation. It enforces the principle of equal treatment in the Member States. In many States, the lack of legal recognition of a family tie produces discrimination of various kinds; among them discrimination in employment and welfare. For example, a social parent might not have access to work leave to be able to care for his or her child in cases where the child is ill, or has a disabling illness or disability, etc. As a consequence, national authorities should therefore interpret domestic law in light of and in accordance with directive 2000/78/EC and thus disapply domestic law that produces any discrimination against social parents in employment and welfare.
- 7) Regulation (EU) No 1024/2012<sup>9</sup> introduces The Internal Market Information System (‘IMI’), a software application accessible via the internet, developed by the Commission in cooperation with the Member States, in order to assist Member States authorities with the practical implementation of information exchange requirements laid down in Union acts by providing a centralised communication mechanism to facilitate cross-border exchange of information and mutual assistance.

---

<sup>8</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

<sup>9</sup> Regulation (EU) No 1024/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System and repealing Commission Decision 2008/49/EC (‘the IMI Regulation’).

Member State should be encouraged to use IMI to exchange (share) information on public documents related to social parenthood also, e.g. to verify their authenticity.

- 8) Regulation (EU) No 2201/2003 of 27 November 2003 (“Bruxelles IIbis”) and its recast, Regulation (EU) No 1111/2019 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (“Brussels IIter”); although these instruments define matters of parental responsibility extremely broadly, including public law (foster care) type orders, they apply only in civil matters of divorce, legal separation or marriage annulment and of the attribution, exercise, delegation, restriction or termination of parental responsibility; they do not address thoroughly and explicitly, however, the phenomenon of social parenthood as affecting matters within its scope. The directive would complement these regulations on issues of social parenthood.

- **Consistency with international conventions**

Many international law provisions, as well as Union law and Member States’ laws, rule that all children have the same rights without discrimination, irrespective of how the child was conceived or born (for example through MAP), regardless of the existence of a genetic, biological or gestational link between the child and the parent (as in the adoption case).

As the proposal aims to protect the rights of children in cross-border situations, it is consistent with:

- 1) the European Convention on Human Rights, which provides for the right to respect for private and family life (art. 8), for the prohibition of discrimination on any ground such as birth or other status (art. 14 and 1 of protocol no. 1) and with the related case law of the European Court of Human Rights;
- 2) the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (‘UN Convention on the Rights of the Child’), which provides that States Parties must ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment based on the status or activities of the child’s parents (art. 2); that, in all actions concerning children, whether undertaken by courts or legislative bodies, the best interests of the child must be a primary consideration (art. 3); and that children have the right to an identity and to be cared for by their

parents (articles 7 and 8); that a child shall not be separate from his or her parents against their will (art. 9); that no child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family (art. 16); and that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child (art. 18).

- 3) the Treaty on European Union, which promotes the rights of the child (Article 3(3) and the protection of the human rights of the children, Article 3(5) TEU);
- 4) the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'). The Charter guarantees, in the application and implementation of Union law, the protection of the fundamental rights of children and their families. These rights include the right to respect for private and family life (Article 7), the right to equality before the law (Article 20), the right to non-discrimination (Article 21), and the right of children to maintain regularly a personal relationship and direct contact with both parents if it is according to their best interests (Article 24); the duty to consider the child's best interests must be a primary consideration in all actions relating to children (Article 24(2)).
- 5) the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, which all Member States ratified. The Convention stipulates that recognition of intercountry adoptions is automatic in all signatory states, without the need for any specific procedure for recognition to be effective, and that recognition may be refused only if the adoption is manifestly contrary to the public policy of the state concerned, taking into account the best interests of the child. However, the Hague Convention does not cover the situation of a family with a child adopted under a purely national procedure which then moves to another Member State. This can lead to significant legal difficulties if the legal relationship between the parent(s) and the adopted child is not automatically recognised. Additional administrative or judicial procedures may be required, and in extreme cases recognition may be refused altogether.

- **Consistency with other Union policies**

The proposal draws on several policy initiatives. These include:

- 1) The Council of the European Union's proposal for a Regulation on standards of quality and safety for substances of human origin intended for human application and repealing Directives 2002/98/EC and

2004/23/EC, which establishes measures setting high standards of quality and safety for all substances of human origin ('SoHOs') intended for human application and for activities related to those substances in order to ensure a high level of human health protection, in particular for SoHO donors, SoHO recipients and offspring from medically assisted reproduction. This Regulation is without prejudice to national legislation which establishes rules relating to aspects of SoHOs other than their quality and safety and the safety of SoHO donors.

- 2) The Council of the European Union's proposal for a Regulation on filiation no. 2022/0402 (CNS), which lays down common rules on jurisdiction and applicable law for the establishment of parenthood in a Member State in cross-border situations; common rules for the recognition or, as the case may be, acceptance in a Member State of court decisions on parenthood issued, and authentic instruments on parenthood drawn up or registered, in another Member State; and creates a European Certificate of Parenthood.
- 3) The European Parliament resolution of 2 February 2017 with recommendations to the Commission on cross-border aspects of adoptions and a Regulation proposal to the Council of the European Union. The resolution states that the absence of provisions for the recognition of domestic adoption orders, i.e. concerning adoptions that are carried out within a single Member State, causes not only significant problems for European families who move to another Member State as the adoption may not be recognised (meaning that the parents may have trouble legally exercising their parental authority); it puts at risk the rights of children to a stable and permanent family; obliges the family to go through specific national recognition procedures or even re-adopt the child; and thus prevents families from freely and fully exercising free movement rights. For this reason, the proposal provides for the automatic recognition of adoption orders made in a Member State, on the condition that recognition must not be manifestly contrary to the public policy of the recognising Member State. The proposal also provide for a European Certificate of Adoption whose model is to be adopted as a Commission delegate act.
- 4) The 2010 "European Council Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens" and the following "Commission Action Plan Implementing the Stockholm Programme".
- 5) The 2010 Green Paper entitled "Less Bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records".

- 6) The 2021 "EU Strategy on the rights of the child", which followed the 2020 Commission's announcement to ensure that parenthood established in a Member State would be recognised in all other Member States, and the 2020 EU LGBTIQ Equality Strategy.
- 7) The 2022 European Parliament Resolution on the protection of the rights of the child in civil, administrative and family law proceedings.
- 8) The jurisprudence of the European Court of Justice, which recently stated that European Law must be interpreted as meaning that, in the case of a child, being a minor, who is a Union citizen and whose birth certificate, issued by the competent authorities of the host Member State, designates as that child's parents two persons of the same sex, the Member State of which that child is a national is obliged (i) to issue to that child an identity card or a passport without requiring a birth certificate to be drawn up beforehand by its national authorities, and (ii) to recognise, as should any other Member State, the document from the host Member State that permits that child to exercise, with each of those two persons, the child's right to move and reside freely within the territory of the Member States (Case C-490/20). Member States are already obliged by existing Union law to recognise the parenthood of a child as established in another Member State for the purpose of the exercise of the rights that the child derives from Union law, in particular on free movement.
- 9) The European Parliament legislative Resolution of 14 december 2023 on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood COM(2022)0695.

## II. LEGAL BASIS, SUBSIDIARITY, PROPORTIONALITY, CHOICE OF THE INSTRUMENT

- **Legal basis**

The proper legal basis for this proposal is Article 81(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union, which provides that the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications.

Moreover, this proposal for a directive is also consistent with the provisions of the Treaty, and in particular with: Article 4(2)(j), which provides that shared competence between the Union and the Member States

applies in the area of freedom, security and justice; Article 19 that allows the Council take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation; Article 20(2) point (a) which concerns the right of every European citizens to move freely within the territory of Member states; Article 21(2), 45, 49 and 56 which concern measures in the field of the right to move and reside freely within the territory of the Member States; Article 67(4), which concerns the mutual recognition of judgments and decisions; Article 168(4), point (a), which concerns measures setting high standards of quality and safety of organs and substances of human origin, blood and blood derivatives (measures that shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures).

- **Subsidiarity (for non-exclusive competence) and proportionality**

This proposal complies with the requirements of subsidiarity and proportionality. Since the objective of this Directive cannot be sufficiently achieved by the Member States and can be better achieved at Union level, the Union may adopt measures in accordance with the principle of subsidiarity and proportionality as set out in Article 5 of the Treaty on European Union (TEU). In accordance with these principles, European Union actions should be undertaken only if their objective cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of their scale and effects, be better achieved by the EU. Member States cannot act alone to set up a legal framework for:

- the governance and management of genetic material. As a matter of fact, article 152 specifies in (4)(a) that measures should be adopted setting high standards of quality and safety of organs and substances of human origin, blood and blood derivatives. In light of this, the article provides that actions should address issues that have a trans-national dimension, where common approaches are required, or where there is a need for effective co-operation and coordination. The measures set out in this proposed Directive, which amends Directive 2004/23/CE, incorporate provisions on indemnity for cell donation, informed consent, anonymity of gamete donors' data, management of cells in the event of death of the donor, processing of genetic data and data concerning the health. They do not prevent Member States from maintaining or introducing more stringent protective measures, in conformity with the Treaty, and do not

affect national provisions on the donation or medical use of embryos, tissues and cells of human origin, nor do they change the requisites to access MAP provided by national legislation; this Directive does not interfere with decisions made by Member States concerning the use or non-use of any specific type of human cells, including germ cells and embryonic stem cells.

- the cross-border recognition of filiation orders, the exemption from legalisation of public documents on social parenthood, the institution of a birth certificate for the purposes of rights derived from Union law. The proposal goes no further than absolutely necessary to ensure the stability of the legal situation of children. It does not affect the family law of the Member States nor the competence of the Member States to adopt substantive rules of family law such as rules on the definition of family or rules on the establishment of parenthood in domestic situations. It does not affect the competence of the authorities of Member States to deal with parenthood matters, and the European Certificate that this Directive creates is created only to produce the effects that are already provided by Union law (such as the freedoms of movement and establishment within the European Union). The directive simply sets a minimum standard for the circulation of families within the European Union to be free of any kind of discrimination based on the presence or the absence of genetic, gestational or biological relationship between parents and children. The directive is in compliance with art. 81(3) of the TFEU, which allows the Council to establish measures concerning family law with cross-border implications, to favour their right to free movement. The proposal does not try to harmonise family law and does not impose the recognition of public documents on Member States.
- equal treatment of parents in employment. The prohibition of discrimination in the field of employment and occupation exists in the Member States, but its scope, contents and enforceability vary significantly. Such a divergence might put at risk, within the scope of European Union competence, the effectiveness of the fundamental principle of equality in employment, provided by art. 19 of the Treaty. In view of article 5 of the Treaty, the goal to avoid any kind of discrimination in the field of social parenthood might be better achieved with a supranational instrument that forbids any kind of discrimination in employment, taking account of the different national situations. The rise of the phenomenon of social parenthood determines the need to



amend the European directive on employment discrimination so that its scope might include the prohibition of discrimination based on the type of family of the workers.

- cross border healthcare within the EU, which might be facilitated only through European cooperation (since cross border healthcare has, as the name already explicit, many European-wide trans-national aspects, which are already governed by Directive 2011/24/EU); the existing instrument need to be implemented and coordinated to the new phenomenon of social parenthood and to the achievements of new MAP techniques. The proposal fully respects the right of Member States to define the requisites to access MAP and regulate artificial procreation techniques and does not oblige any Member State to extend the scope of their national law on MAP.

Therefore, the objectives of this proposal, by reasons of its scope and effects, would be best achieved at the Union level in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality.

- **Choice of the instrument**

- 1) Choice of the directive instead of Regulation

Although the adoption of specific uniform rules on social parenthood in cross-border situations would be desirable within the EU, the preferred legal instrument is a Directive: only a Directive would respect the specificities of each jurisdiction on matters such as MAP, adoption, public documents and filiation more generally. Member States would be able to identify the appropriate tools to achieve the goals of the Directive, without any kind of intrusion into their competence and jurisdiction. It must also be considered that recent legislative proposals of the Council such as the Proposal for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood (COM (2022) 695 final) were rejected by many national Parliaments of the view that they violate the competence of Member States and the principle of subsidiarity.

This proposal does not intend to amend the text of the Council of the European Union's proposal for a Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of

Parenthood (no. 2022/0402 CNS) and constitutes an autonomous and independent proposal for a directive.

## 2) Choice to amend the existing instruments

Abstractly, the most effective choice would be to have a unique specific instrument on social parenthood, governing all the profiles of this phenomenon. This complete and wide legal source would balance the best interests of the child and the need to respect the dignity of all stakeholders involved (e.g., the pregnant woman in surrogacy) in the “new” procreative processes (MAP), during the adoption process, or during the establishment of parenthood without gestational, biological or genetic link. The wide single source would allow the European Union to meet the needs of systematic order and intelligibility of the system, which would benefit Member State legislators and the stakeholders in the application of the discipline.

Nonetheless, many EU instruments already deal with the phenomenon of social parenthood and might be amended as such: the Tissue Directive (2004/23/EC) and Blood Directive (2002/98/EC), the cross border healthcare directive (Directive 2011/24/EU), the Directive on equal treatment in employment and occupation (2000/78/EC). Thus, on one hand, this directive includes amendments to some pre-existing European instruments, and on the other hand introduces new specific and autonomous rules which are governed for the first-time at a European level (such as those on circulation of public documents or the institution of a European certificate of birth).

## 3) Choice to regulate the matter with a single instrument

As outlined in the project proposal, the topic of social parenthood affect several policies, it is transversal for different fields of the science, and concerns numerous profiles, such as governance and management of genetic heritage; recognition and applicable law; formalities related to the cross-border acceptance of public documents on parenthood; cross-border healthcare and equal treatment in employment and occupation, and more. These are very different topics that could be regulated in different and autonomous directives: indeed, the following directive proposal can be divided into different directive proposals, taking into account the different chapter, if it is considered the most effective strategy. However, as outlined in the project proposal, a single comprehensive legal instrument

is preferable, by regulating therapeutic self-determination in artificial procreation as the constitutive element of the legal phenomenon, on the one hand, and all its consequences, i.e. the protection of parenthood, on the other. A unique and comprehensive proposal can show the complexity of the studied phenomenon and the different implications involved.

### III. RESULTS OF EX-POST EVALUATIONS, STAKEHOLDER CONSULTATIONS AND IMPACT ASSESSMENTS

- **Stakeholder consultations**

In preparing this proposal, an extensive consultation was conducted. On 19 and 20 October 2023, a civic assembly on social parenthood was held in Milan, attended by 152 citizens drawn by lot. The assembly aimed to ask questions on social parenthood (especially on adoption, surrogacy, MAP, institution of a European birth certificate, etc.). The assembly was conducted by the association “Eumans” and funded by the European Union within the EU-funded project “Transnational European Assembly”.

Most of the participants were Italian, but there were also people from Spain, Belgium, Germany, Romania, France and Poland. During the first day of the assembly, there were four panels held by experts on the topics of adoption, assisted reproduction, gestation for others and the recognition of the legal status of children. Subsequently, the organisers identified 50 participants by lot with the help of the association Prossima Democrazia and the open source software Panelot. The causal selection aimed at inclusiveness. The statistical element applied to the draw ensured that the sample was as representative of society as possible.

During the second day of the assembly, the selected 50 citizens took part in five debates on specific topics where they drew up recommendations on the topic of social parenting. The recommendations were first voted on by a plenary and then also by participants at home via a digital platform.

The assembly approved recommendations which were aimed at regulating the phenomenon of social parenthood also in cross borders situations, establishing a European Birth Certificate and creating a European Civil Status Registry of births.

---

<sup>10</sup> <https://www.eumans.eu/index.php/assemblea-civica-estratta-sorta-sulla-genitorialita-sociale>

- **Collection and use of expertise**

Besides the above-mentioned stakeholder consultations, expertise from other sources were used and collected. In particular:

- the policy brief to the Commission drawn by the “Just Parent European Project”, which, among others, includes those recommendations to the Commission: to eliminate all negotiation and indirect effects of negotiation in biolaw; to prioritize women’s dignity throughout any kind of artificial procreation procedure; to promote equality in access to parenting (without discrimination for age, economic status, nationality, health, gender, sexual orientation, civil status; to armonise rules among EU on governance and management of genetic heritage, knowledge of own origins, decisionmaking over human reproductive cells and embryos after a genetic parent’s death, cell management in case of donor’s death without provisions for it, mutual recognition of public documents on parenthood, exemption from legalisation and other formalities for public documents, use of IMI (“internal market information system”), cross border health care, discrimination in employment and occupation;
- the policy recommendations to the Commission drawn by the “Identities on the move, documents cross borders European Project”, which, among others, suggests that the Union should extend the scope of the Regulation by including more public documents (such as those that will be included in this Directive).
- the Final Report “The feasibility of one or more private international law instrument on legal parentage” drawn by the Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy project of the Hague Conference on Private International Law, which stressed the need of a instrument to provide greater predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all persons concerned, taking into account their human rights, including, for children, those enshrined in the *United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC)* and in particular their right that their best interests be a primary consideration in all actions taken concerning them. Although the report was on legal parentage (defined as “the parent-child relationship established in law”, this notion might also included social parentage, when countries provide legal status to parent-child relationships in absence of genetic, biological or gestational links (e.g. through adoption, decision of an authority, etc.)

- **Impact on Fundamental Rights**

As explained above, the current problems with the recognition of social parenthood lead to situations that might infringe the fundamental rights and other rights of those who are involved in the establishment of parenthood in absence of gestational, biological or genetic link: children born out of MAP, adoptees, gamete' donors, intentional parents, etc. In accordance with the Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, the Commission has ensured that the proposal complies with the rights set out in the Charter and more importantly, that it further promotes their application. In particular, by establishing a general legal framework of social parenthood, this Directive aims at protecting:

- The fundamental right to health of all the stakeholders involved (art. 35 of the Charter of fundamental rights of the European Union). In this case, this directive specifically protects the right to health of the donors of gamete, to whom this directive intends to guarantee the maximum level of protection, by promoting free screening or medical examinations to ascertain their state of health, or by encouraging Member States to give them reimbursement of expenses, and by imposing to Member States a periodical up-to date adjournments of their national provisions on donations of tissues and cells. The directive also protects the rights to health of the child born through MAP, who needs a rapid and effective access to the genetic and health data of the gamete donor's, for therapeutic reasons.
- The fundamental right to informed consent (art. 3 of the Charter), which imposes a full and complete informed consent in the fields of medicine and biology and explicitly forbids anyone from making the human body and its parts as such a source of financial gain. Thus, this right must be reinforced for all of those who are involved in the artificial procreation procedure.
- The fundamental right to identity, non discrimination, respect for a private and family life, free movement, best interests of children (art. 7, 21, 24, 45 of the Charter). These rights might be infringed when adopted children or children born through MAP are deprived of their legal status and of the parenthood established in another Member State. By facilitating the recognition of parenthood between Member States, the proposal aims to protect the fundamental rights of chil-

dren in cross-border situations and to ensure the continuity of parenthood status within the Union, regardless of the method through which they were conceived or the existence of any type of adoption. Also, this directive aims at guaranteeing non discrimination between families in the area of work.

- The fundamental right of protection of personal data (art. 8 of the Charter); personal data of the gamete's donor might be processed only in strict exceptional cases, when necessary to protect the right to health of a subject born through filiation resulting from donor-gamete-based medically-assisted procreation. Also, only strictly needed data might be accessible in case of lack of the donor's consent.

#### IV. BUDGETARY IMPLICATION

Member states may incur in the costs needed to conduct periodic popular consultations or referenda and to give an indemnity to the gamete's donor provided by article 4 of this Directive. New costs might arise for Member states from the mandatory procedure provided by article 7 (access to data and information of donor's), as well as for the required new harmonised rules on management of cells and tissues in the event of the death of their donor. Member states should also pay the expenses of introducing and implementing the new European Certificate of parenthood for the purposes of rights derived from union law and for the new types of administrative cooperation introduced by this Directive. Some more costs might derive from the implementation of the right to reimbursement of health care costs in cross borders situations, since this directive broadens the cases in which a Member States should reimburse medical costs paid by their citizens in another Member state. Member states might also incur in one-off costs arising from the need to train judges, lawyers, civil registrars. Also the provisions in the proposal concerning the use and extension of the IMI system would have an impact on the Union budget, but this impact is rather small since the IMI system already exists and would only need to be implemented. None of these costs are significant and each of them would be in any case outweighed by the advantages and cost savings brought about by the Directive.

## V. OTHER ELEMENTS

- **Explanation of the provisions of the proposals**

The proposal consists of nine Chapters:

**Chapter I - Subject matter, scope and definitions.** This chapter sets out the subject matter of the directive, its objectives, and there are definitions of relevant expressions such as ‘social parenthood’, ‘de facto parenthood’, ‘medically assisted procreation’, ‘adoption’, ‘informed consent’, ‘filiation’ and ‘public documents’.

**Chapter II - Governance and management of genetic heritage.** This chapter includes provisions amending some articles of Directive 2004/23/EC: in particular, under this Directive, Member States will have to conduct popular consultations or referenda on the governance and management of genetic heritage and will have to periodically update national regulations on the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. This directive also better specifies the nature and type of compensation for donors of tissues and cells and introduces the principle that under no circumstances should reimbursement be commensurate with the amount of tissues and cells donated. It also introduces specific and detailed rules on informed consent to donation and on the management of donated cells or tissues in the event of the donor’s death (both in cases where the donor has established the fate of the cells by deed and in cases where he has not done so). Furthermore, the principle of anonymity of the donor of cells and tissues is stressed, unless he/she expressly consents otherwise, and it is provided that information and data on the donor’s health may be accessible for the protection of the fundamental right to health of the recipient of his/her tissues or cells or of those born through the donor’s gametes. The directive also introduces specific rules on the protection of personal data in the case of gamete donation, thus complementing the GDPR.

**Chapter III - Recognition and applicable law.** This chapter introduces rules on the recognition of public documents relating to parenthood, providing what are the requirements for automatic recognition; it also provides that the recognition of a public document may be full or partial and expressly provides for the ‘downgrading’ of the child’s legal status when moving from one Member State to another within the European Union.

In addition, certain rules are introduced on the adaptation of public documents when brought in another Member State and on the applicable law to the establishment of parenthood.

**Chapter IV - Simplification of formalities related to the cross-border acceptance of public documents.** This chapter introduces rules under which public documents relating to parental responsibility can be copied between member states without the need for legalisation or similar formalities such as Apostille. Similar simplification rules concerning certified copies of public documents in family matters are also provided for.

**Chapter V - European certificate of parenthood for the purposes of rights derived from union law.** This chapter introduces a European Certificate of Parenthood. This certificate shall produce throughout the Union only the effects deriving from European law. The chapter includes rules on the establishment of the certificate, the content of the certificate, its effects, the procedure for issuing it and the competence of the national authorities that are to issue it.

**Chapter VI - Administrative cooperation.** This chapter introduces some rules concerning administrative cooperation between Member States via IMI in the areas covered by this directive.

**Chapter VII - Cross border healthcare and equal treatment in employment and occupation.** This chapter extends the scope of the cross-border healthcare directive and introduces a ban on employment discrimination due to the type of family the worker belongs to (regardless of the existence of a biological, genetic or gestational link between the worker and his or her children).

**Chapter VIII - Relationship with other provisions.** This chapter regulates the relationship between this directive and other European Union instruments and international conventions.

**Chapter IX - General and final provisions.** This chapter introduces some general and final rules concerning the information to be communicated by the Member States to the European Commission, transposition by Member states and the entry into force.



2024/\_\_\_\_ (CNS)

Proposal for a

**COUNCIL DIRECTIVE**

**on social parenthood**

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Articles 67(4) and 81(3) and 168(4), point (a), thereof,

Having regard to the proposal from the European Commission,

After transmission of the draft legislative act to the national parliaments,

Having regard to the opinion of the European Parliament,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee,

Acting in accordance with a special legislative procedure,

Whereas:

(1) The Union has set itself the objective of creating, maintaining and developing an area of freedom, security and justice in full respect of fundamental rights in which the free movement of persons and access to justice are ensured, in accordance with the Treaties and Charter of Fundamental Rights of the European Union (the ‘Charter’). For the gradual establishment of such an area, it is necessary that the Union adopt measures relating to judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, including in the area of family law.

(2) This Directive establishes a general framework for the protection of social parenthood in cross borders situations. Furthermore, this Directive promotes cooperation between the Member States of the European Union in matters of social parenthood, while fully respecting national competences in family law.

(3) For the purposes of this Directive, social parenthood means any kind of relationship between a person assuming parental status or parental responsibility and a child, in the absence of a genetic, biological, and gestational contribution between the former and the latter.

(4) Social parenthood includes all forms of filiation resulting from the various types of adoption, including full, mild, simple and stepchild adoption. In particular, adoption should be considered as a permanent, legal parent-child relationship, constituted or recognised by a judgment or an administrative decision, between a child who has not yet reached the age of majority and a new parent or parents who are not biological parents of that child, regardless of how that legal relationship is named in their national law. This Directive only applies to domestic adoptions, in which the child and the adoptive parent or parents have their habitual residence in the same Member State and where the adoption creates a permanent parent-child relationship. This Directive does not apply to intercountry adoptions, where the child and the adoptive parent or parents have their habitual residence in different States, irrespective of whether it involves two Member States or a Member State and a third State, and irrespective of whether or not an intercountry adoption is covered by the Hague Convention.

(5) Social parenthood also includes filiation resulting from donor-gamete-based medically-assisted reproduction, such as medically-assisted procreation (MAP) using a couple's own gametes, surrogacy, ROPA (receiving oocytes from the partner), post-mortem procreation (use of gametes after a natural parent's death), adoption of embryos, heterologous MAP by mistake (switched gametes at the lab resulting in a child not biologically related to the intended parents), embryo sharing or embryo adoption.

(6) Social parenthood further includes functional/de facto parenthood by adults in actual parenting roles with a child and parenthood founded on informed consent more generally.

(7) This Directive addresses several strong transnational components of social parenting. Citizens of the European Union today move from one state to another to have access to social parenting, to have access to adoption or to assisted procreation techniques that are not permitted in their home state; union citizens also move from one Member State to another to obtain legal recognition of the filiation bond that they cannot obtain in their home country; furthermore, union citizens may move to a country where social parenthood is not recognised or is recognised differently from their home country so that the legal relationship between parents and children suddenly is mined by a 'downgrading' process when they move from one country to another (i.e., the legal status becomes different: qualitatively inferior legal treatment compared to that of the country of origin).

This phenomenon might hinder the children's fundamental rights and the result might be the denial of the rights that they derive from parenthood under their national law.

(8) For the aforementioned reasons, differences between Member states in the government and recognition of social parenthood may discourage the free movement of persons and workers where social parenthood is not recognised in the destination Member State. Families, where there is no biological, gestational or genetic link between their members, may be deterred from exercising their right to free movement for fear that the parenthood will not be recognised in another Member State for all purposes. This might hinder the application of articles 21, 45, 49 and 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) which confer on Union citizens the right to move and reside freely within the territory of the Member States, compromising the right of Union citizens not to face any obstacles and the right to equal treatment with nationals in the exercise of free movement.

(9) Under the Treaties, the competence to adopt substantive rules on family law, such as rules on the definition of family and rules on the establishment of the parenthood of a child, lies with the Member States. However, pursuant to Article 81(3) TFEU, the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications. Moreover, pursuant to Article 19 of the Treaty, the Council take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation; pursuant to Article 20(2) point (a) of the Treaty, union citizens have the right of every European to move freely within the territory of Member states; pursuant to Article 21(2), 45, 49 and 56 of the Treaty, citizens have the right to move and reside freely within the territory of the Member States; pursuant to Article 67(4) of the Treaty, the Union shall facilitate access to justice, in particular through the principle of mutual recognition of judgments and decisions; pursuant to Article 168(4), point (a) of the Treaty, the Union can adopt measures setting high standards of quality and safety of organs and substances of human origin, blood and blood derivatives (measures that shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures).

(10) This Directive aims at strengthening the protection of the fundamental rights and other rights of children who do not have a genetic, biological and gestational link with their parents in cross-border situations (the chil-

dren's right to equality, personal identity, non-discrimination, private and family life), at maintaining their rights in another Member State, at taking the best interests of the child as a primary consideration.

(11) While the Union has competence to adopt measures on family law with cross-border implications, the Union has not adopted general and common provisions in the area of social parenthood. In fact, many existing instruments of the European legislation already deal with social parenthood, although indirectly and as a result of different objectives. Such existing instruments (Directives 2004/23/EC; Regulation (EU) 2016/679; Regulation (EU) 2016/1191; Directive 2011/24/EU; Directive 2004/38/EC; Directive 2000/78/EC; Regulation (EU) No 1024/2012; Regulation (EU) No 2201/2003) are fragmentary, disconnected, are only partially related to social parenthood. More generally, these instruments have become insufficient to deal with the increasing phenomenon of social parenthood, which over the years have become a supranational issue, and thus need to be improved and amended.

(12) Many international law provisions, as well as Union law and Member States' laws, rule that all children have the same rights without discrimination, irrespective of how the child was conceived or born (even through MAP), regardless of the existence of a genetic, biological or gestational link between the child and the parent (as in the adoption case or the artificial procreation case). The United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 ('UN Convention on the Rights of the Child'), provides that States Parties must ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment based on the status or activities of the child's parents (Article 2); that, in all actions concerning children, whether undertaken by courts or legislative bodies, the best interests of the child must be a primary consideration (Article 3); that children have the right to an identity and to be cared for by their parents (Articles 7 and 8); that a child shall not be separate from his or her parents against their will (art. 9); that no child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family (art. 16); that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child (art. 18).

(13) The European Convention on Human Rights provides for the right to respect for private and family life (art. 8), for the prohibition of discrimination on any ground such as birth or other status (art. 14 and 1 of protocol no. 1). The Court has interpreted Article 8 of the Convention

as requiring all States within its jurisdiction to recognise the legal parent-child relationship established abroad between a child born out of surrogacy and the biological intended parent, and to provide for a mechanism for the recognition in law of the parent-child relationship with the non-biological intended parent (for example through the registration of the foreign act of birth or with adoption of the child, which should produce the same effects of the registration of the foreign act of birth) .

(14) The Treaty on European Union promotes the rights of the child pursuant to Article 3(3) and the protection of the human rights of the children pursuant to Article 3(5).

(15) The Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees, in the application and implementation of Union law, the protection of the fundamental rights of children and their families. These rights include the right to respect for private and family life (Article 7), the right to equality before the law (Article 20), the right to non-discrimination (Article 21), and the right of children to maintain regularly a personal relationship and direct contact with both parents if it is according to their best interests (Article 24); the duty to consider the child's best interests must be a primary consideration in all actions relating to children (Article 24(2)).

(16) The adaptations of the aforementioned measures are encouraged by several acts, proposals, recommendations, resolutions of European institutions and more generally by union policies, such as the Council of the European Union's proposal for a Regulation on standards of quality and safety for substances of human origin intended for human application and repealing Directives 2002/98/EC and 2004/23/EC, the Council of the European Union's proposal for a Regulation on filiation no. 2022/0402 (CNS), the European Parliament resolution of 2 February 2017 with recommendations to the Commission on cross-border aspects of adoptions and a Regulation proposal to the Council of the European Union, the 2010 "European Council Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens" and the following "Commission Action Plan Implementing the Stockholm Programme", the 2010 Green Paper entitled "Less Bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records", the 2021 "EU Strategy on the rights of the child", the 2022 European Parliament Resolution on the protection of the rights of the child in civil, administrative and family law proceedings, the European Parliament legislative Resolution of 14 December 2023 on the proposal for a Coun-

cil regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood COM(2022)0695.

(17) In accordance with the principles of subsidiarity and proportionality set out in Article 5 of the Treaty on European Union (TEU), European Union actions should be undertaken only if their objective cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of their scale and effects, be better achieved by the UE. Member States cannot act alone to set up a legal framework for the governance and management of genetic heritage, the cross-border recognition of filiation orders, the exemption from legalisation of public documents on social parenthood, the institution of a birth certificate for the purposes of rights derived from Union law, equal treatment of social parents in employment, cross border healthcare within the EU, especially related to all forms of MAP.

(18) Since many EU instruments already deal with the phenomenon of social parenthood, this Directive includes amendments to some pre-existing European instruments, and on the other hand introduce new specific and autonomous rules which are governed for the first-time at a European level.

(19) This Directive amends Directives 2004/23/EC in order to introduce techniques for controlling the shipment of human genetic material and governing the methods of tissue retrieval and transfer, all in accordance with the general principle of informed consent to medical treatment. Consent, understood as authorization for interference with the body, is a unilateral, non-negotiable act, not subject to commercial or contract rules.

(20) This Directive requires that Member State update national-level regulation on governance and management of the use of one's genetic material that is not now in accordance with science by adding positive obligations on Member States to consult the people, specifically through (i) implementation of direct democracy mechanisms (e.g., popular consultations and referendums), and (ii) periodic updating of all national rules in this subject area to ensure high-quality and research-proven contents (e.g., contingency management clauses).

(21) This Directive establishes the principle of consent as a constitutive element of any transfer of body parts and to establish the principle of gratuitousness for all forms of super-ethic or supererogatory services, except for reimbursement of expenses and inconvenience (VUD, voluntary unpaid donation). Since these services are characterised by a high social and moral

value, and they have an impact on the body, they should not be susceptible to contractualization and negotiation to an extent that would commercialize them. These services should be characterized by solidaristic purposes, while not unreasonably denying donors reasonable expenses and appreciative compensation.

(22) This Directive guarantees the right to reconsideration (*ius poenitendi*) of the donor and allows only and exclusively indirect forms of incentive to withdrawal and disposal (e.g., so-called social gratitude in the forms of the free offer of screening and medical examinations to ascertain the donor's health status or compensation for expenses and inconveniences by the center in the form of indirect remuneration or with reimbursements tout court that do not consider the quantity of donated samples but rather the activity performed by the donor in verifying suitability for donation, performing the retrieval and giving after-care post-surgery, if any).

(23) This Directive identifies the effects of the general rule of consent: if the treatment, whatever it may be, is based on consent or on a series of unilateral, non-negotiated, revocable, gratuitous, solidaristic consents, there is no room for negotiation, for contracts contrary to mandatory rules, public order and morality, or for forms of commodification of the body and violation of human dignity.

(24) This Directive precludes undifferentiated and generalized access to information concerning one's origins, i.e., the personal identity of possible cell donors and pregnant women, in order to protect the confidentiality of the latter, unless consent is given to the display of the aforementioned information. Thus, the general principle of anonymity in body part harvesting and donation procedures is affirmed in this Directive. Since the need to protect the fundamental right to health has emerged, this Directive provides that Member States introduce rules of interpellation and access to information with therapeutic purposes, suitable for the prevention and treatment of genetically transmissible diseases.

(25) This Directive provides common principles on governance and management of the use of one's genetic material after death (such as the use of gametes, cells and tissues). There is a need for any legal instrument regulating this area to specify rules for decisionmaking over human reproductive cells and embryos after a genetic parent's death, in view of the possible occurrence of death during the MAP and cryopreservation cycle. Pursuant to his Directive, Member States should provide that the instrument of control is always informed consent, accompanied, however, by formal

safeguards, such as a requirement for the consent to be given in writing and in the presence of witnesses for purposes of validity. In the absence of an express determination, since cells cannot be abandoned to prescriptive acquisition by biobanks, this Directive prescribes the application of domestic inheritance law, insofar as it relates to dispositions with non-patrimonial content. This Directive respects the competence of the Member States in matters relating to civil law and allows the predictability and intelligibility of the system to be protected.

(26) Member States should bring national rules into line with the indications of the scientific community and provide for a harmonious system, for the protection of safety, individual and public health, and legal certainty (to prevent a high rate of litigation of individual cases). Therefore, this Directive obliges the Member States to adopt regulations on the duration of storage of human reproductive cells and embryos, destinations, and interpellation procedures. As a result, reproductive cells can be safely obtained and the overproduction of new cells for storage can be avoided, while subjects also can be allowed to determine, through the granting of their informed consent, how their cells will be used and to whom they will be released, including with respect to the posthumous use of their already collected cells capable of transmitting their genetic heritage to a future generation. This allows for the determination of control over the cell, without the loss of the power to govern the cell, precluding the acquisition of property rights by biobanks.

(27) The fundamental right to health of children born from techniques involving, in any capacity, artificial procreation and the use of cells allogeneically, should be protected. Having recognized the right to health, the enforcement of this right must be made effective through the provision of rules for donor questioning and access to information for therapeutic purposes. In this way, a twofold objective is pursued: the first is the prevention and treatment of genetically transmissible diseases; the second is traced to the prevention of reproduction between blood relatives. For these reasons, this Directive integrates the existing instrument GDPR in the part on health status information, without, however, providing for a modification of the discipline on access to GDPR data in the part on personal information related to the donor's identity, unless the donor expressly consents. Member States should guarantee that interpellation procedure must guarantee and protect both the rights of the applicant and the rights of the donor.



(28) Children derive a number of rights from parenthood, including the right to an identity, a name, nationality (where governed by *ius sanguinis*), custody and access rights by their parents, maintenance rights, succession rights and the right to be legally represented by their parents. The non-recognition in a Member State of the parenthood established in another Member State can have serious adverse consequences on children's fundamental rights and on the rights that they derive from national law. This may prompt families to start litigation to have the parenthood of their child recognised in another Member State, although those proceedings have uncertain results and involve significant time and costs for both families and the Member States' judicial systems. Ultimately, families may be deterred from exercising their right to free movement for fear that the parenthood of their child will not be recognised in another Member State for the purposes of rights derived from national law.

(29) Pursuant to Articles 67 and 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the Union can adopt measures concerning family law with cross-border implications, including measures aimed at ensuring the mutual recognition of decisions in judicial and extrajudicial cases.

(39) In conformity with the provisions of international conventions and Union law, this Directive should ensure that children enjoy their rights and maintain their legal status in cross-border situations without discrimination. To that effect, and in the light of the case law of the Court of Justice, including on mutual trust between Member States, and of the European Court on Human Rights, this Directive should cover the recognition in a Member State of the parenthood established in another Member State irrespective of how the child was conceived or born and irrespective of the child's type of family. The refusal to recognise a public document related to parenthood should be therefore admitted in exceptional and restricted cases, such as when the recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which the recognition is invoked.

(31) Member States should not use public policy as a synonym for national identity: if national identity is to be opposed as a limitation, counter-limits must be opposed. Likewise, the scope of national identity must be distinguished from the general Best Interests of the Child clause. Moreover, the courts or other competent authorities should not be able to apply the public policy exception in order to set aside the law of another State when doing so would be contrary to the fundamental rights and principles enshrined in the Charter .

(32) Member State should not preclude that civil registrars, public notaries or officials make a partial registration of a public document attesting or certifying parenthood, such as a birth certificate. Through the partial registration of the public document, only the biological, genetic, gestational parent (who, conversely, must always have the link to the genetic, biological, gestational parent recognized) is recognised when the legal relationship with the other parent cannot be registered. The partial registration is necessary to guarantee the best interest of the child: the European Court of Human Rights established that the refusal to recognise the legal bond between the biological parent and the child affect child's right to respect for private and family life pursuant to Article 8 of the Charter, which implied that everyone should be able to establish the essence of his or her identity, including his or her parentage, and is not compatible with the children's best interests, which must guide any decision concerning them.

(33) This Directive should not apply to and does not interfere with domestic rules related to the establishment of parenthood in a Member State in a domestic situation with no cross-border elements.

(34) This Directive should not cover the recognition of court decisions on social parenthood given in a third State or the recognition or, as the case may be, acceptance of authentic instruments on parenthood drawn up or registered in a third State. The recognition or acceptance of such documents should remain subject to the national law of each Member State.

(35) The phenomenon of downgrading of a child status occurs when the quality of a child's status is compromised in cross borders situations. Children suddenly is mined by a 'downgrading' process when they move from one country to another (i.e., the legal status becomes different: qualitatively inferior legal treatment compared to that of the country of origin). This might be a serious obstacle to the movement of persons, families and statuses. Member State should therefore introduce measures to ensure that a child status should circulate within European Union effectively and fully, which means that the public documents concerning a status shall produce the same legal effects in the Member State of destination as it did in the Member State that issued it.

(36) It might occur that a public document on filiation issued in a Member State is not known in the law of another Member State, or that some rights and duties provided by a public document on filiation issued in a Member State are not applicable in another Member State. In that case, the legal relationship between a child and his or her parent(s), including

any ensuing right or obligation, should, to the extent possible, be adapted to one which, under the law of that Member State, has equivalent effects attached to it and pursues similar aims. How, and by whom, the adaptation is to be carried out should be determined by each Member State.

(37) This Directive provides a rule on applicable law in cases of cross-border artificial procreation (MAP), which occurs when a couple or an individual citizen of a Member State of the European Union need to travel to another Member State to access artificial procreation. In that case, the law applicable to the establishment of filiation should be the law governing informed consent to artificial procreation, which is the primary public document that constitutes the filiation status, regardless of the Member State where the parent(s) or child live and or reside and regardless of their national citizenship.

(38) Regulation (EU) 2016/1191, which promotes the free movement of citizens by simplifying the requirements for the submission of certain public documents in the European Union, allows citizens of the European Union to move from one Member State to another without the need for legalization or other similar formalities (e.g., apostille) of certain public documents, such as those attesting to birth, filiation, and adoption. However, the catalog of existing public documents on parenting – and particularly social parenting – is much larger than that included by the Regulation and those submitted to the European Commission by Member States. The non-application of the benefits of the Regulation to public documents on social parenting is an obstacle to the movement of families within the European Union.

(39) This Directive therefore broaden the scope of the Regulation in order to include public documents on social parenting. A complete list documents on social parenting and their sample form should be communicated to the Commission by Member States, so that they might be published in the European E-Justice Portal. Public documents on social parenthood might be those on: 1) representation and guardianship of the child (act of appointment of guardian by the parent; order of appointment of guardian); 2) custody of the child (agreements regarding custody of the child, financial obligations to the child, including out-of-court agreements); 3) informed consent to medically assisted artificial procreation; withdrawal of informed consent; 4) custody of the child (“fostercare”) or “private placement”; 5) act of acknowledgement of the child; act of recognition of child before his birth; 6) acts from adoption proceedings (for example: decla-

ration of consent of one parent to the adoption of the child by the other parent in the case of stepchild adoption); 7) cohabitation or cohabitation between the social parent and the child (such as: registry family certificates; act of cohabitation, etc.); 8) act with which legal custodians to a child (usually the parents) transfer some of their right to a parental leave to a person that is not the child's parent or equated with a parent.

(40) To speedily, smoothly and efficiently settle the effects that arise from the application of the law of the European Union to filiation in any Member State of the European Union, children or their parent(s) should be able to demonstrate easily the children's status in another Member State. To enable them to do so, this Directive provides that Member States shall issue a European Certificate of Parenthood for use in another Member State.

(41) In order to respect the principle of subsidiarity, the certificate shall produce in the Member States only those effects that arise from the application of the law of the European Union to filiation, such as the right to free movement. Member States should be free to identify the contents of the certificate (except for the mandatory information listed on this Directive), the competent authority which shall issue the certificate, the issuance proceeding.

(42) The European Certificate of Parenthood should not take the place of internal documents which may exist for similar purposes in the Member States. Therefore, each citizen of the European Union would have both a filiation certificate issued by his or her Member State (valid and effective in the state that issued it and in states that register or recognize it) and a certificate relating to European filiation that is automatically valid and effective throughout the European Union.

(43) The European Certificate of Parenthood is issued pursuant to Articles 20-21 TFEU and Directive 2004/38/EC, and in addition the case law of the Court of Justice of the European Union, which obliged a Member State (Bulgaria) to register a birth certificate with two mothers for the sole purpose of applying European Union law (C-490/20: VMA case, "Pancharevo"). The Court ruled that European Law must be interpreted as meaning that, in the case of a child, being a minor, who is a Union citizen and whose birth certificate, issued by the competent authorities of the host Member State, designates as that child's parents two persons of the same sex, the Member State of which that child is a national is obliged (i) to issue to that child an identity card or a passport without requiring a birth

certificate to be drawn up beforehand by its national authorities, and (ii) to recognise, as is any other Member State, the document from the host Member State that permits that child to exercise, with each of those two persons, the child's right to move and reside freely within the territory of the Member States (Case C-490/20). The European Certificate of Parenthood would only facilitate the mutual recognition of parenthood of a child as established in another Member State for the purpose of the exercise of the rights that the child derives from Union law, in particular on free movement, to which Member States are already obliged.

(44) The use of the European Certificate of Parenthood should not be mandatory. This means that persons entitled to apply for a European Certificate of Parenthood, namely the child or a legal representative, should be under no obligation to do so and should be free to present the other instruments when requesting recognition in another Member State.

(45) Whilst the contents and the effects of national authentic instrument providing evidence of parenthood (such as a birth certificate or a parenthood certificate) vary depending on the Member State of origin, the European Certificate of Parenthood should have the information enlisted in this Directive and produce the same effects in all Member States specified by this Directive. It should have evidentiary effects and should be presumed to demonstrate accurately elements which have been established under the law applicable to the establishment of parenthood. The evidentiary effects of the European Certificate of Parenthood should not extend to elements which are not governed by this Directive, such as the civil status of the parents of the child whose parenthood is concerned. Whilst the language of a national authentic instrument providing evidence of parenthood is issued in the language of the Member State of origin, the European Certificate of Parenthood form should be available in all Union languages.

(46) This Directive should not affect the application of Conventions No 16, No 33 and No 34 of the International Commission on Civil Status ('ICCS') in respect of the plurilingual extracts and certificates of birth as between Member States or between a Member State and a third State.

(47) The IMI (Internal market information system) interchange system should be implemented in order to guarantee that the Authorities of Member States (e.g.: civil status offices, Courts, public administrations...) have complete access IMI to get in touch with the authority of another Member State that issued the public document on filiation to verify not

only its authenticity, but also its compliance with domestic law. The use of IMI for the exchange of information between authorities in different Member States on legal and social parenthood should be encouraged. Local authorities should be able to access IMI (e.g.: local civil status office; local court...) without necessarily seeking the intermediation of a central authority. IMI should be available in case an authority needs to dispel doubts where the authorities of a Member State where a public document or its certified copy is presented have reasonable doubts as to the authenticity of a public document or its certified copy, or if they need to inquire about the effects of the public document in the issuing Member State.

(48) Directive 2011/24/EU on the application of patients' rights in cross-border healthcare stipulates that the Member State shall ensure that the costs incurred for the health care of a person insured in another Member State shall be reimbursed by his or her Member State of affiliation, provided that the health care in question is among the benefits to which he or she is entitled in the Member State of affiliation. Consequently, couples or individuals travel to another Member State of the union to access artificial procreation are not always entitled to reimbursement of health care costs incurred, but only in cases where the technique performed is permitted by the legislation of their state.

(49) To prevent discrimination in access to parenthood on the basis of income, this Directive amends Directive 2011/24/EU in order to expand the possibilities of obtaining reimbursement for healthcare costs incurred abroad: the condition for reimbursement should be that the healthcare in question is not against the fundamental constitutional principles, values, identity of the Member State of affiliation.

(50) Directive 2000/78/EC lays down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. In many States, the lack of legal recognition of a family produces discrimination of various kinds: among them, discrimination in employment, welfare, access to leave or work leave to be able to care for his or her child in cases where the child is ill, or has a disabling illness, or disability, etc. To prevent discrimination on any ground such as birth or other status, this Directive amends Directive 2000/78/EC in order to include the prohibition of any discrimination based on the existence of any kind of relationship between a child and his or her parent(s), including social parenthood.

HAS ADOPTED THIS DIRECTIVE:

## CHAPTER I SUBJECT MATTER, SCOPE AND DEFINITIONS

### *Article 1*

#### **Subject matter**

1. This Directive establishes a general framework for the protection of social parenthood in order to give effect in the Member States to the principle of equal treatment of families, irrespective of the existence of a biological, gestational or genetic link between parent and child.
2. The Directive promotes cooperation between the Member States of the European Union in matters of social parenthood, while fully respecting national competences in family law.

### *Article 2*

#### **Scope**

1. This Directive shall apply to citizens of the Member States of the European Union and to public documents issued in a Member State of the European Union.
2. This Directive shall not apply to citizens of third States and to the recognition of public documents issued in a third State, even if subsequently registered in a Member State.

### *Article 3*

#### **Definitions**

1. For the purposes of this Directive, the following definitions apply:
  - 1) “social parenthood”, any kind of relationship between a person assuming parental status or parental responsibility and a child, in the absence of a genetic, biological, and gestational contribution between the former and the latter, including filiation resulting from medically assisted procreation, intercounty adoption and domestic adoption.
  - 2) “de facto parenthood”, any kind of relationship between a person assuming the social role of a parent and a child, without legal recognition between them;
  - 3) “medically assisted procreation” (MAP), any kind of procreation resulting from donor-gamete-based medically-assisted reproduction;
  - 4) “adoption”, a permanent, legal parent-child relationship, constituted or recognised by a judgment or an administrative decision, between a child

who has not yet reached the age of majority and a new parent or parents who are not biological parents of that child, howsoever that legal relationship is named in national law;

5) “informed consent”, personal, free, voluntary, unconditional, unilateral, and unpaid authorization or withdrawal or abandonment of health treatment affecting the patient’s body or body parts, including the explanation and transplantation of organs, tissues and cells, preceded by free, complete and appropriate information at the level of the patient or donor;

6) “filiation”, the legal, social or de facto relationship between a child and their legal, social or the facto parent;

7) “public documents”, documents defined by art. 3 of Reg. (UE) 2016/1191.

## CHAPTER II

### GOVERNANCE AND MANAGEMENT OF GENETIC HERITAGE

#### *Article 4*

#### **Amendment to art. 4 of Directive 2004/23/CE**

Article 4 of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 is amended as follows:

#### Article 4 - Implementation

1. Member States shall designate the competent authority or authorities responsible for implementing the requirements of this Directive.

2. This Directive shall not prevent a Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures, provided that they comply with the provisions of the Treaty.

In particular, a Member State may introduce requirements for voluntary unpaid donation, which include the prohibition or restriction of imports of human tissues and cells, to ensure a high level of health protection, provided that the conditions of the Treaty are met.

Member States shall conduct periodic popular consultations, by means of instruments of direct democracy such as citizens’ consultations and referenda, on the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage, distribution or use of specific types of human tissues and cells or cells of particular origin.

Member States shall ensure regular updating of the domestic regulations concerning quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells.



3. This Directive does not affect the decisions of the Member States prohibiting the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage, distribution or use of any specific type of human tissues or cells or cells from any specified source, including where those decisions also concern imports of the same type of human tissues or cells.

4. In carrying out the activities covered by this Directive, the Commission may have recourse to technical and/or administrative assistance to the mutual benefit of the Commission and of the beneficiaries, relating to identification, preparation, management, monitoring, audit and control, as well as to support expenditure.

#### *Article 5*

#### **Amendment to art. 12 of Directive 2004/23/CE**

Article 12 of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 is amended as follows:

#### Article 12 - Principles governing tissue and cell donation

1. Member States shall endeavor to ensure voluntary and unpaid donations of tissues and cells.

Donors may receive compensation, which is strictly limited to making good the expenses and inconveniences related to the donation. In that case, Member States define the conditions under which compensation may be granted.

The indemnity may consist, for example, of free screening or medical examinations to ascertain the donor's state of health, or reimbursement of expenses. In no case shall the allowance or reimbursement be commensurate with the quantity of donated tissue or cell samples.

Member States shall report to the Commission on these measures before 7 April 2006 and thereafter every three years. On the basis of these reports the Commission shall inform the European Parliament and the Council of any necessary further measures it intends to take at Community level.

2. Member States shall take all necessary measures to ensure that any promotion and publicity activities in support of the donation of human tissues and cells comply with guidelines or legislative provisions laid down by the Member States. Such guidelines or legislative provisions shall include appropriate restrictions or prohibitions on advertising the need for, or availability of, human tissues and cells with a view to offering or seeking financial gain or comparable advantage.

Member States shall endeavour to ensure that the procurement of tissues and cells as such is carried out on a non-profit basis.

*Article 6***Amendment to art. 13 of Directive 2004/23/CE**

Article 13 of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 is amended as follows:

**Article 13 - Consent**

1. The procurement of human tissues or cells shall be authorised only after all mandatory consent or authorisation requirements in force in the Member State concerned have been met. Free consent is a constitutive element of any tissue or cell transfer.
2. Member States shall, in keeping with their national legislation, take all necessary measures to ensure that donors, their relatives or any persons granting authorisation on behalf of the donors are provided with all appropriate information as referred to in the Annex.
3. Member States shall take the necessary measures to ensure that donors sign an informed consent to the interference with their bodies and to the transfer of human tissues or cells free of charge. Informed consent, which is governed by national law, must in all cases be a unilateral, non-negotiated, free, supportive, voluntary act, in writing, not subject to the rules of private law on contracts. Consent must be revocable up to the time the tissue or cells are harvested.

*Article 7***Amendment to art. 14 of Directive 2004/23/CE**

Article 14 of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 is amended as follows:

**Article 14 - Data protection and confidentiality**

1. Member States shall take all necessary measures to ensure that all data, including genetic information, collated within the scope of this Directive and to which third parties have access, have been rendered anonymous so that neither donors nor recipients remain identifiable.
2. For that purpose, they shall ensure that:
  - (a) data security measures are in place, as well as safeguards against any unauthorised data additions, deletions or modifications to donor files or deferral records, and transfer of information;
  - (b) procedures are in place to resolve data discrepancies; and
  - (c) no unauthorised disclosure of information occurs, whilst guaranteeing the traceability of donations.

3. Member States shall take all necessary measures to ensure that the identity of the recipient(s) is not disclosed to the donor or his family and vice versa, without prejudice to legislation in force in Member States on the conditions for disclosure, notably in the case of gametes donation.
4. Member States shall ensure that, in the case of gamete transfer, all the donor's data and genetic information are rendered anonymous and inaccessible, except with the express consent of the recipient and the person born through the use of gametes to the disclosure of such information.
5. By way of derogation from the previous paragraph, Member States shall ensure that genetic data and information concerning the gamete donor is accessible to the recipient or the person born through the use of gametes in order to protect their fundamental right to health.
6. To this end, Member States shall ensure a rapid and efficient procedure for requesting genetic data and information, for therapeutic purposes, suitable for the prevention and treatment of genetically transmitted diseases.

#### *Article 8*

#### **Amendment to art. 21 of Directive 2004/23/CE**

Article 21 of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 is amended as follows:

#### Article 21 - Tissue and cell storage conditions

1. Tissue establishments shall ensure that all procedures associated with the storage of tissues and cells are documented in the standard operating procedures and that the storage conditions comply with the requirements referred to in Article 28(h).
2. Tissue establishments shall ensure that all storage processes are carried out under controlled conditions.
3. Tissue establishments shall establish and apply procedures for the control of packaging and storage areas, in order to prevent any situation arising that might adversely affect the functioning or integrity of tissues and cells.
4. Processed tissues or cells shall not be distributed until all the requirements laid down in this Directive have been met.
5. Member States shall ensure that tissue establishments have agreements and procedures in place to ensure that, in the event of termination of activities for whatever reason, stored tissues and cells shall be transferred to other tissue establishment or establishments accredited, designated, authorised or licensed in accordance with Article 6, without prejudice to Member States' legislation concerning the disposal of donated tissues or cells, according to the consent pertaining to them.

6. Member States shall identify means for the management of cells or tissues in the event of the death of the donor. To this end, the relevant provisions expressly stated in the written informed consent of the donor as referred to in Article 13 of this Directive shall apply. In the absence of informed consent or express provision within the informed consent, the law of succession of the Member State where the cells and tissues were collected shall apply.

7. Member States shall regulate the destination of donor cells and tissues in the event that the donor dies without having signed an informed consent stipulating the destination of the cells and tissues after his death.

### *Article 9*

#### **Processing of genetic data and data concerning the health**

1. The prohibition on the processing of genetic data and data concerning the health of a subject provided for in Article 9(1) of Reg. (EU) 2016/679 shall not apply in cases where it is necessary to protect the right to health of a subject born through filiation resulting from donor-gamete-based medically-assisted procreation.

2. Member States shall regulate a rapid and effective appeals procedure aimed at ensuring that the child or his/her legal representative has access to the donor's genetic and health data, where the donor does not consent to the processing of the data for the protection of the data subject's right to health.

3. For the purposes of this provision, only the donor's genetic and health data shall be accessible and processed. Data concerning the donor's personal identity shall be accessible, only when the donor gives express consent in accordance with Article 13 of this Directive.

## **CHAPTER III RECOGNITION AND APPLICABLE LAW**

### *Article 10*

#### **Grounds for refusal of recognition of public documents**

1. The recognition of a public document related to social parenthood shall be refused when, taking into account the child's interest:

- (i) such recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which recognition is invoked;
- (ii) a party did not have proper notice of the proceedings and an opportunity to be heard;

(iii) fraud was conducted in connection with a matter of procedure;  
(iv) there are inconsistent judicial decisions or parallel proceedings;  
(v) the child has not been given an opportunity to express their views, unless this is against the interest of the child; when a child is below the age of 14 years, this provision shall apply when the children are capable of forming their views.

2. Member States applies the public policy clause observing the fundamental rights and principle laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

3. The verification of conformity with public policy does not apply to the certificate referred to in Article 16 of the this Directive.

#### *Article 11*

### **Partial recognition of public documents**

1. The authorities of the Member States may not refuse to recognise public documents on filiation and social parenthood in the part that certifies the relationship between the child and the biological parent.

#### *Article 12*

### **Prohibition of downgrading**

1. Member States shall introduce appropriate measures to ensure that if the public document is recognised, it shall produce the same legal effects in the Member State of destination as it did in the Member State that issued it.

#### *Article 13*

### **Adaptation of public documents**

1. Member States provide that if a public document on filiation contains a measure or an order which is not known in the law of the Member State addressed, that measure or order shall, to the extent possible, be adapted to a measure or an order known in the law of that Member State which has equivalent effects attached to it and which pursues similar aims and interests. Such adaptation shall not result in effects going beyond those provided for in the law of the Member State of origin.

#### *Article 14*

### **Applicable law**

1. The law applicable to the establishment of parenthood shall be the law of the State of the habitual residence of the person giving birth at the time

of birth or, where the habitual residence of the person giving birth at the time of birth cannot be determined, the law of the State of birth of the child.

## CHAPTER IV SIMPLIFICATION OF FORMALITIES RELATED TO THE CROSS-BORDER ACCEPTANCE OF PUBLIC DOCUMENTS

### *Article 15*

#### **Exemption from legalisation and similar formalities**

1. Public documents on social parenting are exempt from legalisation and similar formalities, pursuant to Article 4 of Regulation (EU) 2016/1191.

### *Article 16*

#### **Simplification of formalities on authentic copies**

1. Where a Member State requires the production of the original of a public document on social parenting issued by the authorities of another Member State, the authorities of the Member State where the public document is presented shall not also require the production of a certified copy.
2. Where a Member State allows the production of a certified copy, the authorities of that Member State shall accept a certified copy produced in another Member State.

## CHAPTER V EUROPEAN CERTIFICATE OF PARENTHOOD FOR THE PUR- POSES OF RIGHTS DERIVED FROM UNION LAW

### *Article 16*

#### **Creation of a European Certificate of Parenthood**

1. Member States shall issue a filiation certificate (“Certificate”) which shall produce within the European Union the effects laid down in Article 18 of this Directive.
2. The use of the certificate shall not be compulsory.
3. The certificate shall not replace public documents released by the national authorities pursuant to the domestic law of the Member States.

*Article 17***Contents of the Certificate**

1. Member States shall identify the content of the certificate, which must in each case contain the following information:
  - (a) name, address and contact details of the issuing authority of the Member State;
  - (b) date and place of issue;
  - (c) particulars of the applicant of the Certificate;
  - (d) particulars of the parent(s) of the applicant of the Certificate;
  - (e) particulars of the legal representative of the applicant, if any, and the source of the power of representation;
  - (f) express statement that the certificate shall produce only the effects provided by the law of the European Union in application of Article 18 of this Directive.
  - (g) signature and/or stamp of the issuing authority.
2. For the purposes of the preceding paragraph, “particulars” shall mean: surname(s) (if applicable, surname(s) at birth), given name(s), address, sex, date and place of birth, nationality (if known), identification number (if applicable), address.

*Article 18***Effects of the Certificate**

1. The certificate shall produce in the Member States only those effects that arise from the application of the law of the European Union to filiation.
2. The Certificate is intended for use by a person or legal representative who needs to apply rights under European Union law in a Member State.
3. The certificate shall produce its effects in all Member States without the need for any recognition procedure.
4. The certificate shall be exempt from legalization or any similar formality.
5. Member States may adopt internal rules enabling the certificate to produce further effects under their national law.

*Article 19***Competence to issue the Certificate and issuance proceeding**

1. Member States shall identify the authority competent to issue the filiation certificate and shall regulate the procedure for its issue.
2. Member States shall determine: the persons entitled to apply for the certificate; the contents of the application form; the costs of the certifi-

cate; the time limits for examining the application and for issuing the certificate and its certified copies; the procedures for rectifying, amending or withdrawing the certificate in cases of material error or falsity; the procedures for appealing against and contesting decisions taken by the issuing authority.

#### *Article 20*

### **Registry of Certificate**

1. Member States shall establish a special register of filiation certificates with effect limited to the application of the law of the European Union.

## **CHAPTER VI ADMINISTRATIVE COOPERATION**

#### *Article 21*

### **Request of information**

The competent authorities designated by each Member State shall use the Internal Market Information System (“IMI”) established by Regulation (EU) No 1024/2012:

- (1) dispel doubts where the authorities of a Member State where a public document or its certified copy is presented have reasonable doubts as to the authenticity of a public document or its certified copy;
- (3) inquire about the effects of the public document in the issuing Member State in order to apply Article 12 of this Directive.

## **CHAPTER VII CROSS BORDER HEALTHCARE AND EQUAL TREATMENT IN EMPLOYMENT AND OCCUPATION**

#### *Article 22*

### **Amendment to art. 7 of Directive 2011/24/UE**

Article 7 of Directive 2011/24/EU is amended as follows:

Article 7 - General principles for reimbursement of costs

1. Without prejudice to Regulation (EC) No 883/2004 and subject to the provisions of Articles 8 and 9, the Member State of affiliation shall ensure the costs incurred by an insured person who receives cross-border health-



care are reimbursed, if the healthcare in question is among the benefits to which the insured person is entitled in the Member State of affiliation.

2. In cases where the healthcare in question is not among the benefits to which the insured person is entitled in the Member State of affiliation, costs incurred by an insured person who has received cross-border healthcare shall be reimbursed provided that the healthcare provided is not contrary to the principles of the legal system of the Member State of affiliation.

3. By way of derogation from paragraph 1:

(a) if a Member State is listed in Annex IV to Regulation (EC) No 883/2004 and in compliance with that Regulation has recognised the rights to sickness benefits for pensioners and the members of their families, being resident in a different Member State, it shall provide them healthcare under this Directive at its own expense when they stay on its territory, in accordance with its legislation, as though the persons concerned were residents in the Member State listed in that Annex;

(b) if the healthcare provided in accordance with this Directive is not subject to prior authorisation, is not provided in accordance with Chapter 1 of Title III of the Regulation (EC) No 883/2004, and is provided in the territory of the Member State that according to that Regulation and Regulation (EC) No 987/2009 is, in the end, responsible for reimbursement of the costs, the costs shall be assumed by that Member State. That Member State may assume the costs of the healthcare in accordance with the terms, conditions, criteria for eligibility and regulatory and administrative formalities that it has established, provided that these are compatible with the TFEU.

4. It is for the Member State of affiliation to determine, whether at a local, regional or national level, the healthcare for which an insured person is entitled to assumption of costs and the level of assumption of those costs, regardless of where the healthcare is provided.

5. The costs of cross-border healthcare shall be reimbursed or paid directly by the Member State of affiliation up to the level of costs that would have been assumed by the Member State of affiliation, had this healthcare been provided in its territory without exceeding the actual costs of healthcare received.

Where the full cost of cross-border healthcare exceeds the level of costs that would have been assumed had the healthcare been provided in its territory the Member State of affiliation may nevertheless decide to reimburse the full cost.

The Member State of affiliation may decide to reimburse other related costs, such as accommodation and travel costs, or extra costs which per-

sons with disabilities might incur due to one or more disabilities when receiving cross-border healthcare, in accordance with national legislation and on the condition that there be sufficient documentation setting out these costs.

6. Member States may adopt provisions in accordance with the TFEU aimed at ensuring that patients enjoy the same rights when receiving cross-border healthcare as they would have enjoyed if they had received healthcare in a comparable situation in the Member State of affiliation.

7. For the purposes of paragraph 4, Member States shall have a transparent mechanism for calculation of costs of cross-border healthcare that are to be reimbursed to the insured person by the Member State of affiliation. This mechanism shall be based on objective, non-discriminatory criteria known in advance and applied at the relevant (local, regional or national) administrative level.

8. The Member State of affiliation may impose on an insured person seeking reimbursement of the costs of cross-border healthcare, including healthcare received through means of telemedicine, the same conditions, criteria of eligibility and regulatory and administrative formalities, whether set at a local, regional or national level, as it would impose if this healthcare were provided in its territory. This may include an assessment by a health professional or healthcare administrator providing services for the statutory social security system or national health system of the Member State of affiliation, such as the general practitioner or primary care practitioner with whom the patient is registered, if this is necessary for determining the individual patient's entitlement to healthcare. However, no conditions, criteria of eligibility and regulatory and administrative formalities imposed according to this paragraph may be discriminatory or constitute an obstacle to the free movement of patients, services or goods, unless it is objectively justified by planning requirements relating to the object of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality treatment in the Member State concerned or to the wish to control costs and avoid, as far as possible, any waste of financial, technical and human resources.

9. The Member State of affiliation shall not make the reimbursement of costs of cross-border healthcare subject to prior authorisation except in the cases set out in Article 8.

10. The Member State of affiliation may limit the application of the rules on reimbursement for cross-border healthcare based on overriding reasons of general interest, such as planning requirements relating to the aim of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-

quality treatment in the Member State concerned or to the wish to control costs and avoid, as far as possible, any waste of financial, technical and human resources.

11. Notwithstanding paragraph 9, Member States shall ensure that the cross-border healthcare for which a prior authorisation has been granted is reimbursed in accordance with the authorisation.

12. The decision to limit the application of this Article pursuant to paragraph 9 shall be restricted to what is necessary and proportionate, and may not constitute a means of arbitrary discrimination or an unjustified obstacle to the free movement of goods, persons or services. Member States shall notify the Commission of any decisions to limit reimbursement on the grounds stated in paragraph 9.

### *Article 23*

#### **Amendment to art. 1 of Directive 2000/78/CE**

Article 1 of Directive 2000/78/CE is amended as follows

#### Article 1 - Purpose

The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age, sexual orientation, or the existence of a filial link, including a social one, as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

### *Article 24*

#### **Amendment to art. 2 of Directive 2000/78/CE**

Article 2 of Directive 2000/78/CE is amended as follows

#### Article 2 - Concept of discrimination

1. For the purposes of this Directive, the “principle of equal treatment” shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favorably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1;

(b) indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, a particu-

lar sexual orientation, or persons bound by a parental and filial relationship, including a social one, at a particular disadvantage compared with other persons unless:

(i) that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, or  
(ii) as regards persons with a particular disability, the employer or any person or organisation to whom this Directive applies, is obliged, under national legislation, to take appropriate measures in line with the principles contained in Article 5 in order to eliminate disadvantages entailed by such provision, criterion or practice.

3. Harassment shall be deemed to be a form of discrimination within the meaning of paragraph 1, when unwanted conduct related to any of the grounds referred to in Article 1 takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States.

4. An instruction to discriminate against persons on any of the grounds referred to in Article 1 shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1.

5. This Directive shall be without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others.

## CHAPTER VIII RELATIONSHIP WITH OTHER PROVISIONS

### *Article 25*

#### **Relationship with other provisions of Union law**

1. This Directive applies without prejudice to:
  - a) Directive 2004/23/ec of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells;
  - b) Directive 2002/98/ec of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage and distribution

- of human blood and blood components and amending Directive 2001/83/EC;
- c) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation);
  - d) Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012;
  - e) Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare;
  - f) Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC;
  - g) Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation;
  - h) Regulation (EU) No 1024/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System and repealing Commission Decision 2008/49/EC ('the IMI Regulation');
  - i) Regulation (EU) 2019/1111 of the Council of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction.

### *Article 25*

#### **Relationship with other existing international conventions**

1. This Directive shall apply without prejudice to international conventions to which one or more Member States are party at the time of adoption of this Directive and which lay down provisions on matters governed by this Directive.

2. Nevertheless, this Directive shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Directive.
3. This Directive shall be without prejudice to the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in respect of Intercountry Adoption.
4. This Directive shall apply without prejudice to Conventions Nos 16, 33 and 34 of the International Commission on Civil Status.

## CHAPTER IX GENERAL AND FINAL PROVISIONS

### *Article 26*

#### **Information to be communicated to the Commission and publication of information**

1. By 31 December 2026, Member States shall communicate to the Commission the following information:
  - (a) the national authorities competent to issue the European Certificate of filiation;
  - (b) the model of the certificate of filiation;
  - (c) information concerning the national register of filiation certificates;
  - (d) a list of public documents falling within the scope of this Directive, as referred to in Article 24(1)(b) of Regulation (EU) 2016/1191.
2. The Commission shall ensure by any appropriate means, including the European e-Justice Portal, that the information referred to in paragraph 1 is accessible to all.

### *Article 27*

#### **Transposition**

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by ... [one year after its entry into force].  
They shall forthwith communicate to the Commission the text of those provisions and a correlation table between those provisions and this Directive.
2. When Member States adopt those provisions, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such a reference on the occa-

sion of their official publication. Member States shall determine how such reference is to be made.

*Article 28*

**Entry into force**

1. This Directive shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the Official Journal of the European Union.

Done at Bruxelles, \_\_\_\_\_

Four the Council  
The President





## INDICE

Introduzione .....	3
<i>Policy</i> raccomandate .....	7
Capitolo Italia .....	35
Capitolo Spagna.....	109
Capitolo Germania.....	143
Capitolo Svezia.....	191
Proposta di direttiva.....	281

Pubblicato nel febbraio 2024

Il progetto “*JUST-PARENT. Legal Protection for Social Parenthood*”, finanziato dall’Unione Europea, coinvolge cinque unità di ricerca: l’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, l’Università degli Studi di Milano-Bicocca, l’Universidad de Granada, l’Uppsala Universitet e lo studio notarile Krause-Tiefenbacher.

Il progetto ha affrontato le problematiche derivanti dalla progressiva espansione dei casi di genitorialità non biologica ma basata sull’autodeterminazione. In particolare, il progetto ha analizzato il recente e controverso fenomeno della genitorialità funzionale e intenzionale, rintracciabile nella relazione stabile e affettiva tra la persona che si assume la responsabilità genitoriale e il minore, in assenza di un legame biologico tra i due. A volte questi fenomeni sono regolati dai policy maker, come nel caso delle adozioni e della fecondazione artificiale, altre volte emergono nella giurisprudenza. In alcuni casi, invece, i fenomeni sono vietati in alcuni Paesi e consentiti in altri. La questione più impegnativa di questo fenomeno è l’ammissibilità in modo generale di ottenere il riconoscimento della relazione tra i genitori e il bambino, al fine di garantire una piena protezione del bambino al di là del modo in cui è stato procreato.