

GenIUS

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

CATERINA MURGO

Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
05 luglio 2022

Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare

Sommario

1. Rapporti familiari e circolazione nell'Unione europea. - 2. Esercizio dei diritti nell'Unione e relazioni familiari. - 3. Intervento statale, discrezionalità e principio di proporzionalità. - 4. L'interesse del minore, tra limiti e controlimiti per un tentativo di armonizzazione.

Abstract

Il lavoro si sofferma su una vicenda caratterizzata dalla omogenitorialità al femminile, sulla quale, successivamente alle conclusioni rese dall'avvocato generale, si è pronunciata la Corte di giustizia.

The paper is about a rule of the European court of justice, due to a homosexual female couple and the birth card of the daughter born in Spain. The court admits the right to moving on of the child through the European countries within her parents as a fundamental right of the European citizens.

1. Rapporti familiari e circolazione nell'Unione europea

Il diritto a circolare liberamente nel territorio dell'Unione è garantito a tutti i cittadini degli Stati membri dall'art. 3, par. 2, TUE e dagli artt. 20, par. 2, a), e 21 par. 1 TFUE; tale situazione giuridica è inoltre prevista dall'art. 45, par. 1, CDFUE e precisata dall'art. 4, par. 1, direttiva n. 2004/38/CE¹, che definisce il c.d. diritto di uscita in favore dei cittadini europei e dei familiari privi della cittadinanza di uno Stato membro. Riconosciuto in favore delle persone fisiche, il diritto alla libera circolazione procede in stretto connubio con lo *status* giuridico dei soggetti dell'ordinamento e appare attraversato da profonde contraddizioni interne a causa della difficoltà di conciliare relazioni trans-frontaliere, inte-

* Professoressa Associata di Diritto privato, Università di Pisa. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

¹ Direttiva (CE) n. 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE in GUUE L 58 del 30 aprile 2004, p. 77.

ressi dei cittadini e autonomia degli Stati nel definire la propria identità nazionale².

La facoltà di creare *status* familiari mediante il ricorso a tecniche ammesse in alcuni tra i Paesi dell'Unione, ma escluse da altri, impone sempre più di frequente un necessario chiarimento sui rapporti tra la libertà di spostamento dei cittadini europei e dei loro familiari e l'identità stessa dei soggetti che esercitano il diritto alla circolazione: sul crinale di tale relazione si collocano la condizione giuridica degli individui, in quanto componenti di una comunità unitaria, e la vita familiare che i cittadini esercitano e rispetto alla quale vantano il diritto a non esserne privati al momento della concreta sperimentazione della libertà di movimento³.

In questo senso, l'area del diritto della famiglia, pur risultando esclusa dalla sfera d'intervento del diritto dell'Unione, appare in grado di sollevare profili che presentano inevitabili ricadute anche sugli ambiti più propriamente destinati allo spazio di operatività delle fonti sovranazionali.

Un eventuale diniego alla libera circolazione dei cittadini in Europa comporterebbe, infatti, non soltanto una lesione in concreto della loro vita privata e familiare⁴, ma, prima ancora, un "assalto" all'identità personale⁵ e al diritto alla configurazione di un quadro delle relazioni parentali che risponda, se non necessariamente all'ascendenza/discendenza genetico-biologica, quanto meno alla consuetudine e alla stabilità dei rapporti affettivi⁶.

La questione si pone in particolare per i nuclei familiari generati in conseguenza del ricorso alle tecniche di procreazione assistita, con una specificità di profili che coinvolge le famiglie omoparentali, ambito peculiarmente connotato dalla disomogeneità delle soluzioni accolte dai Paesi dell'Unione: ne discendono, in vista della realizzazione del progetto genitoriale, la frequente migrazione verso Stati regolati da ordinamenti maggiormente permissivi e la successiva istanza di riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero ovvero la richiesta di formazione dell'atto di nascita, con l'indicazione anche del genitore c.d. d'intenzione, presso gli organi competenti del Paese del quale uno dei genitori vanta la cittadinanza o presso cui intenda stabilirsi.

Nell'ambito di tali vicende, il profilo più rilevante sembrerebbe quello determinato dall'esigenza di garantire la continuità degli *status* familiari ovunque costituiti nel rispetto della legge: la materia, oggetto di specifica attenzione da parte dell'Unione⁷, si presta a intercettare le discipline statali e in-

2 Sulle tematiche suscitate dal "birth tourism", G.F. Aiello-S. Lamonaca, *Diritto di soggiorno dei familiari del cittadino europeo: erosione del limite delle situazioni puramente interne e delimitazione del nucleo essenziale del diritto di cittadinanza*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, specie pp. 326 ss. e pp. 345 ss., sull'evoluzione della Corte di giustizia nel tracciamento dei rapporti tra diritto di circolazione e soggiorno e diritto all'unità familiare.

3 Sulla "frammentazione" delle relazioni familiari, E. Bergamini-F. Deana, *Le nuove frontiere della genitorialità nella dimensione europea del diritto della famiglia*, in questa *Rivista* 2020/1, p. 42 ss.

4 Corte Edu, sentenza del 19 dicembre 2019, ric. 68957/16, *Torresi v. Italia*, in www.giustizia.it: le limitazioni temporanee alla libertà di circolazione di un cittadino europeo sono da considerarsi giustificate e proporzionali in quanto strettamente connesse con i rischi da inadempimento degli obblighi familiari verso la prole minore d'età.

5 Corte Edu, sentenza del 13 luglio 2021, ric. 40792/10, *Fedotova* e altri v. Russia, in www.echr.coe.int, 2021: per la terza sezione della corte, pronunciatasi sulla richiesta di riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, la violazione, oltre che del diritto alla vita privata, dell'identità personale costituisce un fattore idoneo a limitare fortemente il margine di apprezzamento degli Stati aderenti.

6 Sui presupposti del rapporto di filiazione e sulla sua conseguente duplice modulazione, in quanto fondato sul legame genetico/biologico ovvero sulla volontà, A. Nicolussi, *Paradigmi della filiazione*, in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, pp. 282 ss.

7 V. Risoluzione del Parlamento europeo sui diritti delle persone LGBTIQ nell'UE del 14 settembre 2021, in GUUE del 17 marzo 2022, C117/2, specie cons. lett. p) e num. 9, sul supporto alla proposta del riconoscimento reciproco della genitorialità. Sulle ulteriori risoluzioni, che si inseriscono nella Strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025, A. Schil-

duce una necessaria verifica di compatibilità delle neocostituite situazioni parentali con la normativa di riferimento applicabile⁸.

Una recente decisione della Corte di giustizia è intervenuta sul tema a dettare le regole di raccordo tra il rispetto della legislazione nazionale e le disposizioni di derivazione comunitaria⁹: il provvedimento è stato preceduto dalle conclusioni presentate in data 15 aprile 2021 dall'Avvocato generale presso la Corte di giustizia, Juliane Kokott, in seguito alla domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dall'*Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunale amministrativo di Sofia), con riguardo alla causa C-490/20.

Come è stato ben espresso, la misura della distribuzione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri, che si informa ai principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità, non soltanto non esaurisce del tutto lo spazio d'intervento della corte, ma richiede un necessario coordinamento con i profili che in via più immediata e diretta incidono sulla vita dei soggetti dell'ordinamento, in quanto titolari della cittadinanza europea¹⁰.

La corte di Lussemburgo, nella sua composizione piena, ha dal canto suo individuato l'obbligo per gli Stati membri di rilasciare ai cittadini dell'Unione ed ai loro familiari, il cui legame sia stato legalmente accertato (anche) per effetto dell'intervento dello Stato ospitante, la documentazione necessaria all'esercizio dei diritti di circolazione e di soggiorno, in attuazione di quanto previsto dalle norme dei Trattati (art. 4, par. 2 TUE; artt. 20, 21 TFUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei (art. 7, 24, 45, CDFUE).

La vicenda oggetto di domanda pregiudiziale, che interviene su un caso di cogenitorialità al femminile¹¹, può riassumersi in breve come segue: due donne, una cittadina bulgara e l'altra inglese, coniugate, risiedono in Spagna dal 2018. L'anno successivo nasce una figlia, iscritta nei registri dello stato civile di Barcellona con l'indicazione di entrambe le mamme nell'atto di nascita. Ai fini della libera circolazione nel territorio dello Stato di provenienza con tutti i componenti del nucleo familiare, la ricorrente bulgara richiede al proprio Paese il rilascio di un atto di nascita, utile alla successiva formazione di un documento d'identità in favore della minore, derivando quell'atto dalla documentazione formata in Spagna.

Il comune di Sofia respinge la domanda e il tribunale amministrativo, pur non disconoscendo la titolarità della cittadinanza bulgara in capo alla figlia minore della coppia, sospende il giudizio e solleva dinanzi alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali volte all'emersione dei profili di maggio-

laci, *Genitori in ogni Paese: la Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela transnazionale delle famiglie arcobaleno nell'Unione europea*, in *Diritti comparati*, 2022, www.diritticomparati.it.

⁸ Sul tema, C. Ragni, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione europea e giurisprudenziale delle corti europee*, in *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, in A. Cagnazzo, F. Preite (a cura di), Milano, 2017, pp. 8 ss., che parla di "downgrade recognition".

⁹ Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 14 dicembre 2021, n. C-490/20, con nota di M. Bassetti de Angelis, *Il minore registrato come figlio di due donne coniugate in uno Stato membro ospitante ha diritto di ottenere il documento d'identità o il passaporto dallo Stato dell'Unione di cui sia cittadino senza previa emissione di un nuovo atto di nascita*, in *Rivista familia*, 2022, rivistafamilia.it: per l'A., la decisione ha realizzato un significativo avanzamento nella tutela della filiazione nel contesto delle relazioni omoparentali, adeguandosi alle più recenti istanze europee.

¹⁰ Sulla "scissione" tra i diritti conferiti dalla cittadinanza europea e il presupposto della circolazione, I. Ottaviano, *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 797 ss.

¹¹ Sulla recente riforma legislativa francese, in tema di "Assistenza medica alla procreazione", A.M. Lecis Cocco Ortu, *La "PMA pour toutes" in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in questa *Rivista*, 2021-2, pp. 9 ss., specie pp. 13 ss. sulle modifiche all'art. 47 *code civil*, ove è stato accolto un orientamento restrittivo per i minori nati da gestazione per altri all'estero.

re criticità sollevati dalla parte interessata: *i)* la libertà d'esercizio dei diritti propri di un cittadino europeo e le limitazioni opponibili dagli Stati membri in conseguenza delle scelte personali, private e familiari; *ii)* la mutevole estensione del potere dello Stato di rifiutare un documento che attesti la nascita di un minore, in quanto il rilascio comporterebbe il riconoscimento di un istituto, la filiazione da coppie dello stesso sesso, non accolto dall'ordinamento interno, ma anzi contrastante con la nozione statale di famiglia e di matrimonio propria, nel caso di specie, della Repubblica di Bulgaria; *iii)* la concreta esperibilità della responsabilità genitoriale da quanti risultano fautori ed artefici del progetto parentale evolutosi in direzione e concluso con la nascita del minore e la sua compatibilità con l'interesse del nato.

2. Esercizio dei diritti nell'Unione e relazioni familiari

Il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri è disciplinato dalla dir. n. 2004/38/CE che, nei considerando introduttivi, auspica sia il superamento della frammentarietà della normativa esistente in materia e una sua maggiore omogeneizzazione, sia l'introduzione di agevolazioni finalizzate all'incremento della libera circolazione di lavoratori, studenti e altre categorie di soggetti non attivi¹².

L'inquadramento di quanti corrispondono alla nozione di "familiare" è riportato all'art. 2, par. 2 dir. n. 2004/38/CE, mentre una previsione in senso lato più ampia del termine si rinviene all'art. 3, par. 2, *a)*, con riguardo all'obbligo per gli Stati ospitanti di non ostacolare l'ingresso e il soggiorno sul territorio dei familiari del cittadino dell'Unione, categoria ove sono ricompresi anche soggetti diversi da quelli individuati all'art. 2, purché conviventi oppure a carico, e il *partner* nel contesto di un'unione caratterizzata dalla stabilità¹³.

L'ampiezza del diritto di circolazione e di soggiorno tra gli Stati europei risponde alla funzione di tutela dei diritti fondamentali, come garantita e riconosciuta in capo alla Corte di giustizia già in frangenti temporali caratterizzati dall'assenza di un vero e proprio "catalogo" di diritti e ancor più a partire dall'approvazione della Carta dei diritti dei cittadini dell'Unione¹⁴.

E, tuttavia, la stessa nozione di familiare reca in sé il germe di conflitti difficilmente sanabili, in quanto essa è strettamente collegata alla visione di famiglia che ciascuno degli Stati membri intende accogliere e che a sua volta rappresenta l'immagine che il Paese conferisce di sé: è quanto si rinviene

12 Sul diritto della famiglia quale settore particolarmente esposto ai "conflitti normoculturali", C. Campiglio, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, pp. 1029 ss., specie par. 5.

13 Sull'applicabilità dell'art. 3, par. 2, *a)*, dir. n. 2004/38/UE a un minore affidato in *kafala*, Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 26 marzo 2019, causa C-129/18, SM c. Entry Clearance Officer, emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale della *Supreme court of United Kingdom*, in www.europeanrights.eu. La nozione di "familiare" si rinviene anche nella dir. n. 2014/54/UE, del 16 aprile 2014, sulle misure volte ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori; nell'art. 10, reg. 492/2011 del Parlamento europeo, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in *GUUE* L 141/1, del 27 maggio 2011, è invece presente il richiamo ai "figli", ai fini della frequenza dei corsi d'insegnamento generale, apprendistato e formazione professionale. Il reg. 492/2011 è stato in seguito modificato dal reg. 2016/589 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2016, relativo a una rete europea di servizi per l'impiego (EURES), all'accesso dei lavoratori ai servizi di mobilità e a una maggiore integrazione dei mercati del lavoro, in *GUUE* L 107/1 del 22 aprile 2016.

14 L'espressione è di Nascimbene, in B. Nascimbene, I. Anrò, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2017, pp. 324 ss.

nelle conclusioni in precedenza citate, ove da parte del giudice del rinvio si afferma che “le disposizioni di legge che disciplinano la filiazione di un minore assumono un’importanza fondamentale nella tradizione costituzionale bulgara, nonché nella dottrina bulgara in materia di diritto di famiglia e delle successioni, sia sotto il profilo puramente giuridico sia sotto il profilo dei valori, tenuto conto dello stadio attuale di evoluzione della società in Bulgaria”.

Il *focus* si concentra sulla filiazione prodottasi nel contesto di una famiglia omoparentale e sulla disarticolazione della disciplina giuridica che affligge quel profilo nello spazio europeo.

E’ in questa occasione che trova il più ampio riscontro la giurisprudenza della corte di Strasburgo in tema di tutela delle persone e dei diritti fondamentali, poiché i giudici hanno in più occasioni ribadito che la salvaguardia dei diritti degli individui, guidata dal principio di non discriminazione, scandisce necessariamente l’attuazione delle tradizioni giuridiche degli Stati¹⁵.

Pur essendo fatta salva l’autonomia di ciascun Paese nell’accogliere ovvero nel respingere una specifica nozione di famiglia, non può negarsi l’esigenza di protezione e garanzia dei diritti inviolabili in favore dei componenti delle formazioni familiari, qualunque siano la provenienza e le modalità della costituzione¹⁶, in vista dell’attivazione degli obblighi positivi degli Stati.

Al riguardo, come è stato rilevato, il procedimento pregiudiziale, esercitato nel caso di specie, costituisce uno strumento in grado di rafforzare un sistema volto a una più ampia uniformità nell’interpretazione delle norme convenzionali e comunitarie, determinando il sorgere di responsabilità a carico dello Stato nei casi di inerzia o di violazione rispetto a quanto statuito dalla Corte di giustizia¹⁷, e proprio la declinazione del coordinamento tra le corti sovranazionali rappresenta un aspetto di non secondaria rilevanza nella precisazione dei profili in esame.

Se, da un lato, la partecipazione degli Stati membri al consesso comunitario è subordinata al rispetto dei diritti di cui all’art. 2 TUE, le conclusioni dell’avvocato generale della Corte di giustizia si affrettano a precisare che il parametro di valutazione dei diritti a cui la disposizione rinvia non coincide con quello individuato nell’elenco delle situazioni giuridiche illustrate dalla Carta europea e che ricorre, piuttosto, una nozione di diritti dal contenuto essenziale, per cui deve verificarsi il *minimum* della garanzia di tutela da parte dei singoli Paesi aderenti.

In materia, trattandosi di un profilo non rientrante nelle competenze dell’Unione e operando la previsione di cui all’art. 51 par. 2 della Carta, che esclude l’introduzione di nuove competenze o la modifica di quelle previste dai Trattati, risulta determinante, come riconosciuto dalla corte di Lussemburgo, la giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo, che da tempo opera una specifica ricostruzione della nozione di famiglia e di diritto alla vita familiare, ove uno spazio di manovra di scarsa incidenza deve riconoscersi agli Stati aderenti alla Cedu in occasione della differenziazione di trattamento fondata sul sesso o sull’orientamento sessuale¹⁸.

15 Corte Edu, sentenza del 7 gennaio 2014, ric. 77/07, *Cusan Fazzo v. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 515 ss., con nota di S. Winkler, *ivi*, pp. 520 ss.; sul tema, C. Favilli, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, nota a Corte costituzionale, 21.12. 2016, n. 286, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 823 ss. V. pure Corte Edu, GC, sentenza del 7 novembre 2013, ricc. 29381/09 e 32684/09, in *Articolo29*, 2013, www.articolo29.it, con nota di L. Conte.

16 Corte Edu, Parere consultivo del 10 aprile 2019, *Advisory opinion* sul caso *Mennesson*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 764 ss., con il commento di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, *ivi*, I, pp. 757 ss.

17 A. Di Blase, *Sull’interpretazione delle convenzioni e delle norme dell’Unione europea in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2020, pp. 6 ss., specie pp. 9 ss.: per l’A., il ruolo del giudice nazionale e sovranazionale è fondamentale nel processo di ridimensionamento “del ruolo della tradizione giuridica propria di ciascun ordinamento statale”.

18 Sul tema M.C. Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, specie pp. 671 ss.

Il divieto di discriminazioni legate alle scelte personali e identitarie, sebbene non espressamente ravvisato, potrebbe confermarsi alla base anche della soluzione accolta dall'avvocato generale, nella parte in cui prevale, sia pure con qualche perplessità, una proposta di soluzione che non pregiudica la visione statale della famiglia, ma esclude che la negazione del diritto alla libera circolazione possa essere ammessa a carico di formazioni plurisoggettive non coincidenti con il quadro delineato dal diritto della famiglia interno.

Peculiare è il panorama giuridico che accompagna la relazione tra genitori e figli, spazio caratterizzato dalla ricerca delle misure legali più efficaci nel tutelare il legame di filiazione venuto a esistenza in contesti non sempre rispettosi delle regole vigenti nel Paese di nascita¹⁹.

I giudici di Strasburgo in diverse occasioni hanno riconosciuto la violazione del diritto alla vita familiare dei minori, in quanto a rischio di privazione dei legami parentali anche in conseguenza dell'esercizio della libertà di movimento da parte degli ascendenti, confermando tuttavia la corte la discrezionalità degli Stati nel garantire una base sufficiente e rapida al riconoscimento del rapporto²⁰.

Le maggiori criticità sono state segnalate in presenza del ricorso alle pratiche di maternità surrogata, sia in contesti eterosessuali sia nell'ambito dell'esperienza genitoriale tra coppie dello stesso sesso, ove peraltro, con riguardo all'acquisizione dello *status* parentale modellato sul genere maschile, ed escludendosi il ricorso all'istituto dell'adozione, la maternità per sostituzione costituisce un percorso obbligato ai fini della sperimentazione della genitorialità e del nuovo "dogma" a quella collegata²¹.

La Corte di giustizia opera in un contesto ove i diritti patrimoniali, sociali e civili devono essere garantiti: nelle conclusioni dell'avvocato generale resta escluso il tentativo di ricostruire una nozione di famiglia, anche soltanto nei limiti tratteggiati dalla ricerca di elementi comuni alle tradizioni dei singoli Paesi aderenti²²; allo stesso modo, esse si limitano a prendere atto, in assenza di un'analisi approfondita, degli effetti del mancato riconoscimento dei legami parentali connotati da elementi di estraneità e dei possibili pregiudizi sui richiedenti derivanti dalla negazione del riconoscimento delle condizioni personali e familiari²³.

La soluzione posta all'attenzione dei giudici della corte è in linea con il suo tradizionale orienta-

-
- 19 Corte Edu, sentenza del 23 febbraio 2016, ric. 68453/13, *Pajic v. Croatia*; nella causa Corte Edu, sentenza del 22 aprile 1997, *X., Y e Z, v. Regno Unito*, i giudici si sono pronunciati sulla nozione di vita familiare in un contesto caratterizzato dall'esistenza di un genitore transessuale, che richiedeva di essere riconosciuto in qualità di padre della minore nata dalla compagna per effetto dell'accesso alla PMA con donazione dei gameti: per la corte, che ha rigettato il ricorso, l'assenza di una disciplina in materia non impedisce l'espletazione di una regolare vita familiare tra il richiedente e la figlia. Le decisioni si possono leggere su www.hudoc.echr.coe.int. Sul tema, C. Ragni, *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero: diritto internazionale privato, diritto dell'Unione europea e giurisprudenza delle corti europee*, cit., pp. 2 ss.; in materia, v. pure Corte di cassazione, sentenza 11 gennaio 2014, n. 24001, in *Corr. giur.* 2015, pp. 471 ss., con nota di A. Renda.
- 20 Corte Edu, sentenza del 26 giugno 2014, ric. 65192711, *Menesson v. Francia*, e l'*Advis* della Corte europea dei diritti dell'uomo uomo, 10 aprile 2019, in attuazione del Protocollo n. 16 alla Convenzione, richiesta P16-2018-001, cit.
- 21 Sul tema, A. Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, pp. 187 ss.; v. Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, pp. 623 ss., con il commento di B. Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 609 ss. Del "diritto alla genitorialità" in termini di nuovo dogma parla F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione tra le fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1467 ss. Sulle soluzioni che si prospettano riflette A. Astone, *Omosessualità e filiazione, tra tentativi di sovranoismo e oscillanti aperture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 1169 ss.
- 22 A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1238 ss.
- 23 La contraddizione è emersa da tempo ed è stata segnalata dalla dottrina: sul tema, D. Strazzari, *L'adesione alla convenzione europea come alternativa alla carta: una rilettura del parere 2/94 della Corte di giustizia*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione, La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2002, pp. 90 ss.

mento: alla protezione degli interessi vantati dalla richiedente non si perverrà mediante l'astratta affermazione del diritto alla vita familiare, ma passando attraverso il substrato costituito dall'interesse di natura economica alla libera circolazione nel territorio dell'Unione, un interesse personale, in quanto riferito alla cittadina bulgara, ma anche tale da estendersi ai componenti del nucleo familiare.

Quale risposta da parte della grande sezione della Corte di giustizia?

Nella decisione in oggetto, deve riconoscersi che i giudici compiono un passo in avanti rispetto al quadro delineato dalle conclusioni: si affronta, infatti, espressamente il tema del rapporto di filiazione e dell'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il legame sancito dall'atto di nascita formato legalmente e rilasciato da un Paese dell'Unione (par. 56); tale obbligazione non violerebbe i tasselli che compongono l'identità nazionale e i principi generali di ordine pubblico, di cui viene proposta una lettura fortemente restrittiva.

Il diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 7 della Carta, è inquadrato in termini di diritto fondamentale, a cui deve essere garantita la medesima tutela prevista per la situazione giuridica analoga *ex art. 8 della Cedu*, in attuazione della clausola di equiparazione di cui all'art. 52 par. 3 della CDFUE (par. 60)²⁴.

L'approfondimento di tale passaggio da parte della corte è confermato anche dall'attenzione riservata all'inclusione dell'esercizio della vita privata e familiare nel diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, di cui all'art. 21, par. 1 TFUE (par. 47).

La decisione appare più incisiva anche nella ricostruzione della concatenazione che parte dalle situazioni di diritto sancite dalla Carta europea, in particolare agli artt. 7 e 24, ingloba in sé i diritti dei minori riconosciuti dalla Convenzione internazionale di New York e ne opera la traslazione sul piano europeo mediante la previsione, sopra richiamata, di cui all'art. 52 par. 3 della Carta, assicurandone la continuità pur nel libero esercizio del diritto di movimento²⁵.

La sentenza conferma un parziale legame con il solco tracciato dalle conclusioni: l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il rapporto di filiazione legalmente accertato dal Paese ospitante è ricondotto alla libera circolazione della persona minore sul territorio dell'Unione (par. 49).

Da qui, la questione dei diritti fondamentali rischierebbe di essere strettamente incardinata all'interno dell'esercizio delle situazioni giuridiche riconosciute in favore dei cittadini europei, traendo da quelle le misure della sua stessa tutela.

I giudici, tuttavia, si rendono artefici di una lettura più aperta del sistema: essi individuano, infatti, nella "possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme" un passaggio fondamentale della vita familiare (par. 61) e al tempo stesso la privazione del rapporto tra il minore e i genitori è letta come contraria ai diritti riconosciuti agli artt. 7 e 24 della Carta nel perimetro rappresentato dal diritto di circolare e soggiornare liberamente nello spazio europeo (parr. 65 e 69).

La posizione dei minori è ulteriormente rafforzata dall'obbligo generalizzato di astenersi da condotte discriminatorie: la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dai Paesi membri, esige, infatti, quale parametro di riferimento e ai fini dell'attuazione delle situazioni giuridiche di cui sono riconosciuti titolari i minori, il divieto di dare luogo a discriminazioni fondate sulle determinazioni sessuali degli ascendenti (par. 64 e 65).

24 S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.* 2016, pp. 802 ss.

25 S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, cit., pp. 799 ss.

3. Intervento statale, discrezionalità e principio di proporzionalità

La vicenda della circolazione degli *status* familiari si delinea essenzialmente in negativo, poiché le disposizioni richiamate a disciplinare la materia escludono obblighi di contenuto positivo per i Paesi membri, confermando l'esclusione del profilo considerato dall'ambito di competenze riservate in via esclusiva o concorrente all'Unione²⁶.

Anche il reg. 2016/1191, del 6 luglio 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, pur agevolando le procedure inerenti alla presentazione di taluni documenti pubblici rilasciati da uno Stato membro e destinati a essere presentati in un altro Paese dell'Unione, tra i quali rientra anche l'atto di nascita, artt. 1 e 2 par. 1, a), nega l'estensione del suo ambito applicativo al riconoscimento degli effetti della documentazione emessa da uno degli Stati aderenti (art. 2, par. 4)²⁷.

Nella vicenda all'esame della Corte di giustizia due aspetti vengono all'attenzione in quanto strettamente connessi: i legami parentali tra le parti coinvolte e l'attribuzione della cittadinanza del Paese di origine della richiedente, la Repubblica di Bulgaria, in favore della figlia minore, trattandosi, in entrambi i casi, di aree riservate alla disciplina dei singoli Stati, per le quali, tuttavia, gli aspetti legati alla persona risultano essere determinanti.

Il profilo della cittadinanza, in particolare, se letto alla luce della disciplina nazionale, involve scelte personalissime e familiari: tra queste, la decisione di rivelare l'identità della madre biologica della minore nata in Spagna oppure, in alternativa, l'assunzione da parte della ricorrente del ruolo di madre intenzionale, compartecipe del progetto genitoriale. Per ciascuna delle ipotesi illustrate, sia pure con effetti diversi, ricostruiti già nelle conclusioni, alla minore sarebbe riconosciuta la cittadinanza bulgara, da cui discenderebbe in via immediata l'esercizio dei diritti connessi allo *status* di cittadina europea, tra i quali il diritto al rispetto alla vita familiare, ex art. 7 della Carta, e quello a intrattenere rapporti stabili con i genitori, salvo che ciò non sia contrario all'interesse della prole (art. 24, par. 3 CDFUE).

E tuttavia l'obiettivo della richiedente è quello a vedere riconosciuti, nel proprio Stato di origine, gli effetti prodotti dall'atto di nascita della figlia formato in Spagna, in quanto attributivo del ruolo genitoriale in favore di entrambe le *partner*. Il tribunale amministrativo di Sofia, si interroga pertanto, e interroga la corte, sull'ammissibilità dei limiti opponibili dagli Stati membri alla richiesta avanzata, riconducendoli alla previsione del rispetto da parte dell'Unione dell'identità nazionale dei singoli Paesi, di cui all'art. 4, par. 2 TUE.

La nozione di identità nazionale, già considerata in alcuni precedenti interventi della corte europea²⁸, è stata affiancata in un'altra, recente decisione a quella di ordine pubblico²⁹: essa da un lato rac-

²⁶ Artt. 2, 3, 4, 6 TFUE; in materia, S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, in *Rivistaeurojus*, n. 4/2020, www.rivistaeurojus.it, pp. 176 ss., che fa salve le sentenze di separazione o divorzio, in attuazione del reg. 2201/2003 e del reg. 2019/1111, che abroga il provvedimento precedente a partire dal 1° agosto 2022. V. C. Berneri, *Family reunification in The EU, The movement and residence rights of third country national family members of EU citizens*, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. 42 ss., che ricostruisce il percorso normativo del diritto alla circolazione, specificando che in origine la stessa situazione giuridica era avvertita in termini di risorsa e non di minaccia.

²⁷ Sulle resistenze del reg. 2016/1191 a recepire il contenuto del *Green paper* del 14 dicembre 2010 della commissione europea, E. De Gotzen, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, in questa *Rivista* 2016/1, pp. 59 ss.

²⁸ S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, cit., pp. 177 ss.

chiude il nucleo essenziale delle determinazioni giuridiche che lo Stato intende garantire e preservare e il livello minimo di posizioni a cui il Paese non intende rinunciare; d'altra parte, la Corte di giustizia, nella sovrapposizione tra i due istituti, ne offre una declinazione ristretta, non riservata in via esclusiva alla sfera di operatività dei singoli Paesi, ma suscettibile di controllo da parte degli organi dell'Unione e che "può essere invocata soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società"³⁰.

Si tratta di una sorta di "partita" tra la corte e gli Stati, finalizzata a consentire l'esplicazione del libero mercato interno e la tutela di interessi specifici³¹.

Nelle conclusioni dell'avvocato generale, la nozione di famiglia accolta dalla Repubblica bulgara legittima l'intervento della limitazione fondata sulla salvaguardia dell'identità nazionale che, in quanto tale, non è suscettibile di un controllo di proporzionalità: lo Stato, pertanto, non è obbligato ad accogliere una nozione di famiglia che non lo rappresenta e che ritiene insanabilmente contraria al diritto della famiglia di costituzione interna.

L'applicabilità del criterio di proporzionalità ricorre, invece, al momento della verifica del rispetto dei diritti che devono essere assicurati ai cittadini europei e che discendono da fonti ulteriori, quali le direttive: in questo caso, e soltanto nella parte in cui deve procedersi ad accertare che le limitazioni opposte dallo Stato ospitante non eccedano i limiti consentiti, per l'Unione sarà esperibile una forma di controllo sulle misure adottate.

Negare il riconoscimento dello *status filiationis* che intercorre tra la richiedente, la sua *partner* e la figlia minore determinerebbe una restrizione irragionevole del diritto alla libera circolazione, oltre che un possibile aggravio nella prova dello *status* e sul versante dei vantaggi riservati alla minore in qualità di discendente diretta di una lavoratrice migrante cittadina dell'Unione, ai sensi del reg. 2011/492, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dello spazio europeo³².

L'analisi delle questioni, esercitata nelle conclusioni, non si sposta quasi mai sul versante dei diritti fondamentali, ma si sofferma in più occasioni sul rilascio, da parte della Bulgaria, di un atto che sia esclusivamente utile a consentire l'esercizio del diritto alla circolazione nello spazio comunitario e in particolare sul suolo bulgaro, non includendo nel profilo considerato alcuna incidenza sulla nozione tradizionale di famiglia accolta dall'ordinamento giuridico nazionale e sulle intersezioni tra formazioni familiari e diritti dei soggetti che le compongono³³.

L'interesse alla libera circolazione sul territorio europeo è stato ripreso dal testo della risoluzione del Parlamento, 11 marzo 2021, sulla proclamazione dell'Unione come zona di libertà per le persone

29 Anche nella ricostruzione della vicenda elaborata dal parere in esame, la richiesta di rilascio di un certificato di nascita è respinta dal Comune di Sofia in quanto contraria all'ordine pubblico (Conclusioni dell'avvocato generale della Corte di Giustizia UE, 15 aprile 2021, par. 20).

30 Corte di giustizia UE, GS, sentenza del 5 giugno 2018, causa C-673/16, sul caso *Coman*, richiamato in più occasioni dalla Corte, specie par. 43 ss., su www.europeanrights.eu; in materia, A. Davì, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2019, pp. 319 ss., specie par. 6.

31 L'espressione è di R. Caponi, *La tutela dell'identità nazionale degli Stati membri dell'UE nella cooperazione tra le corti: addio ai controlimiti?*, in *Dir. un. eur.*, 2011, pp. 915 ss. specie par. VI.

32 Sul diritto alla libera circolazione in termini di diritto fondamentale, P. Morozzo della Rocca, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, in G.O. Cesaro, P. Lovato, G. Mastrangelo (a cura di), Milano, Franco Angeli, 2014, specie pp. 43 ss.

33 L. Tomasi, *La famiglia nella convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione giustizia*, 2/ 2019, www.questionegiustizia.it, pp. 39 ss.

LGBTIQ (2021/2557(RSP)), P9_TA(2021)0089, ove il caso in esame è richiamato alla lett. x) e l'art. 1 dichiara l'Unione una "zona di libertà per le persone LGBTIQ"; ancora prima, le esigenze di libera circolazione sono state delineate dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni* del 12 novembre 2020, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, COM(2020) 698 final³⁴: il par. 3 della comunicazione, nell'affermare il diritto all'inclusione per le persone LGBTIQ e la necessità di riesaminare gli orientamenti del 2009 nel medesimo campo al fine di rispecchiare i modelli familiari allo stato presenti in Europa, si focalizza sul diritto alla libera circolazione (par. 3.1, 3.2).

Un ritorno ai diritti personali si coglie nella parte delle conclusioni riservata alla posizione della figlia minore, il cui diritto alla vita familiare verrebbe pregiudicato qualora a una delle madri non fosse consentito di accompagnarla e di esercitare le funzioni connesse alla qualità di genitore (specie par. 153).

L'attuazione del miglior interesse dei figli nel caso concreto costituisce, come è stato rilevato, l'oggetto di un'obbligazione che, per effetto del Trattato di Lisbona, non dispiega più i propri effetti esclusivamente sugli Stati membri, ma assurge a livello comunitario ed è fonte di obblighi in positivo³⁵.

E tuttavia, da parte dell'avvocato generale, neppure l'inquadramento dello *status* giuridico della persona minore d'età appare in grado di orientare la decisione verso una soluzione che vada al di là del semplice esercizio del diritto alla libertà di circolazione, disegnando un percorso che pare inverso rispetto a quello prospettato in numerose occasioni dalla corte di Strasburgo: se, per quest'ultima, l'esercizio effettivo della *de facto family life* rappresenta il presupposto ai fini del riconoscimento della relazione giuridica tra le parti interessate, ciò che rileva nelle conclusioni è che alla vita del nucleo familiare composto dalle due donne e dalla figlia minore sia consentito di modellarsi sulle tipologie familiari esistenti, tradizionali e non.

Ma tale modulazione della vita familiare non consente di approdare in concreto al riconoscimento giuridico del legame legittimamente instaurato all'estero, sebbene contrario alla legge nazionale e, pertanto, il contenuto delle conclusioni appare fine a se stesso: si ritiene, infatti, legittimo il rifiuto da parte della Bulgaria di rilasciare un certificato di nascita in favore della neonata, poiché il documento attesterebbe un legame inesistente per l'ordinamento interno, irrilevante sul piano dei rapporti personali *inter vivos e mortis causa*.

A esiti differenti si perviene per effetto della lettura della sentenza resa dalla Corte di giustizia: già in altre occasioni i giudici hanno fondato il diritto alla libera circolazione mediante un aggancio al diritto all'identità personale o, comunque, come è stato riconosciuto, la situazione giuridica connessa alla libertà di movimento, garantita in favore dei cittadini europei, ha consentito di affermare il diritto personalissimo all'identità dell'individuo³⁶.

Anche nella vicenda in oggetto parrebbe sia stata adottata una strategia analoga: colpisce, a questi fini, il rinvio al diritto al cognome attribuito a un cittadino dell'Unione in conformità della legislazione di uno degli Stati membri, quale situazione giuridica che tutti gli altri Paesi sono tenuti a riconoscere (parr. 43, 44)³⁷.

³⁴ Il testo dei documenti si legge in questa *Rivista*, 2021, pp. 217 ss.

³⁵ C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, pp. 676 ss.; sulle difficoltà ricostruttive della nozione, M. Acierno, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, www.questionegiustizia.it, pp. 93 ss.

³⁶ S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, cit., pp. 178 ss.

³⁷ V. Corte di giustizia UE, sentenza del 14 ottobre 2008, C-353/06, causa *Grunkin-Paul*, e Corte di giustizia UE, sentenza del 22 dicembre 2010, C-208/09, causa *Sayn-Wittgenstein*, sul sito della Corte, al link <https://european-union.europa.eu/institutions->

Ancora più profonda è la connessione stabilita tra il diritto a circolare liberamente e l'esercizio effettivo della vita familiare (par. 47 e ss.): da tale affermazione scaturisce l'obbligo imposto agli Stati di confermare i legami familiari legalmente accertati che offrono sostanza e integrano di contenuti la *family life*, anche se non previsti dal diritto nazionale, rispetto al quale quell'accertamento non interferisce nella misura in cui i diritti personalissimi alla filiazione e alla vita in famiglia sono strettamente legati alle situazioni contemplate dal diritto comunitario e come tali tutelati (parr. 57 ss.)³⁸.

4. L'interesse del minore, tra limiti e controlimiti per un tentativo di armonizzazione

Anche la sentenza della grande sezione della Corte di giustizia si sofferma sulla posizione della minore coinvolta e recupera tale situazione soggettiva al fine di salvaguardarne, mediante l'esercizio del diritto al libero spostamento tra i Paesi membri, la vita familiare.

È proprio la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal tribunale amministrativo di Sofia ad avere sollevato questioni comuni ai Paesi membri, riaccendendo l'attenzione sui rapporti tra l'interesse del minore e il contesto familiare, in particolare quello connotato dalla omogenitorialità al femminile.

La protezione dei bambini, mediante la regola dell'equivalenza tra le garanzie accordate dalla Carta dei diritti e quelle proprie della Convenzione (art. 52, par. 3, CDFUE), costituisce oggetto di un intervento specifico dell'Unione, malgrado le ambiguità proprie della clausola generale rappresentata dal *best interest of the child* e la limitazione delle competenze a cui si è in precedenza accennato³⁹.

Invocato a garanzia dell'unità familiare e del formale riconoscimento di relazioni parentali atipiche, il perseguimento dell'interesse delle persone minori d'età appare in qualche caso anche in grado di opporsi a ragioni di ordine pubblico⁴⁰, confermandosi sia il divieto di discriminazione dei soggetti in questione in ragione di scelte compiute dagli adulti, come ribadito dalla corte (par. 65), sia la prevalenza della posizione d'interesse dei figli a non interrompere legami familiari consolidati⁴¹.

law-budget/law/find-case-law_it: su entrambe le decisioni, S. Carbone, *I diritti della persona tra Cedu, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, 1 ss., specie par. X.

³⁸ Sui rapporti tra stato familiare e libertà di circolazione, v. Trib. Reggio Emilia, decr. 13 febbraio 2012, in *Dir. fam. per.*, 2012, pp. 1650 ss., con nota di R. de Felice, *ivi*, pp. 1660 ss., intervenuto sulla qualificazione della nozione interna di "coniuge".

³⁹ Sul tema, M. Magli, G. Spadaro, *Diritti dei minori e rapporti tra le fonti del diritto internazionale*, in *Rivista il diritto vivente*, 2020, www.rivistaildirittovivente.it, specie par. 3: tra le disposizioni richiamate ai fini di un'interpretazione omogenea e garantista, l'art. 6, par. 3 TUE, che include i diritti fondamentali nello spazio del diritto dell'Unione quali principi generali.

⁴⁰ Sulla matrice sovranazionale del concetto di ordine pubblico e sugli effetti riduttivi "dei margini di libertà dello Stato", V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, pp. 989 ss.; sul tema, V. Barba, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2018, p. 2 ss., specie p. 4 ss., sui rapporti tra diritto europeo e diritto interno.

⁴¹ R. Zamperini, *Il doppio sogno della Corte costituzionale, tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, in *Famiglia*, 2021, www.rivistafamiglia.it, pp. 382 ss., nota a Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 32. Sull'attuazione del *best interest of the children* nel reg. CE 2201/2003, C.E. Tuo, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, cit., pp. 678 ss. La presenza di figli, in relazione ai quali deve predicarsi il perseguimento del *best interest*, è qualificata dalla dottrina come il "motore della disciplina delle relazioni familiari": così, M.R. Marella, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in *Liber amicorum P. Rescigno*, in occasione del novantesimo compleanno, Napoli, Esi, 2018, vol. I, pp. 1221 ss., specie p. 1225.

Al conseguimento dell'interesse del minore sembra legata anche quella concezione di famiglia detta "funzionale", in quanto destinata a modellarsi in ragione di una situazione soggettiva unitaria che ruota intorno al bambino, ma la cui valutazione è rimessa a un complesso di parametri: dalla stabilità delle relazioni familiari all'età della prole, dal rispetto della legislazione del luogo ove si sono prodotti il concepimento e/o la nascita dei figli fino alla presenza di soggetti disposti ad assolvere i doveri connessi alla responsabilità genitoriale⁴².

A ciò si aggiunge che l'interesse del minore segna la linea di confine tra il moltiplicarsi delle figure genitoriali o paragenitoriali di riferimento e l'orientamento in prevalenza restrittivo degli ordinamenti nazionali nella selezione dei soggetti ammessi a sperimentare in via diretta il rapporto di filiazione, profilo, quest'ultimo, sollevato anche presso la corte costituzionale⁴³.

Il *best interest of the child* rappresenterebbe uno spartiacque tra l'obbligo per i Paesi membri di garantire la tutela dei diritti e il potere degli Stati di preservare aree di competenza esclusiva, a cui ricondurre le modalità di formazione degli *status* familiari.

Tale profilo d'interesse si evolve seguendo direttive che nell'ordinamento interno appaiono omogenee: se, infatti, non si nega, in passato e di recente, che le funzioni propriamente genitoriali possano essere ricoperte da soggetti omoaffettivi e che un minore possa condurre la propria esistenza all'interno di un nucleo familiare composto da persone dello stesso sesso, che costituiscono una formazione sociale idonea all'esercizio dei ruoli parentali⁴⁴, d'altra parte è stata esclusa una soluzione unitaria nella gestione del rapporto di filiazione all'interno delle coppie omosessuali, delineandosi opzioni che vanno dall'insistenza sull'ordine pubblico, quale baluardo alla pratica della sostituzione di maternità⁴⁵, fino all'istituto dell'adozione in casi particolari, utile a preservare il rapporto con il *partner* del genitore biologico, salvo poi affermarne l'insufficienza e la conseguente richiesta d'intervento del legislatore⁴⁶.

⁴² Di famiglia funzionale parla A. Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione*, cit., p. 198 ss.

⁴³ Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 548 ss., con nota di I. Barone, *ivi*, pp. 555 ss.; sulla decisione, v. il saggio critico di U. Salanitro, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2020, II, pp. 206 ss. Si legga sul tema M.C. Venuti, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, in U. Salanitro (a cura di), cit., p. 302, che contesta il fondamento costituzionale della regola dell'eterosessualità genitoriale. L'ordinamento sovranazionale non esclude la mancata coincidenza tra le figure predisposte alla cura dei minori e le posizioni genitoriali: v. art. 24 della Carta dei diritti, par. 1 e 3, che distingue tra il diritto alla protezione e alla cura e l'interesse alla prosecuzione dei rapporti personali e familiari; sul tema, E. Quadri, *Una riflessione sull'interesse del minore e la dimensione familiare della sua tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2020, II, pp. 1331 ss.

⁴⁴ Cass., sentenza del 11 gennaio 2013, n. 601, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2013, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, pp. 432 ss.; sull'assenza di una "preclusione ontologica" alla genitorialità esercitata da coppie dello stesso sesso, Cass., sentenza del 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2016, con nota di A. Schillaci; in senso critico avverso Cass., 19599/16, A. Nicolussi, *Paradigmi della filiazione*, op. loc. ult. cit. Sul tema, I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2017/1, pp. 70 ss.

⁴⁵ Cass., sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, con il commento di M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in questa *Rivista* 2019/2, p. 7 ss.; v. pure la decisione in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, pp. 741 ss., con il commento di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, *ivi*, pp. 37 ss.

⁴⁶ Corte cost., sentenze del 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, cit.; sul tema, A. Schillaci, *Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, 2021/2, pp. 1 ss. Sull'abrogazione tacita dell'art. 55 l. ad., nella parte in cui rinvia all'art. 300 co. 2 c.c., e sul riconoscimento dei rapporti di parentela, ex art. 74 c.c., tra la minore adottata ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d) l. ad., e i figli dell'adottante, sentenza del Trib. min. di Bologna, 25 giugno-3 luglio 2020, in *Fam.*

Nel sistema giuridico interno la vicenda sottoposta all'esame della Corte di giustizia è stata affrontata dai giudici di legittimità in un passato recente: la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, con l'indicazione delle due madri, è stata ritenuta non contraria all'ordine pubblico, alla luce di un principio di apertura ai valori comuni all'ordinamento sovranazionale e in attuazione del divieto di discriminazione tra gli individui⁴⁷.

Nella motivazione della sentenza da ultimo richiamata un passaggio appare particolarmente significativo, nella parte in cui i giudici, affermando il diritto alla continuità dello *status* familiare in considerazione del *favor* per la condizione di figlio, come delineato dall'ordinamento interno, ne individuano il fondamento nell'interesse del minore alla propria identità e a preservare le relazioni familiari, di cui all'art. 8, par. 1, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con la l. n. 176/1991, che ha ricevuto una quasi totale adesione da parte degli Stati⁴⁸.

La formazione dell'identità personale e familiare passa attraverso l'attuazione del diritto al nome⁴⁹ e l'identificazione della persona negli atti che ne attestano la nascita⁵⁰: l'indicazione del rapporto parentale, che qualifica i soggetti del caso di specie rispettivamente ascendenti e discendente diretta, non vale esclusivamente a consentire la circolazione degli individui, ma li colloca giuridicamente all'interno di una formazione sociale, ne tesse le relazioni sul piano dei rapporti personali rilevanti⁵¹.

Il legame filiale, in definitiva, consente al soggetto di ricostruire se stesso in via indipendente dalle modalità d'instaurazione del rapporto, se *instar naturae* ovvero determinato per effetto di una manifestazione di volontà, le due direttive alla luce delle quali sembrano muoversi allo stato attuale i legami parentali⁵²: come si legge in una recente decisione della consulta, la trama che percorre l'identità dell'individuo non passa necessariamente attraverso la corrispondenza tra verità biologica e dato giuridico⁵³.

Per tali ragioni, le conclusioni dell'avvocato generale presso la Corte di giustizia, pur formalmen-

dir., 2021, pp. 318 ss., con nota non adesiva di A. Scalera, *ivi*, pp. 323 ss. Sul tema, Corte cost., sentenza del 23 febbraio-28 marzo 2022, n. 79, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. 184/1983 "nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante". La decisione può leggersi su <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>.

⁴⁷ Cass., 19599/16, cit., cons. n. 7 e 8.3, in relazione alla posizione del minore. Sulla richiesta d'iscrivere la duplice maternità nell'atto di nascita di un bambino nato in Italia mediante PMA realizzata all'estero, Corte cost., sentenza del 4 novembre 2020, n. 230, su cui l'opinione di G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Note a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, pp. 417 ss.

⁴⁸ Sul "ripensamento" del diritto minorile interno in ossequio al dettato costituzionale per effetto dell'adesione del nostro Paese alla Convenzione sui diritti del fanciullo, A. Thiene, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della l. 29 luglio 2020, n. 107, in attesa di una riforma necessaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, pp. 34 ss.

⁴⁹ S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, cit., pp. 797 ss.

⁵⁰ C. Honorati, *Il diritto al nome e all'identità personale*, in *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, Roma, 2019, 181 ss., consultabile *on line* al link https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf.

⁵¹ Sul diritto di ogni persona alla costruzione di una propria identità, S. Piccinini, *Osservazioni sull'"identità" e sul diritto di acquisire una "personalità individuata" cioè una identità che favorisca condizioni per una vita realizzata*, in *Dir. fam. per.*, 2020, pp. 1215 ss.

⁵² In senso critico, F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione tra le fonti*, *op. loc. ult. cit.*

⁵³ Sul tema V. Sciarrino, *Mater semper certa o mater semper incerta? La maternità è fluida ma l'art. 263 c.c. non si tocca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, pp. 516 ss.; A. Gorgoni, *Art. 263 cod. civ., tra verità e conservazione dello status filiationis*, commento a Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, pp. 540 ss.

te corrette, non apparivano convincenti: se i diritti fondamentali assurgono a principi generali del diritto dell'Unione, ex art. 6, par. 3 TUE, non se ne può non tenere conto, relegandoli entro il perimetro di una misura che, pur consentendo l'attuazione di un diritto civile e sociale qual è quello alla libera circolazione, offre lo spunto per uno svilimento del rapporto genitoriale in mero affiancamento dei soggetti minori d'età, in contrasto con la sempre maggiore attenzione verso una posizione, quella dei figli, che trascorre dal diritto al sostegno morale e materiale alla ricostruzione della propria storia, personale e familiare, comprensivi del diritto all'identità e all'identificazione con coloro che ne hanno determinato la nascita⁵⁴.

Resterebbero pertanto confermati i dubbi avanzati su una soluzione, quella suggerita dalle conclusioni, che, pur imponendo agli Stati di riconoscere la situazione giuridica vantata dai discendenti, confina alla relazione singola tra il figlio e ciascuno dei genitori l'esercizio dei diritti sanciti dall'ordinamento sovranazionale, omettendo ancora una volta d'intervenire sulla nozione di famiglia.

Maggiori tutele sono delineate nell'ambito della decisione della Corte di giustizia sulla vicenda: nella parte in cui nel diritto alla libera circolazione si include anche quello ad una normale vita familiare, che si sostanzia nella garanzia dell'affiancamento della persona minore da parte dei propri familiari (par. 47); nella previsione dell'obbligo per gli Stati membri di riconoscere l'atto di nascita rilasciato legittimamente dal Paese ospitante (par. 50), con l'indicazione di entrambi i genitori, indipendentemente dalla natura della filiazione, se biologica ovvero giuridica (par. 48); infine, nel riconoscimento, fondamentale, dell'attrazione della materia al diritto dell'Unione, mediante gli art. 7 e 24 della Carta.

I giudici conseguono tale risultato mediante alcuni passaggi: *1)* posto l'obbligo per gli Stati membri di consentire ai cittadini dell'Unione il godimento dei diritti ad essi riconosciuti dai Trattati, la Corte propone un contenuto ampio del diritto al soggiorno e alla circolazione, includendovi anche l'interesse allo svolgimento ordinario della vita familiare e, per tale via, dettando la predisposizione di tutte le misure utili all'esercizio delle situazioni giuridiche così individuate.

In questa traiettoria si muove la commissione europea, nel favorire il superamento delle barriere che si frappongono a una migliore tutela delle situazioni transfrontaliere e in direzione dell'operatività di tipo orizzontale del suo operato in funzione di promozione normativa⁵⁵.

Ancora, *2)* la Corte di giustizia riserva all'Unione il controllo sulla nozione di ordine pubblico, circoscrivendone la portata, individuandone lucidamente i confini, nella misura in cui tale concetto risulta sempre e strettamente modellato sul riconoscimento e sull'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento europeo, ma anche segnando controlimiti efficaci a tutela delle persone⁵⁶.

⁵⁴ Sul tema, A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, cit., pp. 759 ss. In dubbio su una necessaria ricostruzione *gender neutral* del rapporto di filiazione, C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Fam. dir.*, 2018, pp. 927 ss.: si ammette, tuttavia, l'attenuarsi dell'operatività del limite costituito dall'ordine pubblico nel caso di situazione giuridiche costituite all'estero. Sui profili interni, F. Cristiani, *A proposito di unicità di status filiationis, legge applicabile e cittadinanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 207 ss.

⁵⁵ Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, del 12 novembre 2020, cit.

⁵⁶ G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in questa *Rivista*, 2019/1, pp. 9 ss.: per l'A. l'interesse del minore integra la nozione di ordine pubblico anche con riferimento alle modalità di costituzione dello *status filiationis*.