



*Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*

**Genitori dello stesso sesso: interesse del minore e ordine pubblico nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero**

*Roma, Mercoledì 13 giugno 2018, Aula Magna della Corte di Cassazione*

**REPORT**

a cura della Dott.ssa Francesca Marrone (parte I), e della Dott.ssa Serena Bartolomucci (parte II),  
con la supervisione del Dott. Giovanni Giacalone e del Dott. Paolo Di Marzio

**PREMESSA**

In data 13 giugno 2018, presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione, ha avuto luogo il convegno, organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte Suprema di Cassazione, dal titolo "*Genitori dello stesso sesso: interesse del minore e ordine pubblico nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero*".

\*\*\*

(Parte I) L'incontro è stato aperto dal Dott. **Giovanni Giacalone**, Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, Magistrato formatore responsabile dell'incontro, che ha subito evidenziato la natura particolarmente problematica della questione sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 4382/2018 circa il riconoscimento dell'atto di nascita, di un bambino, formato all'estero da genitori dello stesso sesso, che avevano fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita. Dopo aver brevemente illustrato i temi oggetto delle relazioni previste, il Cons. Giacalone ha richiamato il contesto normativo in cui si colloca tale problematica ed ha accennato ai vari temi al centro della predetta ordinanza: la legittimazione del sindaco, quale ufficiale di Governo, quella del pubblico ministero, sia presso il giudice *a quo* che presso la Suprema Corte, nonché il problema del bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco, in particolare l'interesse superiore del minore e l'ordine pubblico internazionale, ed il possibile contrasto prospettabile in relazione alla nozione stessa di ordine pubblico internazionale.

Sul punto il Dott. Giacalone ha rilevato la necessità di riconsiderare la nozione di ordine pubblico in relazione a tematiche attinenti al diritto di famiglia, passando da un'interpretazione più restrittiva che considera come limite le sole norme di rango costituzionale ad un'interpretazione più ampia, come prospettata dalle Sezioni Unite in tema di riconoscimento dei provvedimenti stranieri sui danni punitivi, questione che è stata oggetto di un precedente convegno organizzato dalla struttura

di formazione decentrata (Corso Territoriale del 1° e 2 febbraio 2017).

Ha poi preso la parola il Primo Presidente della Corte di Cassazione, Dott. Giovanni Mammone, che ha sottolineato l'importanza dell'iniziativa della struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione di organizzare, con il sistema della tavola rotonda, degli incontri di studio sulle questioni più rilevanti rimesse alle Sezioni Unite prima che queste abbiano a pronunciarsi.

In quanto Presidente delle Sezioni Unite, il Dott. Mammone non si è espresso sulla questione specifica, ma ha svolto una considerazione di carattere generale. La questione sottoposta alle Sezioni Unite ed oggetto del presente incontro è un argomento su cui ognuno ha profonde convinzioni e su cui il dibattito è particolarmente complesso, quindi l'incontro costituisce un'importante occasione per discutere liberamente ed avere un confronto di carattere propositivo, che si misuri sui termini concreti della questione, lasciando in disparte preconcetti e personali convinzioni. Il Primo Presidente ha, quindi, sollecitato un'attiva partecipazione da parte dell'uditorio, sottolineando che ciò che emergerà dal confronto servirà alla Suprema Corte per arricchire il bagaglio di conoscenze, non solo di carattere giuridico, con la riserva di farne adeguata metabolizzazione al momento della decisione.

È poi intervenuto il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, Dott. Riccardo Fuzio, che ha ribadito l'estrema utilità di questi incontri organizzati dalla struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione prima che le Sezioni Unite abbiano a pronunciarsi su contrasti di giurisprudenza o su questioni di massima di particolare importanza, allo scopo di sollecitare un proficuo dibattito con la dottrina ed i pratici.

Il Procuratore Generale ha, inoltre, sottolineato l'importanza di riaffermare, in relazione ai temi in questione, la contrarietà a ogni forma di discriminazione per orientamento sessuale, principio basilare del nostro ordinamento costituzionale. Ha, quindi, osservato che il problema della creazione di un documento anagrafico con indicazione di due genitori dello stesso sesso è sorto anche in altri ordinamenti molto più avanzati, come nello Stato di New York, dove un certificato di nascita di un bambino con genitori dello stesso sesso, pur essendo stato formato, indicava come madre una persona di sesso maschile non potendo indicare entrambi gli uomini come padri e nessuna madre. Infine, al di là del limite dell'ordine pubblico, sullo sfondo vi è, ad avviso del Dott. Fuzio, la necessità di ampliare il dibattito sull'*interesse superiore del minore*, principio che trova affermazione non solo nella normativa nazionale ma anche a livello internazionale, e rispetto al quale il magistrato e il legislatore devono necessariamente avvalersi, con approccio umile e collaborativo, di conoscenze e professionalità non solo strettamente giuridiche.

\*\*\*

La prima a prendere la parola è stata la Dott.ssa **Francesca Ceroni**, componente del Comitato Direttivo della Scuola superiore della Magistratura, che ha spesso trattato direttamente questi temi in qualità di Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione.

La relatrice ha preliminarmente osservato che lo stralcio dell'art 5 del Decreto Cirinnà ha di fatto affidato alla magistratura la scelta dei valori meritevoli di tutela, richiedendo così ancora una volta ai giudici di svolgere un'attività di supplenza. La Corte di Cassazione è quindi intervenuta con due importanti pronunce, la sentenza n. 12962/2016 in materia di *step child adoption* e la sentenza n. 19599/2016 sul riconoscimento del certificato di nascita straniero con l'indicazione della doppia madre.

Con l'ordinanza interlocutoria n. 4382/2018 la I Sezione Civile è intervenuta nuovamente in materia, questa volta ritenendo tuttavia opportuno rimettere la questione all'attenzione delle Sezioni

Unite. Nel caso di specie, l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di trascrivere l'atto di nascita canadese di due gemelli concepiti attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, in quanto il provvedimento indicava la doppia genitorialità paterna e non riconosceva la qualità genitoriale alla gestante.

La relatrice, associandosi alla dottrina più guardinga, ritiene che occorra muoversi con prudenza perché, essendo la questione tecnico giuridica della compatibilità del provvedimento straniero con l'ordine pubblico connessa a questioni di portata etica, morale e sociale, non vi è un'unica soluzione corretta.

In una prospettiva *de iure condito* due sono le affermazioni che la Dott.ssa Ceroni ritiene si possano fare con un buon margine di sicurezza: non c'è una norma positiva che prevede l'adozione da parte di una coppia omoaffettiva e, al contrario, c'è una norma positiva che vieta la maternità surrogata.

Quanto alla prima affermazione, la lacuna era in origine espressione di una precisa scelta politica perfettamente coerente con un certo tipo di società per la quale l'adozione doveva essere riservata alle coppie sposate eterosessuali, scelta che tuttavia non è più attuale e che, in assenza di una risposta legislativa, ha richiesto l'intervento dei giudici.

Per quanto riguarda il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, dalle due sentenze pilota sopra citate emerge con chiarezza, ad avviso della relatrice, che il giudice di legittimità è ben consapevole che il problema della surrogazione di maternità altererebbe i termini del ragionamento. Con la sentenza n. 12962/2016, la Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che il rapporto di filiazione esistente tra minore e madre biologica è legale ex art. 269, comma III, c.c., e non è pertanto riconducibile ad alcuna forma di surrogazione di maternità. Sulla stessa linea, la sentenza n. 19599/2016 ha escluso che la procedura di maternità assistita alla quale ricorrono due donne legate da un rapporto affettivo consolidato costituisca una fattispecie di maternità surrogata, laddove una doni gli ovociti mentre l'altra porti a termine la gravidanza. Si tratta, invero, di un'ipotesi di genitorialità all'interno della coppia assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue, tuttavia, essendo il feto legato biologicamente a entrambe le donne.

La Dott.ssa Ceroni ha, inoltre, osservato che il divieto di ricorrere alla maternità surrogata non è il portato di una posizione di retroguardia conservatrice, condizionata da una qualche matrice religiosa, ma è una posizione largamente condivisa fuori dai confini nazionali, dettata dal riconoscimento di altri diritti costituzionalmente garantiti con i quali i diritti del minore devono essere bilanciati. In tal senso, la risoluzione del Parlamento europeo del novembre 2015 ha stigmatizzato tale pratica considerandola lesiva della dignità della donna in quanto sfrutta il suo corpo e la sua funzione riproduttiva a fini commerciali; posizione condivisa anche dal Consiglio d'Europa, la cui Commissione affari sociali nel 2016 ha respinto il rapporto che apriva alla regolamentazione internazionale dell'utero in affitto. Nello stesso anno il Comitato nazionale per la bioetica ha qualificato negativamente la surrogazione della maternità quale contratto lesivo della dignità non solo della donna ma anche del figlio in quanto verrebbe sottoposto ad un atto di cessione, posizione critica sposata anche da molte associazioni femministe.

L'intervento si è poi concentrato sull'interesse superiore del minore al quale la Suprema Corte sembra aver affidato il ruolo di criterio ermeneutico nelle pronunce sopra citate. In particolare, ci si è chiesti se tale interesse trovi la stessa realizzazione quando il minore cresce con una coppia omosessuale anziché eterosessuale. Sul punto, la relatrice ritiene condivisibile l'impostazione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 601/2013 secondo la quale l'asserita dannosità per il bambino di crescere con una coppia omosessuale va dimostrata in concreto e non può essere fondata su un mero pregiudizio. Nella fattispecie di trattava di una madre separata che aveva iniziato una

relazione omoaffettiva. Tuttavia l'accertamento dell'interesse in concreto del bambino non avendo dati empirici o statistici risulta un'operazione molto complessa. Inoltre, la tesi diffusa della indifferenziazione, ossia l'idea secondo la quale i minori che crescono in famiglie omogenitoriali non si trovano in una situazione di netto svantaggio rispetto a minori che sono cresciuti in famiglie eterogenitoriali, sembra essere stata messa in discussione dalla Grande Camera nella sentenza X e altri contro Austria del 2013.

Sempre in tema di interesse superiore del minore, la relatrice ha richiamato il caso di una coppia bresciana che aveva riconosciuto come proprio un bambino avuto in Ucraina ricorrendo alla tecnica della maternità surrogata, deciso dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 24001/2014. In quell'occasione, in qualità di PM presso la I Sezione Civile della Suprema Corte, la Dott.ssa Ceroni aveva ritenuto che l'interesse del minore alla stabilità e continuità affettiva dovesse prevalere su ogni altro interesse. La Corte invece aveva statuito diversamente, ritenendo che l'art 12, co. 6, L. 40/2004 dovesse essere letto in modo rigoroso, poiché la pratica di surrogazione era attività contraria all'ordine pubblico interno in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità della gestante. A distanza di poco tempo, è intervenuta la sentenza *Paradiso Campanelli* contro *Italia* nella quale la Corte EDU ha deciso in base alla necessità del bambino alla stabilità e continuità degli affetti. Tuttavia, successivamente è intervenuta la Grande Camera statuendo che l'interesse preminente del minore non può essere l'unica direttrice ermeneutica, dovendo tale interesse essere controbilanciato con altri, quali l'intangibilità della dignità della donna e del suo corpo, che non è merce disponibile neppure con il consenso dell'avente diritto.

La relatrice ha, inoltre, osservato che il minore è titolare di un diritto all'identità, un diritto a conoscere, cioè, la sua storia personale e le sue origini, diritto che non sembra aver avuto adeguato spazio nel dibattito sviluppatosi su questo tema e rispetto al quale il Procuratore Generale Fuzio ha chiesto l'affermazione di un principio di diritto. In particolare, occorrerà chiarire, ad avviso della relatrice, se la vita intrauterina ha qualche valore, ed eventualmente quale, per il nascituro.

La Dott.ssa Ceroni ha poi affrontato profili più strettamente processuali, in particolare il ruolo che oggi residua in capo al p.m. dal momento che l'ordinanza interlocutoria solleva un dubbio circa la legittimazione del Procuratore generale di Trento. Sul punto la relatrice ha evidenziato che la tendenza del legislatore e della giurisprudenza è nel senso della privatizzazione delle relazioni familiari e di marginalizzazione, se non addirittura di continua erosione, del ruolo del p.m.

Le ipotesi di intervento obbligatorio e facoltativo del p.m. ex art. 70 c.p.c. devono invece essere inquadrate, ad avviso della Dott.ssa Ceroni, come *species* del *genus* dell'intervento volontario ex art. 105 c.p.c., con la conseguenza che, come affermato dalla Suprema Corte nelle sentenze n. 11156/2018 e n. 9150/2015, a seguito di intervento adesivo volontario ex art. 105 c.p.c. si configura un litisconsorzio necessario processuale e la causa deve considerarsi inscindibile nei confronti dell'interventore, che è anche legittimato ad impugnare. Non vi sarebbe quindi alcuna ragione per estromettere dal processo un soggetto che ha potere di intervento *ex lege* e che istituzionalmente persegue l'interesse pubblico alla corretta applicazione della legge e vigila in questi giudizi su interessi *super partes* facenti capo sovente a soggetti svantaggiati, interessi che sono tra l'altro ontologicamente indisponibili.

In tal senso, la relatrice ha evidenziato come in alcune situazioni sia particolarmente evidente la necessità di salvaguardare la funzione del p.m. come nel caso di comportamenti pregiudizievoli per i figli minori emersi durante un giudizio di separazione poi abbandonato, oppure nei casi di violenza domestica in cui la donna succube o priva di mezzi economici per difendersi verrebbe abbandonata in balia di un marito violento.

In conclusione, ad avviso della Dott.ssa Ceroni, ancorché il processo civile sia incardinato sul principio dispositivo e della domanda, la figura eccentrica del pubblico ministero non può e non deve essere marginalizzata soprattutto quando, come nel caso di specie, viene invocato il limite dell'ordine pubblico rispetto al quale la legge dell'ordinamento giudiziario, all'art. 73, riconosce al pm poteri specifici di iniziativa. Tuttavia, come già rilevato, l'orientamento del legislatore e della stessa Corte di Cassazione sembra essere invece restrittivo, se non addirittura erosivo.

La relazione si è conclusa richiamando alcuni ricorsi presentati dalla Dott.ssa Ceroni in via autonoma in qualità di Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. Oggetto di tali ricorsi erano pronunce delle Corti territoriali con le quali si riconosceva la sentenza di nullità ecclesiastica del matrimonio concordatario dichiarata sul presupposto che la convivenza quasi trentennale che convalida l'originario atto nullo è un'eccezione in senso stretto che non può pertanto essere rilevata d'ufficio (sul punto Cass. n. 16379 e n. 16380/2014). Ma, a tale mancanza di iniziativa di parte, dovrebbe poter sopperire il p.m., così da garantire una tutela ai soggetti più deboli. In tal senso, la Dott.ssa Ceroni ha ricordato che, in un caso, aveva deciso di proporre ricorso in quanto la parte non aveva impugnato soltanto perché non poteva permettersi di affrontare una nuova fase di giudizio, essendo già stata condannata alle spese del primo grado. Tuttavia, in seguito al ricorso presentato dal Sostituto Procuratore Generale, la signora è stata rimessa in termini ed ha potuto eccepire la convivenza quasi trentennale.

E', quindi, intervenuto il Prof. **Francesco Bilotta**, professore aggregato di Diritto privato nell'Università di Udine, che ha preliminarmente chiarito il quadro metodologico in cui si colloca definendolo "positivismo realista", in quanto nell'analisi delle questioni giuridiche si attiene ad una rigida osservanza del sistema normativo e della legalità costituzionale che, attraverso l'art 117 Cost., include anche l'osservanza delle norme e principi dell'ordinamento europeo e internazionale, ma è allo stesso tempo consapevole del peso che diversi fattori hanno sulla lettura del sistema giuridico, come i precedenti giurisprudenziali e le prese di posizione dottrinali, nonché il clima culturale e la riconoscibilità sociale di certi fenomeni, qual è oggi l'omogenitorialità.

Dopo aver svolto questa premessa, il relatore ha analizzato i principi rilevanti in materia di filiazione che a suo avviso sostanziano la nozione di ordine pubblico.

Partendo dalla presa di posizione della difesa erariale nella causa oggetto dell'ordinanza di rimessione, si sono presi in esame, da un lato, il principio della necessaria diversità di sesso dei genitori e, dall'altro, il principio di verità. Rispetto al primo principio, che trova la sua fonte nelle norme ordinarie, bisogna chiedersi se contrasti con altri principi di rilevanza costituzionale, in particolare l'interesse del minore tutelato dalla Convenzione di New York e dalla Carta di Nizza. A tal proposito, invero, la stessa difesa erariale ha dovuto riconoscere che vi sono dei vantaggi per il minore nel vedersi riconosciuta la genitorialità del secondo padre, quali l'instaurazione dei rapporti di parentela ai sensi degli artt. 74 e ss. c.c., nonché i diritti successori e i doveri di assistenza.

Per quanto riguarda invece il principio di verità, secondo il quale il padre è solo colui che vanta una ascendenza genetica, il relatore ha osservato che la sua esclusività è smentita *per tabulas* dalle norme di carattere primario, in base alle quali: a) il secondo riconoscimento e la dichiarazione giudiziale di paternità, anche se fondati, possono essere esclusi se contrastano con l'interesse del minore; b) le azioni di status proponibili dal genitore hanno un termine di cinque anni e, c) non è possibile il disconoscimento di paternità dopo la prestazione del consenso alla fecondazione eterologa.

Venendo alla ragione per cui è stata emanata l'ordinanza interlocutoria n. 4382/2018, il Prof. Bilotta ha osservato che se le norme ordinarie sono in contrasto con un diritto fondamentale non possono contribuire a costituire il filtro per non dare effetto nell'ordinamento giuridico ad atti stranieri

attraverso la clausola dell'ordine pubblico. In questo senso, la recente pronuncia della Corte di Giustizia del 5 giugno 2018 è da ritenersi emblematica perché - seppur in relazione ad un profilo diverso, ossia la nozione di coniuge e indirettamente quella di matrimonio - ha statuito in via generale che gli Stati Membri non possono eccepire il limite dell'ordine pubblico di fronte a casi in cui sono messi a repentaglio libertà e diritti fondamentali.

Nella stessa ordinanza interlocutoria, facendo riferimento al diverso modo di concepire la clausola dell'ordine pubblico emerso dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601/2017 sui danni punitivi, la I Sezione Civile ha richiamato l'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'UE, nel quale vi è un rinvio alle Costituzioni nazionali e alle tradizioni giuridiche che la stessa ordinanza traduce come intreccio di valori e norme.

Ad avviso del relatore, in quel contesto con l'espressione "tradizione giuridica" i giudici di legittimità hanno inteso fare riferimento agli assetti del diritto positivo letti alla luce della Carta Costituzionale che contiene l'insieme dei valori condivisi su cui poggia la nostra coesistenza sociale. Tale richiamo ai valori non va, invece, inteso come modo per imporre una visione morale soggettiva oppure per imporre la volontà della maggioranza a scapito della tutela delle minoranze, perché ciò comporterebbe la violazione di un principio supremo dell'ordinamento, previsto dall'art. 3 Cost., ossia il principio di uguaglianza sia nella sua funzione "contromaggioritaria" sia nella sua funzione "antisubordinatoria", che comporta per il giudice dei diritti la necessità di sostenere i gruppi socialmente esclusi, nonostante il legislatore sia sordo di fronte a tale esigenza di tutela.

Un altro principio - che il relatore ritiene debba essere considerato nel ricostruire il concetto di ordine pubblico in materia di filiazione - è il principio di responsabilità che si ricava dall'art. 30 Cost. Sul punto si è osservato che, così come chiarito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 272/2017, il *principio di verità* e il *principio di responsabilità* non sono tra loro alternativi ma possono ben essere bilanciati dal giudice caso per caso. Non si può, quindi, escludere che di fronte al principio della verità genetica e quindi al riconoscimento della paternità biologica naturale si possa allo stesso tempo riconoscere, facendo applicazione del principio di responsabilità, anche una paternità di carattere elettivo. Ciò perché obiettivo ultimo è la tutela dell'interesse del minore quale diritto all'identità personale, nonché, ai sensi dell'art. 24, co. 3, della Carta di Nizza, quale diritto ad avere due genitori, definizione neutra dal punto di vista del genere così come quella utilizzata in tema di matrimonio nell'art. 9 della stessa Carta.

Con riferimento all'interesse del minore, si è poi osservato che esso non è di certo incontenibile, ma, quale valore fondamentale riconosciuto a livello internazionale, potrebbe essere bilanciato solo con un valore di pari grado, e la tutela della famiglia eterosessuale, esistendo ormai una pluralità di modelli familiari, non è più considerabile un valore fondamentale.

Si è poi rilevato che il margine di discrezionalità del legislatore di uno Stato Membro in questo ambito è ridotto come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea, in particolare nei casi *Labassee* e *Menesson*, perché ci troviamo in presenza di valori fondamentali quali la tutela del minore e della sua identità personale. Inoltre, nel caso *X e altri contro Austria* del 2013 si è statuito che le discriminazioni sull'orientamento sessuale creano un restringimento del margine di discrezionalità degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa. In materia si è pronunciata da ultimo anche la Corte di Giustizia che, con decisione del 5 giugno 2018, ha ribadito che il concetto di ordine pubblico, la cui portata non può essere determinata unilateralmente da uno stato membro, deve essere interpretato restrittivamente laddove limiterebbe libertà fondamentali come l'interesse del minore, che non è solo interesse all'identità personale ma anche interesse alla tutela del suo diritto alla vita familiare.

Alla luce di quanto esposto, il Prof. Bilotta ha concluso che se si ammette che vi sono valori

connotativi del sistema questi vanno considerati solo in quanto positivizzati. Tuttavia, ad avviso del relatore, il legislatore è spesso più attento agli equilibri delle maggioranze governative che al perseguimento dell'interesse della collettività, come emerge dall'art. 12 L. 40/2004 che, nell'incriminare la surrogazione di maternità, mette erroneamente sullo stesso piano la scelta solidaristica di una donna con il mercimonio, nonostante la prima sia espressione del principio di autodeterminazione della donna sul proprio corpo.

Infine, ha osservato che l'asserito contrasto tra la sentenza n. 16601/2017 delle SU in materia di danni punitivi e la n. 19599/2016 della I Sezione Civ. della Corte di Cassazione è solo apparente perché in entrambe l'ordine pubblico viene individuato come complesso di principi costituzionali e principi desumibili da leggi di carattere primario se compatibili con la Costituzione, come è giusto che sia in uno Stato di democrazia costituzionale. Pertanto, ciò che più è importante per il Prof. Bilotta è che non vi siano più sentenze come quella del 25 settembre 2006 del Tribunale per i minorenni di Brescia, in cui si individua quale ostacolo all'ingresso di norme o provvedimenti stranieri non l'ordine pubblico ma i principi etici e sociali, del tutto sciolti da ogni riferimento di diritto positivo.

Nella relazione successiva, prima di affrontare la questione specifica oggetto dell'incontro, il Vice Avvocato Generale dello Stato **Gabriella Palmieri** ha osservato che la sua posizione è ben diversa, addirittura per certi versi forse antitetica, rispetto a quella espressa dal Prof. Bilotta nel rappresentare il Presidente del Consiglio dei Ministri innanzi alla Corte Costituzionale per difendere la legge e la sua legittimità costituzionale.

La relatrice ha inoltre ricordato che, nel trattare queste tematiche così delicate, bisogna avere sempre molto garbo e rispetto nei confronti delle controparti, perché, al di là dei problemi giuridici che si affrontano dal profilo tecnico, vi sono comunque persone emotivamente coinvolte. Ha, inoltre, chiarito che l'Avvocatura dello Stato, nel difendere la legittimità di una norma, non si dirige contro singoli soggetti, ma porta avanti dei principi e delle posizioni di carattere generale, spesso non condivisi dalle parti private intervenute nel giudizio di costituzionalità. Tuttavia, è proprio il confronto dialettico che permette al giudice di valutare con attenzione i diversi profili di una questione ed analizzarla in tutte le sue sfaccettature.

L'intervento dell'Avv. Palmieri si è poi concentrato su alcune delle principali questioni in tema di filiazione che ha avuto modo di trattare direttamente, a partire dalla sentenza n. 162/2014 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato legittimo il divieto della maternità surrogata previsto dall'art. 12 L. 40/2004 e ribadito l'incompatibilità di tale pratica medica con il nostro ordinamento.

In seguito, ha analizzato la sentenza n. 31/2012 della Corte Costituzionale in tema di automatica decadenza dalla potestà genitoriale per dichiarazioni false in merito allo *status* del minore. Nel caso di specie, la madre aveva preferito alterare lo stato civile del figlio con false dichiarazioni per non rendere noto il nome del padre che riteneva non all'altezza di crescerlo a causa del suo legame con la malavita. In seguito, tuttavia, il padre aveva riconosciuto il figlio ed era così emersa la falsità della dichiarazione della madre. In questo caso, l'Avv. Palmieri ha sostenuto che l'automatismo della decadenza dalla potestà genitoriale è previsto dall'art 569 c.p. nell'interesse del bambino come deterrente a tutela del suo diritto di sapere chi sia suo padre e non come sanzione a carico di chi ha reso la falsa dichiarazione. Si tratterebbe, cioè, di una norma volta alla salvaguardia della correttezza dei rapporti familiari e della conoscenza della propria ascendenza.

Altra pronuncia della Corte Costituzionale particolarmente rilevante in tema di filiazione è, ad avviso della relatrice, la n. 266/2006 con la quale si è dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 235, co. 1, n. 3, c.c. nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche del DNA alla previa dimostrazione dell'adulterio della

moglie. Nel difendere la previsione normativa, l'Avv. Palmieri ha sostenuto la necessità di tutelare il “diritto a non sapere” del bambino laddove una simile notizia altererebbe il suo equilibrio familiare ed in tal senso si è portato l'esempio di altri paesi in cui, data la facilità con cui è possibile oggi reperire sul mercato un *kit* per il test del DNA, si è ritenuto di dover tutelare l'interesse del figlio.

La relatrice ha, infine, esposto sinteticamente il caso deciso dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 225/2016 di due donne legate da una relazione omoaffettiva che, dopo aver avuto una coppia di gemelli attraverso la procreazione assistita eterologa, avevano interrotto la loro relazione. In particolare, la madre biologica aveva escluso l'altra, il c.d. genitore sociale, dalla vita dei bambini e la Corte d'Appello di Palermo ha rimesso il caso davanti alla Corte Costituzionale dubitando che fosse legittimo non riconoscere alcun diritto al cd. genitore sociale soltanto perché non legato biologicamente ai bambini. La relatrice ha quindi ricordato che un quotidiano nazionale, prima dell'udienza, aveva pubblicato un articolo anticipando l'esito del giudizio, affermando che la Corte Costituzionale avrebbe dichiarato la legittimità della norma perché non riconosceva la genitorialità omoaffettiva.

La sentenza, invece, probabilmente anche a seguito di questa “fuga di notizie”, ha concluso per l'infondatezza perché non vi era un vuoto di tutela dell'interesse del minore, in quanto rientra nei poteri del Giudice ordinario disporre in modo da consentire ai due bambini di continuare a frequentare anche l'altro genitore c.d. “sociale”.

L'Avv. Palmieri ha inoltre sottolineato che, nei casi di diniego di trascrizione di atti di nascita per i genitori dello stesso sesso, l'Avvocatura dello Stato difende non solo il Ministero dell'Interno, ma anche il Sindaco in qualità di ufficiale di governo, nei confronti del quale si può profilare un'ipotesi di responsabilità per non aver trascritto l'atto di nascita con il riconoscimento della genitorialità ad entrambe/entrambi i genitori, questione sulla quale le SU sono state chiamate a pronunciarsi proprio in virtù dell'ordinanza interlocutoria n. 4382/2018.

\* \* \*

E', quindi, intervenuta la Prof. **Gilda Ferrando**, già ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Genova, moderatrice del dibattito, per sottolineare che lo scopo della tavola rotonda non è quello di discutere del divieto della maternità surrogata, bensì del diritto del bambino a veder riconosciuto un atto di nascita formato all'estero. In tal senso ha richiamato la Convenzione di New York, che all'art. 7 richiama come diritto fondamentale quello di essere registrato alla nascita e lo collega con il diritto al riconoscimento delle relazioni sociali e affettive con i genitori, che si riflette nell'atto di nascita. In primo piano, c'è quindi il diritto del minore alla costituzione di uno *status* e ad avere l'atto di nascita, al di là di quella che è stata la colpa dei genitori. Una delle grandi conquiste della nuova legge, accanto al riconoscimento dello stato unico di filiazione, è l'eliminazione della categoria di figli privi di *status*, che non potevano essere riconosciuti ed il riconoscimento, quindi, del diritto di ogni figlio ad uno *status* che rifletta la propria condizione familiare.

\*\*\*

Nella relazione successiva il Prof. **Pietro Franzina**, professore Associato di Diritto Internazionale presso Università degli Studi di Ferrara, ha illustrato i problemi legati al concetto di *ordine pubblico internazionale*, dapprima in generale, quindi con particolare riguardo alla sentenza delle SU n. 16601/2017 in tema di danni punitivi.

Preliminarmente, ha rilevato che le norme di diritto internazionale privato hanno l'effetto di aprire l'ordinamento ai valori giuridici stranieri, siano essi incorporati nelle norme generali ed astratte del sistema giuridico designato dalle norme di conflitto, o in provvedimenti specifici e concreti che



risultino riconoscibili in virtù delle norme sull'efficacia delle decisioni e degli atti stranieri. Questa apertura non è, tuttavia, incondizionata e, a valle dei filtri predisposti dalle norme di conflitto e dalle norme che fissano le condizioni per il riconoscimento delle decisioni (come la condizione della competenza c.d. internazionale del giudice da cui la decisione promana), opera il meccanismo dell'ordine pubblico, argine contro la compromissione dei valori irrinunciabili dell'ordinamento del foro.

Con riguardo alla nozione di ordine pubblico, il relatore ha evidenziato che si tratta di una formula aperta, la cui trama, non predeterminata dal legislatore, va definita di volta in volta dall'interprete, in coerenza con la relatività dei valori che devono ritenersi fondamentali, cioè la loro modificabilità nel corso del tempo. È poi pacifico che il limite così imposto al normale operare delle norme di diritto internazionale privato vada inteso in senso restrittivo, onde non privare di efficacia tali ultime norme. A tal fine, occorre avere riguardo, da un lato, al nucleo essenziale e irrinunciabile dei valori di un ordinamento giuridico (non potendosi preservare col meccanismo dell'ordine pubblico degli interessi, magari molto sentiti ma, non altrettanto centrali) e, dall'altro, agli effetti che produrrebbe nel caso di specie il provvedimento o la norma straniera di cui si discute il riconoscimento o l'applicazione (ciò che rileva, infatti, non è tanto il tipo di atto straniero o il generale intendimento della normativa estera a cui si tratta di dare ingresso nel foro: conta solo sapere come la fattispecie di cui si discute verrebbe incisa da quella norma o provvedimento, cioè le conseguenze che discenderebbero dall'attuazione del provvedimento o dall'applicazione della legge in questione).

Dopo aver delineato i caratteri generali dell'istituto, il relatore si è concentrato sul problema dei formanti dell'ordine pubblico italiano, soffermandosi sui parametri sulla base dei quali un certo principio dell'ordinamento del foro può ritenersi godere della salvaguardia assicurata dall'eccezione di ordine pubblico.

La Corte Costituzionale, già con le sentenze n. 18/1982 e n. 214/1983, ha definito una serie di formule che ricollegano l'ordine pubblico internazionale alla Costituzione, formule riprese e arricchite dalla giurisprudenza successiva attraverso il richiamo anche a fonti internazionali e dell'Unione europea. Come osservato dal Prof. Franzina, questa apertura a riferimenti esterni al nostro ordinamento non ha nulla di sorprendente, dato il fenomeno di osmosi che interessa i diritti fondamentali, garantiti in particolare dall'art. 2 Cost., e quelli che risultano dalle fonti internazionali. Il richiamo "combinato" a principi interni e principi internazionali e regionali prescinde peraltro, in qualche caso, da una puntuale verifica della formale vincolatività delle norme espressive dei principi richiamati o della loro applicabilità al caso considerato. Significativi dell'approccio in un certo senso libero praticato da molti interpreti sono spesso i richiami alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale strumento viene infatti ricordato da qualche giudice anche rispetto a situazioni alle quali la Carta, ai sensi del suo art. 51, non si applicherebbe. Si deve ritenere che, in casi di questo genere, questi interpreti si servano della Carta solo come *ratio scripta* di valori generali dell'ordinamento, ritenuti rilevanti ai fini della ricostruzione dell'ordine pubblico.

Ciò detto, un nodo non risolto circa la rilevazione dei principi che formano l'ordine pubblico concerne, per il Prof. Franzina, l'esatta definizione del ruolo che assolve in tale processo la Costituzione. Nella giurisprudenza di legittimità si registrano infatti, sul punto, due orientamenti.

Secondo un primo orientamento, la Costituzione avrebbe una valenza per così dire "monodirezionale". Essa cioè fornirebbe, sul piano dell'ordine pubblico, una sola presunzione: la presunzione che la legge straniera richiamata o il provvedimento straniero di cui è in gioco l'efficacia sono contrari all'ordine pubblico, allorché il risultato che deriva dall'applicazione di quella legge o dall'attuazione di quel provvedimento sono contrari alla Costituzione. Anche là dove

non si verifichi una siffatta contrarietà, la legge o l'atto stranieri considerati potrebbero nondimeno risultare incompatibili nei loro effetti con l'ordine pubblico italiano. Ciò avverrebbe, in particolare, là dove la legge o l'atto in questione veicolassero dei valori irrimediabilmente contrastanti con quelli a cui obbedisce l'ordinamento italiano, avuto riguardo anche alla sua legislazione.

Si fondano su questo modo di ragionare le molte pronunce della Suprema Corte che, per descrivere i contorni dell'ordine pubblico italiano, richiamano, oltre alla Costituzione e alle fonti internazionali e regionali, i grandi orientamenti della legislazione ordinaria. Ne è un esempio la sentenza n. 15822/2002, in tema di licenziamento, e la stessa sentenza del 2017 sui danni punitivi, fondata com'è sulla rilevazione di un orientamento legislativo favorevole a riconoscere al sistema della responsabilità civile una funzione non più solo compensatoria.

Stando a un secondo orientamento, invece, il parametro costituzionale guida la rilevazione dell'ordine pubblico in due direzioni: da un lato, come vuole il primo orientamento, si può trarre dalla Costituzione che tutto ciò che è contrario alla Costituzione stessa è anche, almeno presuntivamente, contrario all'ordine pubblico; dall'altro, però, e in aggiunta, se ne può ricavare che ciò che è conforme alla Costituzione è anche, per ciò stesso, conforme all'ordine pubblico.

Si ha traccia di questo secondo indirizzo nella sentenza n. 5832/1996, della II Sez. Civ. della Suprema Corte. Si ritenne allora compatibile con l'ordine pubblico italiano una normativa straniera che non conosceva l'istituto della riserva ereditaria sul presupposto che anche il legislatore italiano, senza violare l'art. 42 Cost., potrebbe in astratto procedere alla soppressione della legittima. In tempi più recenti, un'argomentazione "bidirezionale" è stata seguita dalla I Sez. Civ. nella sentenza n. 19599/2016.

Insomma, l'approccio monodirezionale si serve della Costituzione solo come barriera contro i valori stranieri ad essa contrastanti, mentre l'approccio bidirezionale ricollega alla Costituzione, cioè alla conformità alla stessa, anche la possibilità di dare ingresso ai valori stranieri in questione, ossia configura quell'ingresso come non ostacolato, appunto, dal meccanismo dell'ordine pubblico. Secondo l'approccio bidirezionale, quindi, se la legge straniera tutela degli interessi che lo stesso legislatore italiano potrebbe tutelare senza incorrere in censure di costituzionalità, l'applicazione di quella legge non può ritenersi contraria all'ordine pubblico, a nulla rilevando che l'ordinamento italiano si attesti – alla luce delle sue storiche declinazioni, quali risultano dalla sua legislazione – su posizioni radicalmente opposte alla tutela di quegli interessi.

Il relatore ha quindi esposto le ragioni per le quali ritiene che debba essere preferito l'approccio che assegna alla Costituzione una valenza monodirezionale nella ricostruzione dell'ordine pubblico.

Va ricordato, innanzitutto, che il sindacato di legittimità costituzionale e la verifica della contrarietà di una legge straniera o di un provvedimento straniero all'ordine pubblico sono processi differenti per funzione e per oggetto.

La tesi bidirezionale finisce, al contrario, per proporre nei fatti un'assimilazione di due realtà che non sono assimilabili, ossia il diritto o il provvedimento straniero in questione, da un lato, e il diritto italiano, dall'altro. È ben vero che la struttura normalmente bilaterale delle regole sui conflitti di leggi evoca un'idea generale di pari dignità del diritto straniero e di quello del foro, idea sottesa anche al principio secondo cui il riconoscimento realizza un'estensione degli effetti della decisione straniera (e non una sua "trasformazione" in una decisione italiana). Tuttavia, la funzione, la struttura e gli effetti delle norme di conflitto, e delle norme sull'efficacia delle decisioni, indicano che questa parificazione del diritto straniero a quello italiano è solo tendenziale, e conosce una serie significativa di limitazioni. Per un verso, il diritto straniero e i provvedimenti stranieri non assumono rilievo nel foro in quanto tali, ma solo attraverso il filtro della norma di diritto

internazionale privato. Per un altro verso, le norme di conflitto che oggi compongono il diritto internazionale privato che si applica in Italia non sono sempre e necessariamente bilaterali (o perfettamente bilaterali), ma obbediscono a metodi diversi, che si allontanano dallo schema tradizionale e dall'idea di parità che lo sottende (si pensi, ad esempio, al c.d. metodo delle considerazioni materiali). Per un altro verso ancora, gli stessi effetti della legge o sentenza straniera non sono necessariamente gli stessi che avrebbe in condizioni analoghe una legge o sentenza italiana, come dimostrano i limiti che derivano dalle difficoltà di accertamento della legge straniera richiamata o dalla possibilità di adattamento nel foro delle decisioni straniere quando non siano corrispondenti a tipi noti al diritto italiano.

Ne discende, ecco il primo argomento del relatore, che non vi è nulla di ovvio o di scontato nell'idea (di fatto veicolata dal descritto approccio bidirezionale) che le "qualità" e i "difetti" del diritto straniero possano essere apprezzati secondo i medesimi *standard* con cui si valutano i caratteri del diritto interno.

Come secondo argomento contro la tesi bidirezionale, il Prof. Franzina ha poi osservato che l'assimilazione ora ipotizzata non è neppure una soluzione imposta da qualche esigenza ordinamentale, di fronte alla quale le norme di diritto internazionale privato debbano flettersi. È vero che esiste alla base del diritto internazionale privato un generale principio di apertura verso i valori giuridici stranieri, il quale trova riconoscimento nel nostro ordinamento nell'art 11 Cost. Ma è anche vero che l'apertura così realizzata non è affatto incondizionata, ma anzi dipende da criteri e filtri che sono posti dal diritto del foro, sia dalla Costituzione che dalla legge.

Nella sentenza n. 11696/2018, sulla conversione dei matrimoni omosessuali stranieri in unioni civili, la I Sezione Civile della S.C. ha riconosciuto nella legislazione, e non nella Costituzione, un'espressione codificata, puntuale e specifica di principi di ordine pubblico capaci di condizionare la generale apertura del nostro ordinamento. Ha cioè ritenuto che un valore senz'altro importante connesso all'apertura verso i valori giuridici stranieri – il valore della continuità degli *status* familiari attraverso le frontiere (che di per sé richiederebbe la trasposizione "esatta" dello *status* familiare estero in Italia) – non implica sempre e comunque una meccanica estensione in Italia degli effetti che un atto produce, pure validamente all'estero. Il filtro usato a questo fine trovava la sua fonte in un'esplicita previsione legislativa, ma la stessa logica dovrebbe valere, in condizioni appropriate, anche nei casi in cui le considerazioni che fungono appunto da filtro siano poste dal legislatore non già direttamente e in modo e specifico, ma anche attraverso la fissazione di principi che concorrono a formare l'ordine pubblico. Insomma, spetta al legislatore (non solo al Costituente) stabilire quanto e come aprirsi ai valori giuridici stranieri, e questa apertura può essere modulata dal legislatore, oltre che direttamente (tramite la elaborazione di regole sui conflitti di leggi e sul riconoscimento di atti e sentenze straniere), anche in modo indiretto, definendo (in via legislativa, appunto) gli orientamenti di fondo che l'apertura ai valori giuridici stranieri non può comunque sovvertire, e che debbono dunque essere tutelati (beninteso, se fondamentali e irrinunciabili in un dato momento storico) attraverso l'eccezione di ordine pubblico.

Il Prof. Franzina ha osservato, infine, che la tesi bidirezionale non sembra tenere conto del fatto che la funzione dell'ordine pubblico non è quella di tutelare la sola Costituzione, ma più in generale l'identità dell'ordinamento giuridico del foro. Il diritto internazionale privato è il diritto delle diversità, delle relazioni fra esperienze giuridiche che si riconoscono reciprocamente "altre" ma vogliono entrare in comunicazione fra loro. Ebbene, questo dialogo tra diversi presuppone che ciascuna delle esperienze giuridiche che entrano in contatto fra loro abbia una propria identità, e la mantenga pur nella comunicazione con le altre esperienze. In altri termini: il diritto internazionale privato postula la diversità dei diritti, non la loro omologazione: vuole che le esperienze giuridiche si confrontino, non che confluiscono in una omogeneità senza distinzioni. L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento – la sua identità, appunto – è quanto risulta tanto dalla

Costituzione quanto dalle fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione.

Questo modo di intendere l'ordine pubblico, ha soggiunto il relatore, mantiene all'eccezione di ordine pubblico il suo carattere dinamico ed evolutivo: i tratti di fondo dell'ordinamento (quelli che l'ordine pubblico mira a preservare) non sono definiti una volta per tutte dalla Costituzione, ma sono "vivificati", nel solco di quella, dalla legislazione, che di volta in volta accoglie, rigetta o rimodula le istanze dei consociati.

Il Prof. Franzina ha riconosciuto che, accogliendo la tesi della valenza "monodirezionale" dell'ordine pubblico, si corre il rischio di assistere a un più agevole innalzamento della barriera dello stesso ordine pubblico. Si tratta, però, di un rischio da non sopravvalutare, perché la rilevazione dei principi di ordine pubblico esige una valutazione di insieme dei valori fondamentali dell'ordinamento italiano, e fra questi – come detto – rientra senz'altro il principio generale di apertura verso i valori giuridici stranieri e l'importanza accordata alla continuità degli *status* nello spazio. Ciò significa che per poter dire che l'ingresso di uno *status* formato all'estero contrasta con l'ordine pubblico quale si evince, in particolare, dalla legislazione, occorre verificare che i principi espressi in tale legislazione sono tanto forti da prevalere sull'opposta spinta al riconoscimento di quello *status* alimentata, nell'ordinamento italiano, da altre norme, come l'art 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il fatto è, ha concluso il relatore, che le condizioni da cui dipende la circolazione degli *status* dovrebbero essere regolate già a monte attraverso la predisposizione di adeguate norme di conflitto e norme sulla efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri, riducendo al minimo le situazioni in cui i giudici (o altre autorità) debbano assumere valutazioni di alta sensibilità politica che meglio si addicono ai processi di elaborazione democratica che si esprimono nella legislazione.

Si è così rilevato che, come già anticipato dal Procuratore Generale Fuzio e dalla Dott.ssa Ceroni, si sta chiedendo troppo ai giudici, mentre dovrebbe essere il legislatore a intervenire, sfruttando le opportunità tecniche che vengono offerte da un diritto internazionale privato moderno che consente di prevedere un concetto di ordine pubblico abbastanza ristretto, intervenendo a monte. In particolare, si è fatto riferimento al concetto o metodo di "riconoscimento delle situazioni", di cui si trova espressione nell'art. 9 del codice civile olandese, in base al quale, se una situazione valida ed esistente in un ordinamento giuridico viene fatta valere nei Paesi Bassi, il giudice olandese deve dare ingresso a tale situazione ancorché la legge applicabile non sia quella del paese in questione, laddove ciò serva a realizzare un diritto fondamentale della persona.

\*\*\*

(Parte II) Ha in seguito preso la parola **Cristina Campiglio**, professoressa ordinaria di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Pavia. La relatrice, sulla falsariga del titolo assegnato all'incontro: *'Genitori dello stesso sesso: interesse del minore e ordine pubblico nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero'*, con esposizione ragionata degli argomenti, ha esaminato nel particolare la delicata e complessa condizione giuridica che involge i figli di coppie dello stesso sesso, nella costituzione del proprio *status*, attraverso il *riconoscimento* nell'ordinamento italiano e la *trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto straniero*, validamente formato all'estero, dal quale risulta la nascita del bambino da PMA.

Problematica senz'altro non facile da risolvere, se si pone mente al fatto che il requisito della necessaria diversità di sesso dei genitori costituisce, per il diritto italiano, presupposto della stessa genitorialità e discende da una serie di disposizioni, tra cui l'art. 5 della Legge n. 40/2004 recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita che, coerentemente alla *ratio legis* di

assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso il concepito, consente l'accesso a tali tecniche solo alle *coppie maggiorenni di sesso diverso*, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, precludendo una simile possibilità, invece, ai soggetti che non possiedono i prescritti requisiti richiesti.

Il veto posto dal legislatore è tanto più austero se, andando avanti nel testo della citata legge, si legge l'art. 12, comma 2, che, per l'ipotesi di violazione di cui al precedente art. 5, applica alle coppie i cui componenti siano soggetti dello stesso sesso la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 200.000 ad Euro 400.000, ed il comma 6 del medesimo articolo che punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da Euro 600.000 ad Euro un milione, chiunque, in qualsiasi forma realizzi, organizzi o pubblicizzi, la surrogazione di maternità.

Sulle disposizioni appena richiamate non ha certo inciso, dodici anni più tardi, la Legge Cirinnà del 20 maggio 2016, n. 76, che all'art. 1, comma 20, contiene la cosiddetta '*clausola di equivalenza*' (anche detta di '*adeguamento automatico*') dei diritti e degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso con le disposizioni che si riferiscono al matrimonio, fermo restando quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti, ovvero la non applicabilità alle disposizioni, non espressamente richiamate, di cui alla Legge del 4 maggio 1983, n. 184.

Risulta pertanto all'evidenza, come il diritto italiano in tema di filiazione non sia – per usare il tipizzato *slang* inglese: *no gender neutral* – neutro dal punto di vista del genere, con la conseguenza che ogni qualvolta l'ordinamento italiano si trovi obbligato a misurarsi con ordinamenti maggiormente 'permissivi', si chiude in se stesso, rifiutando, in nome di una invocata coerenza interna, di applicare quei principi e quei valori stranieri che bussano prepotentemente alla porta e di riconoscere gli atti emanati dalle loro autorità statali, siano essi sentenze, siano essi atti dello Stato Civile.

Invero, scatta in questi casi il *limite dell'ordine pubblico*, alla stregua del quale occorre esercitare il *check-in*, all'ingresso, delle norme e dei provvedimenti stranieri.

*Quid iuris?* Il mantenimento di norme *no gender neutral* in materia di procreazione e, più in generale, sulla genitorialità, è conforme all'impianto del diritto sovranazionale, ed in particolare al principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, consacrato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo?

Il richiamo qui è all'art. 8 CEDU, in base al quale ogni individuo ha diritto al rispetto della propria '*vita privata e familiare*'.

La Corte di Strasburgo ha elaborato una nozione di «*vita privata*» e di «*vita familiare*» più ampia rispetto a quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli familiari da essi giuridicamente riconosciuti, le varie forme di tutela. È così che nel concetto di «*vita privata*» e di «*vita familiare*» vengono fatti rientrare numerosi aspetti costitutivi dell'identità del singolo, quali il diritto fondamentale di vivere liberamente la propria condizione omosessuale, il riconoscimento della filiazione mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita, e pertanto anche l'accertamento del legame di filiazione tra minori nati all'estero con il metodo della surrogazione di maternità ed i '*genitori intenzionali*', nonché il diritto di acquisire una particolare cittadinanza e i diritti di successione nei confronti degli stessi '*genitori intenzionali*'.

Non si tratta, tuttavia, di una norma di diritto avente carattere «assoluto», risultando la sua applicazione, piuttosto, il frutto di un ragionevole contemperamento tra più interessi concorrenti fra loro, che i giudici nazionali sono chiamati a svolgere nel verificare che le statuizioni da essi adottate

siano compatibili con le disposizioni della Convenzione, di volta in volta evocate, ben potendo, dunque, nell'ambito del margine di apprezzamento che viene loro conferito, limitare l'esercizio di tale diritto in funzione di motivate esigenze imperative di carattere generale, quali la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, nonché la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

A tale conclusione si giunge considerando, che nonostante una constatata evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali e l'avvenuto riconoscimento giuridico delle unioni, anche di fatto, stabili tra omosessuali, da parte di un numero sempre crescente di Stati, questa è un'area in cui, vigendo un ampio margine di discrezionalità, non sussiste ancora un generalizzato consenso europeo comune a tutti gli Stati membri, tale da imporre l'obbligo di prevedere per le unioni omosessuali uno statuto giuridico equivalente a quello delle coppie coniugate, e di questo la Corte EDU è ben cosciente.

Appurata, pertanto, la non configurabilità di discriminazione e, conseguentemente, l'assenza di qualsivoglia contrasto con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, sistematicamente procedendo, entra in gioco l'ulteriore *principio del preminente interesse del minore*, *leitmotiv* che deve indirizzare il giurista nel chiarire i contorni del concetto di *ordine pubblico*.

In merito, la relatrice ha rammentato nuovamente la Convenzione di New York, del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, già richiamata dalla Prof.ssa Ferrando, nella parte in cui all'art. 7, comma 1, stabilisce che «*il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi*», ricordando come quello del supremo interesse del minore, sia pur sempre un concetto estremamente elastico, complice l'influenza esercitata dalle diverse culture nazionali, diverso da Stato a Stato, tant'è che è lasciato, al comma 2, agli Stati parti di vigilare «*affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia*», sicché il disposto di cui all'art. 7 non potrebbe essere letto quale appiglio normativo, attributivo al minore del diritto di vedersi formalmente riconosciuto, come filiazione, il rapporto originato con le persone che lo hanno inserito nel proprio progetto di vita genitoriale, oltre all'esistenza di legami affettivi personali, indipendentemente dall'orientamento sessuale di questi e dalle modalità di concepimento.

Senza tema di equivoco, ben lungi da mal intenderlo quale *controlimite*, il supremo interesse del minore, di cui si sta discutendo, deve essere invece inteso come *uno dei valori in cui si sostanzia il limite dell'ordine pubblico*, e viceversa, la nozione di ordine pubblico deve, perciò, essere declinata con riferimento al *best interest* del minore.

Invero, in tema di relazioni familiari, sino a qualche tempo or sono, la tutela del superiore interesse del minore era inscindibilmente connessa alla *veridicità del rapporto di filiazione*, in quanto biologicamente determinato, precisando che la finalità perseguita dal legislatore, aprioristicamente, risultava meglio soddisfatta attraverso l'inserimento del minore entro una compagine familiare tradizionale costituita da un padre ed una madre, entrambi eterosessuali, sposati – secondo l'impianto disegnato *ab origine* dall'art. 29 della nostra Carta Costituzionale –, con ruoli ben definiti e con discendenti generati secondo le regole di natura. Tuttavia, tenuto debitamente conto dell'evoluzione scientifica che ha progressivamente ampliato le possibilità procreative offerte alle coppie, e nel nuovo assetto conseguente all'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa, nonché alla luce del mutato quadro giurisprudenziale e dei recentissimi approdi della normativa sovranazionale e nazionale, si dovrebbe ritenere ormai superato il principio della necessaria preservazione del 'legame di filiazione veridico' quale unico presupposto per la tutela dell'interesse del minore, prevalendo piuttosto l'emersione dei legami affettivi instauratasi fra genitori e figli,

quale elemento fondante il riconoscimento, sul piano del diritto, del rapporto di filiazione “sociale”, ovvero “intenzionale”, imperniato sull’assunzione della *responsabilità genitoriale*.

Nell’ottica preminente di assicurare la tutela del minore, si rinviene la necessità di operare un bilanciamento tra i contrapposti interessi del *favor veritatis* e del *favor minoris*, come meglio affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 18 dicembre 2017, sulla quale ha pure riferito, in precedenza, il Prof. Bilotta e richiamata ancora una volta dalla Prof.ssa Campiglio. «*Il riferimento, ivi contenuto, al superiore interesse del minore deve essere inteso come ricerca di una soluzione che garantisca l’effettiva attuazione, non di un interesse astratto, bensì del best interest, cioè dell’interesse concreto di “quel” minore che, nel singolo caso sottoposto a valutazione, è destinatario di un provvedimento*», attraverso uno scrutinio individualizzato che poggia sulle peculiari circostanze del caso concreto, avulso da ogni valutazione aprioristica e preconcepita, spostando l’attenzione prospettica sulla situazione giuridica del minore nato all’estero a seguito di maternità surrogata, meritevole di autonoma considerazione, indipendentemente dalle condotte soggettive realizzate dai genitori, la cui coppia risulta essere composta da persone dello stesso sesso.

«*L’interesse pubblico alla verità dello status di filiazione, dunque, non dovrebbe necessariamente ed automaticamente prevalere sull’interesse del minore*». Al contrario, nel porre l’interesse superiore del minore al centro dei procedimenti promossi a sua tutela – così come prescrive di fare l’art. 24, secondo comma, della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 in tutti gli atti relativi ai bambini, compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private – affinché lo stesso possa essere oggetto di bilanciamento con gli altri interessi meritevoli di tutela, e discostandosi da ogni illegittimo automatismo legislativo, al Giudicante è demandato il compito di considerare la moltitudine dei parametri in gioco, quali la durata del rapporto instauratosi fra i genitori e il minore, le modalità del concepimento e della gestazione, l’interesse alla stabilità dei legami familiari e quello a vivere e crescere all’interno della propria famiglia, il diritto costituzionale all’identità personale, nelle forme del diritto al nome e alla conservazione del proprio *status filiationis*, ed infine l’opportunità di ricorrere a strumenti giuridici diversi da quelli della filiazione, come l’adozione in casi particolari.

Tra le righe, il messaggio veicolato è che se è lecito per gli Stati scoraggiare o vietare il ricorso alla maternità surrogata, essi non potrebbero, viceversa, negare lo *status filiationis* rifiutando la trascrizione di un atto di nascita che assicuri al minore il rispetto della propria vita privata, sol perché il concepimento è avvenuto in violazione di divieti legislativi nazionali. Soltanto valori riconosciuti fondamentali a livello internazionale potrebbero prevalere sul superiore interesse del minore. E tale intervento correttivo, auspicato dalla Corte Costituzionale, si porrebbe altresì in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte EDU che ha ritenuto di dover operare una rinnovata riflessione in tema di *best interest of the child*, nel senso di interpretarlo in una accezione evolutiva e non più come *necessitate* di vivere e crescere in una famiglia tradizionale, in cui i rispettivi ruoli genitoriali siano ben circoscritti.

È così, dunque, che con sguardo rivolto oltralpe la Prof.ssa Campiglio, in rassegna, ha illustrato le diverse soluzioni transnazionali adottate dai Paesi dell’Unione Europea, a dimostrazione dell’estrema variabilità, da un lato, delle fattispecie giuridiche configurabili nei singoli casi concreti, e dall’altro, delle scelte giurisprudenziali che ad esse sono state applicate.

Dapprima la Francia, ove la *Cour de Cassation*, con lavoro certosino, ha formulato la teoria della ‘*fraude à la loi*’, fenomeno che si prospetta ogniqualvolta un soggetto ponga in essere una condotta solo apparentemente rispettosa della lettera della legge, ma in realtà finalizzata ad eludere una norma imperativa, ciò che accade quando il cittadino di uno Stato in cui sia vietata la surroga di maternità, si rechi all’estero e, disattendendo alla proibizione nazionale, ricorra a tale pratica procreativa ed, una volta di ritorno nel Paese d’origine, chieda, in nome del supremo interesse del

minore e del *principio di continuità degli status*, la trascrizione dello *status filiationis* riconosciuto all'estero, mettendo l'ordinamento di appartenenza dinanzi al fatto compiuto. Quello che nella dottrina internazionalprivatistica è stata denominata '*la forza normativa del fatto compiuto*'.

In merito, sul presupposto che il ricorso a strumenti tecnici finalizzati alla procreazione di un essere umano vulnera un presunto ordine della natura, ovvero la maternità quale archetipo di un atto d'amore naturale e spontaneo, tra un uomo e una donna, e della gratuita cura assicurata al concepito sin dalla prime fasi della sua vita, la Corte di Cassazione francese con sentenza del 13 settembre 2013 ha dettato il principio in base al quale né l'interesse superiore del minore enunciato dalla Convenzione ONU del 1989, né il rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU potranno essere utilmente invocati al fine di ottenere la trascrizione di un atto di nascita straniero formato in frode al divieto francese di gestazione per altri (GPA), posto a presidio della sacralità innata della persona umana e della dignità della donna, contro qualsivoglia forma di strumentalizzazione del minore nato a seguito del ricorso a tale procedura e di mercificazione del corpo della gestante.

In Spagna, il Tribunale Supremo di Madrid con sentenza del 6 febbraio 2014 ha stabilito che l'interesse del minore non può giustificare l'acritica accettazione delle conseguenze di un contratto internazionale di surroga di maternità, così come accertate dall'Ufficiale di Stato Civile o dal giudice straniero, essendo preferibile garantire la tutela dei legami familiari *de facto* instauratesi utilizzando gli istituti esistenti nello Stato del foro, e dunque l'adozione cui può ricorrere il *partner* del *genitore biologico* (*genitore sociale o genitore di sola intenzione*). Di contrario avviso è il *Bundesgerichtshof* (BGH) che nello stesso anno, con sentenza 10 dicembre del 2014, pronunciandosi relativamente alla domanda di riconoscimento della sentenza di una Corte californiana attestante la doppia paternità di due uomini tedeschi residenti a Berlino, ha escluso che la violazione del divieto di maternità surrogata configuri automaticamente una contrarietà all'ordine pubblico, in quanto occorre valutare la specifica vicenda nei suoi concreti riflessi ed evitare di dare luogo a rapporti claudicanti. Inoltre, ha affermato che non è possibile rifiutare il riconoscimento di una sentenza straniera in base a mere valutazioni di merito, posto che detto riesame è vietato ed occorre, perciò, fare proprio il giudizio della Corte straniera in merito alla validità dell'accordo di surroga, tanto più che l'alternativa, ovvero il ricorso all'adozione, appare un *minus*, o meglio, una soluzione meno rispondente all'interesse del minore. Il *Budesgerichtshof* tedesco sostanzialmente, facendo proprio l'insegnamento dispensato dalla Corte EDU secondo cui, ove possibile, occorre garantire la doppia genitorialità non solo sociale ma anche giuridica, ha decretato il principio in base al quale la sentenza straniera va riconosciuta anche dove dispone relativamente alla genitorialità del secondo padre, *partner* del genitore di sangue.

Un anno dopo, nel 2015 il Tribunale Federale svizzero, allineandosi all'orientamento giurisprudenziale spagnolo, con sentenza del 21 maggio 2015, sul presupposto che nell'atto di nascita devono figurare i nomi del padre genetico e della madre partoriente – essendo ciò conforme a giurisprudenza della Corte EDU – ha opposto diniego al riconoscimento della sentenza straniera nella parte in cui considerava genitore l'altro uomo, ordinato la trascrizione dell'atto di nascita solo relativamente al padre biologico. Tuttavia, pur restando l'istituto dell'adozione precluso alle coppie *same-sex*, cosciente dell'importanza fondamentale di assicurare la formalizzazione giuridica della costituita formazione sociale, ha altresì stabilito che il genitore sociale, *partner* del genitore biologico, potrà procedere all'adozione del bambino se e quando verrà introdotta nella Confederazione l'adozione anche da parte delle '*coppie omoaffettive*'.

Si desume da tale disamina come una linea seguita dal diritto internazionale privato sia quella dell'*ordine pubblico attenuato*, prevalendo i principi di *continuità degli status* validamente acquisiti all'estero e di *libertà di circolazione nell'ambito dell'Unione europea*, sulle norme vigenti nel diritto internazionale privato nazionale ed in particolare sul limite dell'ordine pubblico. Pertanto, quando lo *status* di genitore risulta già formalizzato all'estero da un giudice o da un



Ufficiale di Stato Civile, l'ordine pubblico si 'attenua' in ragione della maggiore estraneità all'ordinamento (nascita all'estero, atto di nascita/provvedimento giudiziario straniero, cittadinanza straniera del nato e/o di un genitore), ove il provvedimento straniero, dichiarativo l'omogenitorialità, esplicherà i suoi effetti susseguentemente all'avvenuto riconoscimento.

Entro i confini della penisola italiana, invece, bisogna distinguere l'ipotesi in cui la tecnica della maternità surrogata sia stata praticata in territorio straniero, nel pieno rispetto delle leggi vigenti nello Stato di riferimento e la nascita del bambino, da genitori del medesimo sesso, pure sia avvenuta all'estero, e si richieda, pertanto, la trascrizione in Italia del relativo atto di nascita formatosi all'estero, dall'ipotesi più delicata e complessa in cui ricorrano tutti gli elementi della precedente fattispecie, ma manchi, tuttavia, un atto straniero da riconoscere, essendo il bambino nato sul suolo italiano.

Ipotesi quest'ultima sottoposta recentemente al vaglio del Tribunale di Pisa, che visto l'art. 23 della Legge n. 87 del 1953, con ordinanza depositata il 15 marzo 2018 ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale sollevando questione di legittimità costituzionale della norma risultante dal combinato operare degli artt. 449 c.c., e 29, comma 2, del D.P.R. n. 396 del 2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*), nonché dell'art. 250 c.c. e degli artt. 5 e 8 della Legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano indicati come genitori di un bambino di cittadinanza straniera, nato sul territorio nazionale, due persone dello stesso sesso, quando ciò sia corrispondente allo *status filiationis* a questo riconosciuto sulla base della legge nazionale straniera, applicabile a norma dell'art. 33, Legge n. 218 del 1995.

In particolare, il Tribunale di Pisa è stato investito, ex art. 95, D.P.R. n. 396 del 2000, del ricorso proposto da due donne – l'una cittadina statunitense e l'altra cittadina italiana – nella qualità di genitori del figlio minore, avverso il diniego dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Pisa di ricevere la dichiarazione di nascita del bambino, espressa congiuntamente dalla ricorrente madre gestazionale (cittadina di nazionalità statunitense, residente nello Stato del Wisconsin) e dalla madre intenzionale (cittadina italiana), in forza del consenso da essa prestato alla fecondazione eterologa avvenuta in Danimarca, e conseguentemente di formarne l'atto di nascita in conformità allo *status filiationis* sussistente nei confronti di entrambe ai sensi della legge nazionale del minore. L'Ufficiale di Stato Civile, nel motivare l'omesso riconoscimento, ha preso le mosse dall'art. 250 c.c., disposizione che segnatamente fa riferimento ad un genitore di sesso maschile ed a uno di sesso femminile e, comunque, modella la nozione di paternità e di maternità sul dato biologico (*"Il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'articolo 254, dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Il riconoscimento può avvenire tanto congiuntamente quanto separatamente"*). *Ex adverso*, la prospettata illegittimità costituzionale è stata lamentata dalle ricorrenti in relazione ad una congerie di disposizioni, risultando il contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 Cost., con riguardo agli artt. 3 e 7, della Convenzione di New York del 20 dicembre del 1989, ratificata in Italia con Legge n. 176 del 1991.

Nello specifico, con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., è stata denunciata l'illegittima restrizione del diritto dei soggetti legati da un rapporto di genitorialità-filiazione a vedersi pienamente riconosciuto, in Italia, lo *status* acquisito sulla base della legge straniera applicabile. In relazione all'art. 3 Cost. è stata lamentata l'irragionevole discriminazione rispetto alla analoga situazione del cittadino di nazionalità straniera, figlio però di due genitori intenzionali di sesso diverso, situazione in cui tale *status* potrebbe vedersi invece riconosciuto e la formazione dell'atto di nascita sarebbe possibile, con ciò dando luogo ad una vera e propria discriminazione in ragione del sesso. Per quanto concerne gli artt. 3 e 24 Cost., si argomenta che la norma, irragionevolmente, non consente al figlio di ottenere la prova precostituita della filiazione, che sussiste in base alla legge straniera applicabile, in assenza di motivi ostativi di ordine pubblico internazionale. Sussiste, pure, la

contestata violazione degli artt. 3 e 30 Cost., che prevedono il diritto del figlio di ricevere, in base al rapporto di filiazione, mantenimento e istruzione da entrambi i genitori, che siano tali secondo la legge nazionale applicabile. Ancora, sono stati invocati gli artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 1989, sotto il profilo del pregiudizio arrecato all'interesse del fanciullo a veder formalmente riconosciuta anche in Italia la doppia genitorialità che sussiste secondo la legge straniera di riferimento, ponendo ostacoli alla realizzazione dell'aspirazione del minore a vivere entro una formazione sociale in cui siano presenti due genitori. Infine, per altro aspetto, sempre con riferimento all'art. 7 della medesima Convenzione di New York si censura la lesione del diritto a vedere immediatamente riconosciuto alla nascita, in Italia, lo *status* di figlio di entrambe le madri, legittimamente acquisito sulla base della legge straniera *pro qua causa*.

Tirando le fila della discussione, la Prof.ssa Campiglio ha concluso osservando che in attesa di un intervento legislativo, o quanto meno di direttive del Ministero dell'Interno che siano rivolte agli Uffici di Stato Civile, il quadro normativo italiano, che si esprime ancora in termini di 'padre' e 'madre', o di 'marito' e 'moglie', presupponendo che i genitori di un bambino abbiano sesso diverso, allo stato pare ben lontano dal consentire l'indicazione in un atto di nascita di genitori del medesimo sesso. Orbene, attraverso l'ausilio degli strumenti del diritto italiano il compagno/la compagna che intrattiene una relazione sentimentale con il genitore biologico potrebbe veder formalizzato il rapporto che ha instaurato con il nato, e che è stato riconosciuto all'estero, ricorrendo all'adozione in casi speciali disciplinata dall'art. 44, lett. d), della Legge n. 184 del 1983, in linea del resto con la giurisprudenza inaugurata nel 2014 dal Tribunale dei minorenni di Roma, confermata nel 2015 in appello e nel 2016 in Cassazione. L'adozione non legittimante è infatti un istituto profondamente diverso nei presupposti e negli effetti e la *ratio legis*, come ben illustrato dalla Corte di Cassazione e dalle successive pronunce di merito, è quella di assicurare, in un'ottica di salvaguardia del *best interest* del minore, il consolidarsi di rapporti affettivi ed educativi già in corso.

Ad avviso della relatrice tale soluzione non sembra suscettibile di incontrare le censure della Corte EDU perché non confligge con la giurisprudenza di Strasburgo, che richiede unicamente la formalizzazione del vincolo di filiazione corrispondente alla realtà biologica, nulla disponendo in merito al genitore di sola intenzione. Sul versante interno, la soluzione prospettata non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono certamente essere ritenute omogenee al matrimonio, alla luce di quanto previsto dal comma 20, della Legge n. 76 del 2016 che, com'è noto, non richiama alcuna disposizione del codice civile in materia di paternità e maternità, salvo il riferimento contenuto nell'ultimo periodo che fa salvo "*quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*". A ciò si aggiunga che non consente di dubitare della volontà del legislatore, al riguardo, la scelta, che trova il suo fondamento nell'art. 29 Cost., di impedire l'introduzione nell'ordinamento italiano della *stepchild adoption*, ovvero l'adozione del figlio della parte con cui è stata contratta un'unione civile fra persone dello stesso sesso.

Se ne desume pertanto che, nella disciplina positiva della filiazione, il riferimento ai 'coniugi', 'genitori', al 'padre' e alla 'madre', non può essere interpretato fino a ricomprendervi anche le parti dell'unione civile fra persone dello stesso sesso.

\*\*\*

Da ultimo ha proposto la propria relazione **Emilio Pagano**, professore ordinario di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli, il quale ha richiamato l'attenzione dell'uditorio focalizzando il proprio intervento sui due profili utilizzati dalla Suprema Corte, nella sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, per giustificare l'attribuzione di efficacia ad una decisione straniera in tema di doppia maternità, ovvero quello della *continuità* del trattamento giuridico di situazioni sorte all'estero e della *discrezionalità*, che impedirebbe alle norme interne

ordinarie, sia pure aventi carattere inderogabile, di fungere da limite al riconoscimento di situazioni giuridiche straniere.

Quanto al primo dei due argomenti – la *continuità* – il relatore ha messo in risalto come sia indubbio che essa susciti un certo effetto, rivestendo tradizionalmente, assieme all'*uniformità* di regolamentazione nello spazio delle situazioni giuridiche, uno degli obiettivi cardini del diritto internazionale privato. Tuttavia, se questo è vero sul piano delle enunciazioni teoriche, ciò che accade nell'adozione delle soluzioni concrete è molto diverso, in quanto almeno per quel che concerne l'individuazione delle leggi che debbono regolamentare le situazioni e i rapporti giuridici, che vengono definiti come aventi '*elementi di estraneità*', rispetto all'ordinamento giuridico nazionale, le soluzioni adottate al riguardo prescindono del tutto da tale nobile finalità e si fondano, piuttosto, su scelte operate dal legislatore che nulla hanno a che fare con la continuità della vita giuridica dei soggetti, ma che danno rilevanza ai collegamenti, veri o presunti, che le situazioni e i rapporti possono presentare con un dato ordinamento, che viene scelto perché ritenuto il più "giusto", il più "vicino", il più "adatto" alla propria regolamentazione, e che in questo senso rappresentano la 'migliore' soluzione praticabile.

Così, tradizionalmente le norme del diritto internazionale privato attribuivano la competenza a disciplinare le situazioni personali e i rapporti familiari, alla legge nazionale dei soggetti coinvolti (alla legge nazionale del figlio o del genitore, a quella dell'adottante, etc.). Per i rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, un tempo veniva indicata la legge nazionale del marito piuttosto che della moglie, senza dare alcun rilievo alla posizione del diritto straniero prescelto. Risultava in tal modo, che le scelte codificate trascuravano qualsivoglia prospettiva di continuità.

Le cose non sono affatto cambiate neppure alla luce del disposto di cui all'art. 13, comma 1, della Legge n. 218 del 1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) che ha introdotto il meccanismo del *rinvio*. Questa disposizione, innovando rispetto al precedente sistema, che nell'art. 30 delle disp. prel. c.c. imponeva di applicare la legge indicata – salvo l'eccezione dell'ordine pubblico che operava a difesa dei valori interni –, senza considerare se essa fosse stata o meno d'accordo sulla propria applicazione, stabilisce che, prima di applicare la legge straniera designata dalle nostre norme di diritto internazionale privato, debba essere verificato, salvo alcune eccezioni, che essa convenga sulla sua applicazione. Tuttavia questo meccanismo, pur essendo meritevole di apprezzamento nelle intenzioni, ad avviso del Prof. Pagano non garantisce il conseguimento della continuità. Infatti, se l'ordinamento straniero richiamato dalle norme italiane di diritto internazionale privato non conviene sulla propria competenza, ma ritiene che essa spetti ad altro ordinamento, che può essere quello di un altro Stato o finanche lo stesso ordinamento italiano (nelle due forme, quindi, del *rinvio oltre* e del *rinvio indietro*), il raggiungimento dell'obiettivo rimane assai problematico.

Il primo caso, del *rinvio oltre*, ricorre quando la legge designata dalle norme di conflitto italiane rinvia alla legge di un terzo Stato il quale accetta il rinvio, oppure la fattispecie presenta elementi di internazionalità che coinvolgono più di due Stati, dando così luogo ad un sistema coordinato tra gli ordinamenti. Fintantoché il secondo ordinamento straniero richiamato dalle nostre norme di diritto internazionale privato, riconduce ad un terzo, e questo accetti di buon grado l'indicazione, *nulla quaestio*: alla fattispecie si applicherà il diritto del terzo ordinamento indicato. Più spinoso, invece, è il caso in cui la norma del terzo ordinamento rinvii, a sua volta, ad un quarto o ci riporti indietro al secondo o addirittura rimetta la competenza al primo, al diritto italiano (*rinvio indietro*). La fattispecie, in tal caso, sarà disciplinata dal diritto del Foro. In sostanza, si torna al punto di partenza (ovvero all'ordinamento designato dalle nostre norme che si era rivelato incompetente) ed è come se il primo rinvio si fosse rivelato solo un vano tentativo. In tal modo, però, si dà luogo ad una incongruenza, se possibile, ancora più grande perché la legge italiana, che in premessa non si era riconosciuta competente, tant'è che la regola di diritto internazionale privato aveva previsto che si

applicasse una legge straniera, si ritrova ad essere competente e questo grazie ad una investitura proveniente da un ordinamento straniero. Quale continuità possa essere conseguita in questo modo, ha rilevato il professore partenopeo, è tutto da dimostrare, in quanto tra le tante stranezze ed incongruenze del sistema di diritto internazionale privato, questa sembrerebbe essere davvero la più eclatante.

Su queste premesse, ben si comprende che la possibilità di conseguire una continuità e/o uniformità di trattamento nello spazio di una certa situazione giuridica resta alquanto aleatoria, essendo considerata dalla stessa dottrina nient'altro che un *fine tendenziale* del diritto internazionale privato. E tutto questo senza considerare che, alla fine del percorso che conduce il giudice italiano ad indentificare il diritto straniero competente a disciplinare un determinato fatto o rapporto giuridico, rimane il problema di considerare qualunque valutazione che tale ordinamento ne faccia e verificare, *ex art. 16, Legge n. 218 del 1995*, che i suoi effetti siano compatibili con i valori irrinunciabili dell'ordinamento italiano, con il limite dell'ordine pubblico.

Anche in sede di riconoscimento degli effetti giuridici del provvedimento giurisdizionale straniero, ove l'apertura verso i valori giuridici stranieri è sensibilmente più marcata, si suole affermare che la continuità non costituisce un valore assoluto, posto che la sua conseguibilità è sempre condizionata ad un giudizio positivo circa la compatibilità con i valori interni. Difatti, con riguardo al trattamento delle sentenze straniere, il legislatore italiano da sempre si è mostrato favorevole e ben disposto a riconoscere quanto deciso dal giudice straniero, senza entrare nel merito delle soluzioni adottate, e senza pretendere condizioni particolarmente gravose. Salvo quanto diversamente disposto da norme speciali (Convenzioni Internazionali o Regolamenti dell'UE), il legislatore si limita a richiedere, quali condizioni generali, che il giudice il quale ha pronunciato la sentenza straniera risulti competente a conoscere della causa secondo i criteri sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano, e che siano stati rispettati i diritti essenziali di difesa. Detto in altri termini, l'ordinamento italiano non pretende altro, se non che il giudice straniero applichi la medesima legge che avrebbe applicato il giudice italiano, qualora questi fosse stato adito direttamente. In tal modo se non si parla esplicitamente di continuità, nella sostanza è ad essa che ci si ispira. Invero solo su un punto, la legge sul trattamento delle sentenze straniere, consente al giudice italiano di entrare nel merito delle decisioni straniere, laddove all'art. 64, lett. e) e g) della Legge n. 218 del 1995, richiede espressamente di accertare che le disposizioni della sentenza straniera non producano effetti contrari all'ordine pubblico e non contrastino con le statuizioni di altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato. Anche in questo caso, nonostante la profonda apertura, viene data assoluta priorità ai valori e giudicati interni, e solo subordinatamente vengono in considerazioni ulteriori esigenze.

Passando, invece, ad esaminare l'argomento della *discrezionalità* e, dunque, i limiti invalicabili a difesa dei quali l'ordinamento italiano si chiude in se stesso impedendo l'ingresso e l'applicazione di valori giuridici stranieri in contrasto con essi (art. 16, Legge n. 218 del 1995) o il riconoscimento di sentenze straniere (art. 64, Legge n. 218 del 1995) e tralasciando, per brevità, tutte le concezioni elaborate intorno ad essi, il relatore ha ricordato che la prima sezione civile della Corte di Cassazione con sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, per giustificare l'attribuzione di efficacia ad una decisione straniera in tema di doppia maternità, ha affermato che i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei valori supremi desumibili, in primo luogo, dalla nostra Carta costituzionale, vale a dire in quei principi fondamentali che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario (secondo quanto già stabilito dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 214 del 1983, per la quale la verifica del rispetto dell'ordinamento costituzionale costituisce un '*passaggio obbligato*' in tema di ordine pubblico), ed in secondo luogo anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. «*La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico – tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei*

*valori giuridici cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato – è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale».*

In più occasioni, infatti, la Corte di legittimità (*ex plurimis* Cass. n. 4040 del 2006; n. 13928 del 1999; n. 2215 del 1984; n. 9483 del 2013) ha ribadito che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono necessariamente con norme imperative o inderogabili, sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero. «*Ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario. La ricerca di tali principi – è opportuno precisare – richiede una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale, com'è dimostrato dal fatto che esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico».* Un esempio è dato dall'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali che, sebbene sancito dall'art. 111, sesto comma, Cost., non rientra tra i principi inviolabili posti a garanzia del diritto di difesa.

Il giudice, al quale viene demandato il compito di accertare preventivamente e 'virtualmente' la compatibilità della norma straniera con i principi dell'ordinamento giuridico nazionale, *non* deve soffermarsi all'*astratta formulazione della disposizione straniera* o alla correttezza della soluzione adottata dall'ordinamento straniero alla luce della legislazione italiana vigente, quando questa rappresenti una delle tante modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico, *bensì* deve avere riguardo ai suoi *effetti*, dovendo ammettere il contrasto con l'ordine pubblico interno soltanto nel caso in cui possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe precluso di introdurre nell'ordinamento interno una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con il nucleo essenziale dei valori costituzionali primari. In definitiva, quanto premesso è stato tradotto dalla medesima Corte nel seguente principio di diritto: «*il giudice italiano chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 dPR n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»* (Cass. sez. I, sent. 30.9.2016, n. 19599).

Tuttavia, ha insistito con fermezza il Professor Pagano, l'idea che le statuizioni contenute in leggi ordinarie, ancorché inderogabili o di applicazione necessaria, non possano assolvere ad alcuna funzione di limite, in quanto per loro natura modificabili ad opera di norme successive di pari rango, non ha senso. Come enfatizzato dal relatore, fino a quando sono in vigore, anche le leggi ordinarie vanno osservate e l'obiezione, secondo cui esse rimarrebbero subordinate, non solo alla Costituzione, ma anche alle regole internazionali aventi rango di fonti interposte *ex art. 117 Cost.*, di fatto non rileva in quanto, nel campo che interessa, generalmente le stesse norme internazionali-sovrannazionali fanno salva l'applicazione delle disposizioni interne aventi il carattere della necessità e/o inderogabilità. Il problema che investe tali norme – ha spiegato l'oratore – attiene, semmai, la determinazione della loro portata che, nei casi dubbi, resta compito del giudice risolvere.

Ci si domanda come si possa prescindere da esse, quando vengano prese in considerazione proprio

situazioni sorte all'estero. Non di rado, infatti, accade che le norme inderogabili o di applicazione necessaria si occupino proprio del trattamento da applicare a situazioni e rapporti giuridici sorti all'estero, oppure interferiscano con tale regime. È il caso di matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani con persone dello stesso sesso che per legge vanno trattati come unioni civili. L'art. 32 *bis* della Legge n. 218 del 1995, introdotto dal D. Leg.vo del 19 gennaio 2017, n. 7 recita, infatti, quanto segue: «*il matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani con persona dello stesso sesso produce gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana*». Il nostro ordinamento, dunque, non riconosce, per i cittadini italiani, le conseguenze del matrimonio *same-sex* contratto all'estero e si ha, quindi, una '*trasformazione*' della situazione giuridica creatasi all'estero, in unione civile. Anche per le adozioni fatte all'estero da cittadini italiani si assiste a qualcosa di molto simile, posto che esse possono essere oggetto di una manipolazione, ovvero di una trasformazione, in forza della quale vengono trattate secondo il modello proprio delle adozioni italiane. In merito l'art. 32, n. 3, della Legge n. 184 del 1983, riscritto dalla Legge n. 476 del 1998, dispone che «*anche quando l'adozione pronunciata nello Stato straniero non produce la cessazione dei rapporti giuridici con la famiglia di origine, la stessa può essere convertita in una adozione che produca tale effetto se il tribunale per i minorenni la riconosce conforme alla Convenzione. Solo in caso di riconoscimento di tale conformità, è ordinata la trascrizione*». Lo stesso dicasi per le disposizioni sull'unicità della filiazione che, secondo l'art. 33, n. 4, della Legge n. 218 del 1995, sono di applicazione necessaria e non consentono regimi giuridici differenziati, previsti da altri ordinamenti (all'art. 33, appena richiamato, si legge che «*lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge*»). Di fronte alla chiara volontà del legislatore 'ordinario' ogni contraria pretesa basata sul criterio della continuità cede. Né vale parlare di una '*incompatibilità temporanea*' che renderebbe inutilizzabile la regola che la determina, solo perché potrebbe essere modificata. Pertanto, il rango di norme ordinarie, frutto della discrezionalità del legislatore, non sminuisce in alcun modo la loro valenza. Il riconoscimento o meno di una sentenza straniera, la rilevanza di un divieto nazionale, *non* dipendono dal *rango* della disposizione, *ma* dalla sua portata, cioè va accertato se essa sia stata pensata e voluta solo per i cittadini italiani o se, al contrario, debba valere anche per gli stranieri sottoposti alla valutazione di altre leggi. Così ci chiediamo, ad esempio, il divieto di trascrizione in Italia del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso vale solo per i cittadini od anche per gli stranieri? Il riconoscimento o meno di una sentenza straniera che, diversamente da quanto disposto dall'art. 536 c.c. ha ignorato i diritti dei legittimari, non dipende dal *rango* dell'art. 536 c.c. ma dalla portata di questa norma che va stabilita. Lo stesso dicasi per il testamento congiunto, vietato dall'art. 589 c.c. La sua ammissibilità, conformemente a una norma straniera che lo consente, dipende dalla portata della norma italiana che lo vieta.

In conclusione, a giudizio del relatore non può essere messo in discussione che, nel rispetto della loro *portata*, le *norme interne inderogabili o di applicazione necessaria* possano impedire il riconoscimento di valori giuridici stranieri e *contribuire a determinare l'operatività del limite dell'ordine pubblico*, che non si identifica dunque solo nei supremi valori costituzionali e dintorni.

Un'ultima breve considerazione deve essere dedicata al *preminente interesse* (morale e materiale) *del minore* – che ha assunto carattere di piena centralità specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia, attuata con Legge del 19 maggio 1975, n. 151, e la cui tutela è già implicita nell'art. 30, primo comma, Cost. sul diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli – che viene utilizzato come argomento per giustificare il diritto del minore alla conservazione dello *status filiationis*, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione europea, e il diritto alla continuità dei rapporti affettivi con la famiglia d'origine.

Sul punto la Corte di Cassazione, sempre con la sentenza n. 19599 del 2016, ha affermato che la

valutazione del preminente interesse del minore deve essere operata prescindendo da qualsivoglia riferimento al rapporto sussistente fra i genitori, ma avendo riguardo esclusivamente al principio di primaria rilevanza costituzionale che si sostanzia nella tutela dello *status* di figlio acquisito all'estero, senza introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, ma garantendo copertura giuridica ad una relazione familiare in essere da anni e validamente costituita sulla base della legge straniera. Ne risulta che il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello Stato civile di un atto di nascita straniero, valido secondo la legge in vigore in un altro ordinamento giuridico, da cui risulti la nascita di un figlio da due madri o da due padri, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia coniugata in quel paese, non contrasta di per sé con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore italiano non preveda il verificarsi di una simile fattispecie e vieti nell'ordinamento italiano il ricorso a tale tecnica procreativa con Legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta soltanto una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario in una materia nella quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate. Ad avviso della medesima Corte proprio l'ampia discrezionalità del legislatore nella concreta disciplina della materia è indice rivelatore dell'inesistenza di un vincolo costituzionale, tale da poter opporre l'ordine pubblico al fine di ostacolare l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita formato all'estero, secondo norme non conformi a quelle previste dall'ordinamento italiano. Neppure la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria, quella prevista dall'art. 12, secondo comma, della Legge n. 40 del 2004, per i terzi che applichino le tecniche di fecondazione eterologa alle coppie costituite da persone del medesimo sesso, è sufficiente ad esprimere un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico. Pur afferendo ad una materia eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, qual è il diritto di famiglia, si tratta pur sempre di una disposizione, seppure imperativa, contenuta in una legge ordinaria e, quindi, per sua natura astrattamente modificabile dal legislatore futuro. Al contrario il diritto del fanciullo alla continuità risulta scolpito negli artt. 13, comma 3, e 33, commi 1 e 2, della legge n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York del 1989, costituendo un aspetto essenziale dell'identità, non solo fisica, ma anche sociale, del minore, che si esplica attraverso la conservazione del cognome, la preservazione della nazionalità e mediante l'esercizio del diritto di circolazione, senza ingerenze illegali. Il mancato riconoscimento, per finalità preventive e repressive, del rapporto filiazione sortirebbe l'effetto di compromettere il diritto all'identità personale del minore, in quanto determinerebbe una *'incertezza giuridica'*, o meglio una *'situazione giuridica claudicante'*.

Così come l'art. 5 della Legge n. 40 del 2004 – disposizione senz'altro ispirata all'idea di fondo che permea l'art. 29 Cost., il quale vede nella famiglia matrimoniale, formata da persone di sesso diverso, l'unica comunità riconosciuta idonea ad accogliere figli, a differenza delle altre unioni che potrebbero beneficiare solamente della più limitata tutela prevista dall'art. 2 Cost. – non esprime una opzione costituzionalmente obbligata. Il giudice di legittimità ha affermato, infatti, che *«se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove la persona “svolge la sua personalità” e se quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale agli artt. 2, 3 e 31 Cost. (e, si noti, non all'art. 29 Cost.), allora deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli. Infatti, “il matrimonio non costituisce più elemento di discriminazione nei rapporti tra i coniugi e figli [...] identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri”: di conseguenza l'elemento di discriminazione rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori – che è tipico dell'istituto matrimoniale – non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro status»*. La Corte ha, pertanto, escluso l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale, immutabile dal legislatore ordinario, idoneo ad impedire l'ingresso nell'ordinamento italiano e la conseguente produzione di effetti giuridici, di un atto di nascita straniero, in ragione di un'asserita preclusione ontologica per le coppie costituite da persone del

medesimo sesso di accogliere, generare ed allevare figli, poiché solo in tal caso sarebbe opponibile il limite dell'ordine pubblico, a norma degli artt. 16 e 65, della Legge n. 218 del 1995, e 18 del DPR n. 396 del 2000. Viene in rilievo la fondamentale e generale libertà *delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia*, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie formate da persone di sesso diverso.

Questi aspetti sono stati ampiamente ripresi anche nell'ordinanza di rinvio del 22 febbraio 2018, n. 4382, con la quale la prima sezione civile della Corte di Cassazione, pronunciandosi relativamente all'opportunità di riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale canadese declaratorio della doppia genitorialità di una coppia omoaffettiva maschile, unita in matrimonio nello Stato estero, ha rimesso alle Sezioni Unite, sottoponendo al vaglio della stessa una pluralità di questioni di massima di particolare importanza (la legittimazione ad agire in giudizio del PG presso la Corte di appello, del Sindaco e del Ministero dell'Interno, la nozione di ordine pubblico e la configurabilità della carenza assoluta di potere giurisdizionale in capo alla Corte d'Appello che, *ex art. 67*, Legge n. 218 del 1995, ha ritenuto efficace e trascrivibile il provvedimento in oggetto).

Al riguardo il Professor Pagano, con grande *patos*, ha sottolineato che l'interesse del minore deve essere attentamente valutato in base a tutte le circostanze del caso concreto e alla luce di tutte le implicazioni possibili.

A suo giudizio, non basterebbe dire, come pure si è affermato nel corso del convegno, che avere un secondo padre comporta un obiettivo vantaggio per il minore, non solo da un punto di vista affettivo (posto che precludendo al minore di avere un secondo genitore si violerebbe il suo interesse ad avere due genitori, in contrasto con la regola posta nell'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale «*il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse*») – come se l'affetto dipendesse dall'attribuzione di una qualifica o di uno *status* o come se bastasse l'affetto verso un bimbo per essere riconosciuti suoi genitori – ma anche da un punto di vista successorio, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti la mancata acquisizione della cittadinanza italiana, la possibilità di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini ed anche di coloro che, nati all'estero, abbiano ottenuto il riconoscimento negato al piccolo.

Tanto premesso, ad avviso del relatore, nella valutazione complessiva di tutti gli elementi rilevanti, il giudice non può trascurare di considerare anche la probabile situazione di disagio nella quale il 'fortunato' figlio si verrà a trovare nell'ambiente della scuola e dei suoi coetanei, nel quale gli sfottò e talora vere e proprie forme di bullismo abbondano, per il fatto di avere non un padre o una madre ma due padri (o due madri) e lo sforzo al quale dovrà fare ricorso per non essere emarginato, e per giustificare questa sua 'fortuna'.

Riassumendo, tre sono stati i punti salienti messi a fuoco dal relatore nelle proprie considerazioni finali. In primo luogo, l'invito rivolto al pubblico è quello di non escludere categoricamente che le norme interne inderogabili, aventi il rango di legge ordinaria – della cui applicazione, nel loro specifico ambito di applicazione, non può prescindersi – possano assolvere una qualche funzione che abbia l'effetto di bloccare, all'ingresso, il transito dei valori giuridici stranieri entro l'ordinamento nazionale o di impedire il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali pronunciati dal giudice straniero. In secondo luogo, la raccomandazione è di guardarsi bene dall'assolutizzare il principio della continuità, atteso – come ampiamente illustrato in questa sede – che tale principio risulta sovente disatteso per opera delle regole del diritto internazionale privato nazionale, al momento dell'individuazione delle norme di diritto applicabili alla fattispecie considerata. Infine, l'invito a valutare con estrema prudenza il principio del *best interest of the child*,



occorrendo mettere in campo non solo i pro, ma anche i contro per il minore dell'aver due madri o due padri.

Si dirà che, un giorno casi del genere saranno tanto diffusi che ogni distinzione scomparirà e cesseranno anche queste situazioni. Sarà forse così, ma ... intanto? L'interesse del minore è un interesse attuale e soggettivo. Riguarda quel minore e non una astratta categoria dei minori.

\*\*\*

Esaurite le relazioni ha, quindi, preso la parola la professoressa di Diritto Privato, **Gilda Ferrando**, dell'Università degli Studi di Genova, per proporre le proprie conclusioni.

Dopo aver ascoltato tante relazioni ampie ed esaurienti la relatrice ritiene utile sintetizzare le questioni discusse. Il caso, giunto all'esame della Corte di Appello di Trento (ord. 23 febbraio 2017) riguarda il riconoscimento del provvedimento del giudice straniero che integrava l'atto di nascita dei bambini, nati in Canada da madre surrogata, con l'indicazione del secondo padre, coniugato con il padre biologico. Investita della questione su ricorso contro questa pronuncia, la prima sezione della Corte di Cassazione (ord. n.4382/2018) ha rimesso gli atti al Primo Presidente per il rinvio alle Sezioni Unite.

Le questioni sollevate riguardano sia la legittimazione delle parti in causa (il Procuratore Generale presso la Corte territoriale, il Sindaco, il Ministro dell'Interno, quale titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco-Ufficiale di Governo nella tenuta dei registri di stato civile, legittimazione esclusa dalla Corte d'appello di Trento e per cui la prima sezione ravvisa, invece, un interesse all'uniforme tenuta dei registri dello Stato civile), sia la nozione di ordine pubblico alla stregua della quale esercitare il controllo sul provvedimento straniero.

Un cenno, anche se un cenno soltanto, va fatto alle questioni preliminari dato che non si può escludere che proprio su queste possa chiudersi la partita davanti alle sezioni unite.

Al riguardo non preoccupa tanto la questione relativa al possibile "superamento del limite della propria giurisdizione" da parte dei giudici di merito, quasi che si fosse in presenza di un "eccesso di potere giurisdizionale". Sia la Corte costituzionale (Corte cost. n. 334/2008,) sia la Corte EDU (Corte EDU, *Rossi e altri c. Italia*, 16 dicembre 2008) hanno respinto obiezioni del genere sollevate nel corso della vicenda Englaro e hanno chiarito la differenza tra attività legislativa e giurisdizionale, tra legge generale e astratta e sentenza che riguarda invece il caso singolo, le parti del procedimento e i fatti della controversia.

Più spinose sembrano, come è risultato anche dalla discussione, le questioni relative alla legittimazione attiva, o meglio al difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti. Trattandosi di temi che esulano dalle sue competenze specifiche, la professoressa Ferrando si limita a ricordare alcuni precedenti che potrebbero essere tenuti presenti nella decisione.

Per quanto riguarda la legittimazione del Sindaco e del Ministro dell'Interno (che non si erano costituiti nel giudizio di merito) ci si può chiedere se non debba valere anche in questa vicenda il principio secondo cui il potere di impugnazione spetta solo a chi sia stato parte del procedimento definito dalla sentenza impugnata.

Per quanto riguarda la legittimazione del Pubblico Ministero, si può ricordare che furono proprio le Sezioni unite nel caso Englaro (Cass., S.U., n. 27145/2008), ad escludere la legittimazione del PM in considerazione del fatto che, se il potere di impugnazione spetta nelle cause che - ex art. 69 c.p.c. - il PM avrebbe potuto proporre (art. 72 c.p.c.), non spetta per quelle nelle quali è semplicemente interventore necessario, come sono appunto le azioni di stato. In queste, non essendo previsto il potere di azione, sarebbe escluso anche quello di impugnazione.

Per quanto, poi, riguarda il potere di impugnazione da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, va ricordato che l'impugnazione nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c. è prevista solo al fine di enunciare il principio di diritto cui il giudice avrebbe dovuto attenersi e non ha alcuna influenza sul giudizio di merito (Cass., S.U., n. 27145/2008).

Passando dunque a considerare il merito della questione, vale a dire se contrasti oppure no con l'ordine pubblico internazionale il riconoscimento di una sentenza straniera che attribuisca la doppia

paternità ai genitori dello stesso sesso, la prima sezione rileva come la Corte d'appello abbia richiamato – conformemente a Cass. n. 19599/2016 - una nozione ristretta di “ordine pubblico”, limitata ai soli “principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale (e tra questi anche quello relativo all’interesse superiore del minore, che avrebbero trovato riconoscimento e tutela nell’ordinamento internazionale e in quello interno), non in base alle norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa (quali, ad esempio la disciplina delle unioni civili di cui alla legge n. 76 del 2016 o quella relativa alla fecondazione assistita, con i suoi divieti, di cui alla legge n. 40 del 2004), in materie connesse o direttamente implicate”. L’opportunità di una pronuncia delle Sezioni unite viene ravvisata nel fatto che, su tale nozione “ristretta” di ordine pubblico sembrerebbero “avere in parte dissentito” le stesse Sezioni unite civili nella sentenza n. 16601 del 2017, “resa a proposito della possibilità di dare ingresso anche in Italia a decisioni contenenti statuizioni positivamente date, circa i danni punitivi che non sono previsti dall’ordinamento italiano e che non corrispondono alla nostra tradizione giuridica”.

Con l’ordinanza di rinvio del 22 febbraio 2018, n. 4382, la prima sezione civile della Corte di Cassazione, pone il problema di fondo su come riempire di contenuto la nozione di ordine pubblico. Il Professor Emilio Pagano ha rimarcato la necessità/esigenza di una nozione di ordine pubblico che non si limiti a ricomprendervi solo i principi costituzionali, ma tenga conto anche di quelli che sono i valori fondamentali espressi dalle leggi nazionali ordinarie, seguendo la più ampia nozione di ordine pubblico fatta propria dalla sentenza delle sezioni unite sui danni punitivi (Cass., S.U., n. 16601/2017). Ed il Professor Pietro Franzina ha illustrato i diversi modi in cui il concetto può venire declinato. La professoressa Gilda Ferrando si è interrogata se quella fornita dalla sentenza n. 19599 del 2016 non sia forse una definizione troppo rigida, o se invece questa nozione più ristretta non sia giustificata dalla diversità delle problematiche che si pongono quando sono in gioco diritti di natura patrimoniale o personale. Secondo la professoressa Ferrando, può essere utile muovere dai principi generali in materia di filiazione. Tra questi principi fondamentali rientra il diritto inviolabile del fanciullo di crescere con i propri genitori, di essere istruito, educato e mantenuto da questi, e dunque, il diritto del minore al riconoscimento e alla conservazione di uno *status* che sia quanto più rispondente all’effettiva situazione affettiva, ove si svolge la sua vita e la sua personalità, salvo che ciò non comporti un grave pregiudizio per il bambino. Del resto, come messo in luce dalla professoressa Cristina Campiglio, la tutela dell’interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale – e il principio di ordine pubblico, solo apparentemente paiono due entità contrapposte quando, invece, è proprio il preminente interesse del minore a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante dell’ordine giuridico italiano. La relazione genitori-figli costituisce un rapporto dinamico, socialmente e giuridicamente costruito. Rispetto al passato, oggi ci sono diversi modi di diventare genitori. A fronte di una dimensione sociale della parentela nuova, e di tecniche procreative alternative al concepimento tradizionale, lo Stato è intervenuto per dare ordine normativo, stabilendo chi può essere considerato un genitore e chi può aspirare ad esserlo, rispetto alle differenziate possibilità di realizzazione dei propri diritti procreativi. Nell’attuale diritto di famiglia diversi sono i fondamenti della filiazione: la generazione, l’adozione, la scelta, vale a dire l’intenzione di essere genitori.

Nelle pagine del codice civile, la filiazione ha il proprio fondamento nella *generazione*. La maternità è legata all’esperienza biologica della gestazione e del parto (art. 269 c.c.) e la paternità – nel matrimonio, o al di fuori di esso – è provata o smentita su basi biologiche (art. 269, 243 bis, 263 c.c.)

La legge 5 giugno 1967, n. 431 sulle adozioni – ha chiarito la professoressa – ha operato un cambio di rotta culturale rispetto al passato, introducendo per la prima volta nell’ordinamento giuridico italiano l’istituto *dell’adozione piena o legittimante*, dei minori in stato di abbandono. Con l’questo istituto abbiamo nell’ordinamento una nuova tipologia di filiazione, fondata non sulla generazione, ma sull’accoglienza, sui vincoli di affetto e non del sangue. La filiazione adottiva è considerata a pari titolo con la filiazione biologica come fondamento dell’unico status di figlio (artt. 74, 315 c.c.).

Con la Legge n. 40 del 2004, recante disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita, ha aggiunto la professoressa Ferrando, è stato fatto un passo ulteriore, in quanto si è affermata una nozione di *genitorialità dell'intenzione (genitorialità per scelta)*, che prescinde dalla caratterizzazione biologica o sociale del rapporto di parentela, e valorizza il consenso liberamente prestato dai genitori alla generazione di una nuova vita e dunque alla costituzione di un nuovo nucleo familiare, nel pieno rispetto del diritto della persona umana di autodeterminarsi e del principio generale di libertà di formare una famiglia (valori, questi, già presenti nella Carta Costituzionale agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.). Gli artt. 8 e 9 della l. 40, delineano nuove forme di genitorialità che non si basano sulla discendenza biologica, ma hanno il loro fondamento nella scelta di diventare genitori. Nel caso di fecondazione eterologa, - vietata nel testo originario della l. n. 40 - l'art. 9, comma 1, della legge vieta al coniuge o al convivente consenziente di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità. In seguito alla sentenza della Corte costituzionale (n. 162/2014), questa regola di "responsabilità per la procreazione" si applica anche al caso di donazioni di ovociti, impedendo la contestazione della maternità. La Corte espressamente tiene fuori dal proprio orizzonte di riflessione la maternità per sostituzione. Ci si può chiedere se in questo caso debba essere mantenuta ferma la regola secondo cui madre è colei che partorisce o non si possa invece attribuire rilevanza all'intenzione. Su questo quesito, la Corte di Cassazione (n. 2315/ 1999) - e la Corte costituzionale che la ha preceduta (Corte cost. n. 347/1998) - secondo la professoressa Ferrando - offrono un qualche spunto di riflessione laddove escludono che le regole sul disconoscimento di cui al disposto dell'art. 235 c.c. si applichino ai casi diversi non contemplati nella lettera della norma. Anche per l'attribuzione della maternità si potrebbe fare allora un ragionamento analogo, giungendo persino ad escludere che nel caso di partecipazione di più donne alla generazione trovi applicazione necessaria la regola dell'art. 269, anch'essa scritta nel presupposto della naturale coincidenza tra partoriente, madre genetica e intenzionale.

Quali che siano i modi in cui il rapporto di filiazione venga costituito ed i fondamenti su cui poggia, identici sono i principi che ne innervano la disciplina. Da questo punto di vista, la nascita da procreazione assistita non può fare la differenza. Si fa notare, anche oggi lo ha ripetuto la dottoressa Francesca Ceroni, che essendo la maternità per sostituzione pratica vietata dalla legge (art. 12, l. n. 40), questo divieto può riflettersi anche sullo stato giuridico del nato. Si deve però considerare che, nell'evoluzione del sistema normativo, le conseguenze della violazione da parte dei genitori di prescrizioni e divieti previsti dalla legge non possono ricadere su chi è nato. Se ne ha conferma nell'art. 251 c.c. che non subordina più il riconoscimento dei figli c.d. "incestuosi" alla buona fede dei genitori (e v. già Corte cost. n. 494/2002), ma esclusivamente alla verifica dell'interesse del figlio. In questa stessa prospettiva si possono leggere - ce lo ha ricordato la dott. Gabriella Palmieri - le sentenze della Corte costituzionale n.31/2012 e n. 7/2013 che, dichiarando illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui prevede l'automatico effetto della decadenza dalla responsabilità dei genitori come conseguenza della loro condanna per alterazione di stato (art. 567 c.p.) o per soppressione di stato (art. 566 c.p.) confermano che l'esigenza di sanzionare la condotta dei genitori non può riflettersi negativamente sullo svolgimento del rapporto con i figli in contrasto con l'interesse di questi. L'automaticità della applicazione della sanzione accessoria avrebbe privato il minore di uno o di entrambi i genitori, benché il bambino avesse sviluppato un solido rapporto relazionale ed affettivo con i genitori, ed anche nel caso in cui questi avessero adempiuto ai loro doveri costituzionali e risultassero, perciò, idonei ad esercitare la responsabilità genitoriale nei suoi confronti. Sennonché, come correttamente evidenziato dalla Consulta, non va trascurato che in simili circostanze viene in questione non soltanto l'interesse dello Stato all'esercizio del potere punitivo e sanzionatorio, ma anche, e soprattutto, l'interesse del minore a vivere e ad essere cresciuto nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione. Ma su questo profilo si tornerà tra poco.

Sulla base di queste considerazioni preliminari è dunque possibile individuare i principi fondamentali del diritto della filiazione. In primo luogo, l'interesse preminente del minore. Le

relazioni odierne ne hanno diffusamente illustrato la rilevanza come fondamentale principio di diritto costituzionale interno ed europeo e ciò esonera da ulteriori considerazioni, se non per sottolineare come ancora di recente la Corte costituzionale (n. 272/2017) ne abbia ribadito la rilevanza non solo nell'ambito della gestione della relazione parentale, ma ancor prima nella costituzione e nella contestazione dello *status filiationis*, cosicché il giudice, investito di una questione di *status*, non deve limitarsi a considerare il profilo della "verità", ma deve considerare anche quello della corrispondenza della decisione al preminente interesse del figlio. In questo senso, peraltro, si riscontrano numerosi precedenti, a partire dalla risalente sentenza della stessa Corte n. 341/1990 (necessità di valutare l'interesse del minore nel corso dell'azione ex art. 274 c.c., ora abr.). Quella dell'interesse del minore può apparire formula talmente ambigua da attribuire al giudice una discrezionalità eccessiva. E' possibile limitare (anche se non eliminare del tutto) questo rischio con alcune puntualizzazioni. Intanto l'interesse del bambino (come hanno messo in chiaro le corti interne ed europee) va valutato non in astratto – con riferimento al bambino inteso come categoria – ma in concreto, con specifico riferimento alla condizione e alle vicende esistenziali di ciascun minore. Da questo punto di vista, si tratta di formula idonea a specificare i diritti del minore nelle diverse situazioni concrete.

In primo luogo, va menzionato il diritto del minore alla propria famiglia, a vivere e ad essere cresciuto nell'ambito della propria famiglia, a stabilire e conservare la relazione con i genitori, Trattasi, in particolare, di un interesse che ha trovato riconoscimento e tutela, non solo nell'ordinamento interno – segnatamente, si leggano gli artt. 30 e 31 Cost. e l'art. 147 c.c., l'art. 1, l. n. 184/1983 – ma anche in quello internazionale, da una serie di norme vigenti anche nel nostro ordinamento. In tal senso, deve richiamarsi l'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che attribuisce al bambino il diritto di conoscere i propri genitori e di essere allevato da essi; il successivo art. 8, che obbliga gli Stati a preservare le relazioni familiari, fermo restando la possibilità di adottare provvedimenti di allontanamento o di ablazione della responsabilità genitoriale, a salvaguardia del preminente interesse del minore. Anche il diritto europeo, con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, sancisce il diritto del bambino di intrattenere regolarmente relazioni personali con i genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse. Un ruolo decisivo sarebbe svolto anche dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, dal momento che il diritto dei minori di crescere nella famiglia d'origine avrebbe guidato la Corte EDU nei giudizi circa la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate dalle autorità nazionali nei procedimenti conclusi con l'allontanamento del minore dall'ambiente familiare in cui risultava collocato.

La professoressa Ferrando ha evidenziato come anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sia rinvenibile l'affermazione della necessità di assicurare preminenza al superiore interesse del minore, nel bilanciamento con contrapposti interessi. La tutela del preminente interesse del figlio porta la Corte europea dei diritti dell'uomo a declinare in termini estremamente ampi il concetto di vita familiare secondo un approccio concreto e funzionale che parte dall'effettività del rapporto genitoriale e familiare per riconoscere tutela a tutti i soggetti che di esso sono protagonisti. Ne risultano concetti di "famiglia" e "vita familiare" fluidi, attenti alle diverse situazioni che si presentano nella realtà sociale.

Nella giurisprudenza della Corte EDU la famiglia, par di capire, è quella che la vita ha dato a ciascuno e non quella che il legislatore stabilisce una volta per tutte. Di questo approccio si ritrovano molteplici esempi, si pensi soltanto ai casi *Wagner c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007, *Negrepontis c. Grecia*, 3 maggio 2011, e *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010, in tema di adozione, *Menneson c. Francia e Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, in tema di maternità per sostituzione. Sono state richiamate, in particolare, le sentenze della Corte EDU del 26 giugno 2014 rese nei casi *Menneson e Labassee* contro Francia (ricorsi n. 65192 del 2011 e n. 65941 del 2011), sul rifiuto di riconoscere, in Francia, rapporti genitoriali stabiliti all'estero tra minori nati da maternità surrogata e le coppie che vi avevano fatto ricorso. La Corte di Strasburgo ha ravvisato nell'omessa trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, la lesione del superiore interesse del bambino nato da surrogazione di maternità, per violazione dell'art. 8 della CEDU, con

riferimento al diritto del minore al rispetto della propria vita privata e alla tutela della sua identità personale. Ad analoghe conclusioni sarebbe inizialmente pervenuta la Corte EDU, relativamente ad un caso di maternità surrogata caratterizzato dall'assenza di legame biologico del minore con i genitori intenzionali. Con la sentenza del 27 gennaio 2015, resa nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia (ricorso n. 25358 del 2012), la Corte di Strasburgo ha affermato il carattere recessivo delle esigenze di ordine pubblico rispetto alla necessaria salvaguardia del superiore interesse del minore, ravvisando nel caso concreto la violazione, ex art. 8 della CEDU, del suo diritto alla vita privata e familiare, in ragione del provvedimento di allontanamento dalla famiglia di origine. Nello specifico, la Corte di Strasburgo ha precisato che, quando sono in gioco aspetti importanti dell'esistenza o dell'identità dei minori, *«il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»*. In questo modo avrebbe svincolato la nozione giuridica di 'vita familiare' dall'indefettibilità del legame genetico, ritenendola altresì comprensiva delle relazioni di fatto, ancorché costituite illegalmente secondo l'ordinamento nazionale, fra genitori d'intenzione e il minore, e la cui tutela corrisponde al preminente interesse di quest'ultimo. Sebbene la sentenza del 24 gennaio 2017 della Grande Camera, che ha riesaminato la pronuncia del 27 gennaio 2015, sia da essa difforme, avendo escluso che le misure adottate dalle autorità italiane – che avevano disposto l'allontanamento del minore dalla coppia ricorrente e il suo collocamento presso altro nucleo familiare – abbiano integrato una violazione dell'art. 8 CEDU, non ne smentisce, tuttavia, il principio di fondo, confermando la necessità di salvaguardare e dare concretezza al superiore interesse del minore attraverso una valutazione individualizzata, avente ad oggetto le circostanze del caso concreto, che garantisca un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco. La rilevanza dei rapporti familiari di fatto viene confermata, sia pur con alcune precisazioni intese a mettere in chiaro le circostanze (l'assenza di discendenza genetica tra il bambino e la coppia, l'esiguo periodo di tempo trascorso insieme) idonee a testimoniare l'insussistenza di una vita familiare "di fatto" tra il bambino e i genitori (Corte EDU, G.C., *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017). Non la semplice mancanza di legame biologico è ostativa all'applicazione dell'art. 8 CEDU, ma l'assenza di una relazione familiare di fatto, tenuto conto della sua durata e della qualità della relazione.

Questa nozione ampia di famiglia e di vita familiare si riscontra anche nella sentenza della Corte EDU del 27 aprile 2010, resa nel caso Moretti e Benedetti contro Italia (ricorso n. 16318 del 2007, presentato da una coppia coniugata di nazionalità italiana, cui era stata temporaneamente affidata per un periodo di cinque mesi – di fatto prolungatosi sino a dicembre del 2005 – una neonata abbandonata dalla madre tossicodipendente subito dopo la nascita, avvenuta nel maggio del 2004), precisa i limiti e il contenuto di tale tutela. In risposta alla coppia ricorrente, Moretti e Benedetti, che deduceva la violazione dell'art. 8 CEDU per l'illegittima ingerenza nella loro vita privata e familiare dovuta ad un'erronea applicazione della legge e delle norme procedurali, essendo stata dichiarata l'adottabilità della bambina prima che le competenti autorità si fossero pronunziate sulla tempestiva domanda di adozione – più volte reiterata – dei ricorrenti, la Corte di Strasburgo ha rammentato che l'art. 8 della Convenzione EDU non assegna un diritto alla creazione di una famiglia, né tanto meno riconosce un diritto all'adozione dei minori abbandonati, ma si limita a tutelare la vita familiare esistente. *«L'esistenza di una 'vita familiare' ai sensi dell'art. 8 CEDU non si limita però ai rapporti fondati sul matrimonio e sulla filiazione legittima ma può comprendere altre relazioni familiari de facto, purché – oltre all'effetto generico – sussistano altri indici di stabilità, attuale o potenziale, quale potrebbe essere quello di filiazione naturale o di un affidamento pre-adoitivo. Da questo punto di vista, la determinazione del carattere familiare delle relazioni di fatto deve tener conto di un certo numero di elementi, quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino»*. Nel caso di specie la Corte, considerato il forte legame stabilitosi tra i ricorrenti e la bambina – i quali hanno vissuto, per un tempo più che apprezzabile (diciannove mesi), assieme alla minore le tappe più importanti della prima fase della vita di lei, inserendola nella scolarità infantile e addirittura

coinvolgendola in un viaggio – ha osservato che «*nelle cause che riguardano la vita familiare, il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il bambino e il genitore che non vive con lui. In effetti, la rottura del contatto con un bambino molto piccolo può portare ad una sempre maggiore alterazione della sua relazione con il genitore*». Così, pur ribadendo che non è suo compito quello di sostituirsi alle autorità nazionali competenti nella valutazione delle misure che avrebbero dovuto essere adottate, ha riconosciuto che l'inosservanza da parte del Tribunale della legge in materia di affidamento ed adozione e le lacune verificatesi durante lo svolgimento della procedura di allontanamento ed inserimento nel nuovo contesto familiare, hanno avuto un impatto diretto sul diritto alla vita familiare degli interessati. La Corte EDU ha giudicato riprovevole il fatto che il Tribunale non abbia esaminato la domanda di adozione presentata dai ricorrenti prima di dichiarare la bambina adottabile. Conseguentemente, ha ritenuto violato l'obbligo positivo dello Stato di assicurare il rispetto effettivo del diritto sancito dall'articolo 8 della Convenzione, sul presupposto che anche le relazioni familiari di fatto, nonostante l'assenza di un rapporto giuridico di parentela, rientrino nella nozione di vita familiare, ai sensi della citata disposizione, e siano passibili di tutela, in quanto occorre guardare alla qualità delle relazioni e al tempo in cui si siano protrate.

L'interesse del minore si declina, inoltre nel suo diritto alla continuità e certezza dello stato acquisito. Se ne ha riscontro, nel diritto interno, nella disciplina dei termini per l'esercizio delle azioni di disconoscimento e impugnativa del riconoscimento le quali, imprescrittibili riguardo al figlio, incontrano poi un termine "tombale" di cinque anni se esercitate dal genitore (artt. 244, c. 4, art. 263, c. 3). E si consideri anche in che misura il diritto alla certezza e continuità dello *status* sia stato posto a fondamento delle pronunce delle Corti europee sul diritto alla conservazione del cognome acquisito nello Stato di origine (Corte di Giustizia UE 2 ottobre 2003, n. C-148/02 Garcia Avello c. Belgio; Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) 14 ottobre 2008, n. C-353/06 Grunkin-Paul c. Germania). La recente legge di riforma dell'affidamento familiare (l. n. 173/2015) intende tutelare le relazioni affettive esistenti nell'ambito di rapporti familiari di fatto. L'esistenza di una vita familiare, anche se non biologicamente fondata, può dunque da un lato impedire la contestazione dello stato giuridico di filiazione, dall'altro favorirne la costituzione, garantendo al bambino quella continuità e stabilità nelle relazioni familiari e nello *status* che corrispondono ad un suo fondamentale interesse.

Tra i principi fondamentali va poi annoverato quello di non discriminazione in ragione delle circostanze della nascita (art. 3 Cost., art. 21 Carta di Nizza). Il fatto di essere generato e cresciuto nell'ambito di una famiglia omogenitoriale non può costituire motivo di minor tutela del figlio il quale, fin dalla nascita è tutelato come persona con pienezza di diritti.

Se dunque, come bene è stato messo in luce dai relatori, la tutela del preminente interesse del minore costituisce principio fondamentale di ordine pubblico interno ed internazionale, l'interrogativo che resta da affrontare – fa notare la professoressa Ferrando – è quello se esso non possa venire limitato nel bilanciamento con altri principi e valori presenti nell'ordinamento, come sostenuto, in questa sede, dalla dott. Francesca Ceroni, o se invece non si debba riconoscere, come argomentato dal prof. Francesco Bilotta, che in questo campo il legislatore ha un margine di discrezionalità limitato. La dottrina e la giurisprudenza hanno opportunamente evidenziato come il principio del preminente interesse del minore, sebbene sul piano assiologico rivesta un rilievo costituzionale primario e, dunque senz'altro, sovraordinato rispetto ai valori, eventualmente confliggenti, espressi dalla legislazione nazionale ordinaria, debba essere, tuttavia, soggetto a bilanciamento necessario con altri principi e valori costituzionalmente protetti, con i quali si trovi in rapporto di reciproca integrazione, allo scopo di assicurare una tutela unitaria e non frammentata di tutti gli interessi fondamentali in gioco.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 18 dicembre 2017 – cui hanno fatto riferimento anche il professor Bilotta e la professoressa Campiglio, e richiamata sul punto dalla professoressa Ferrando –, affida al giudice proprio il compito di effettuare, in concreto, in occasione delle azioni relative allo *status*, una valutazione che garantisca l'effettiva realizzazione dell'interesse del

minore, destinatario del provvedimento, rilevando detto interesse non solo, *in itinere*, nello svolgimento del rapporto familiare, ma a monte, anche al momento della costituzione dello *status*.

Il riconoscimento di una famiglia con genitori dello stesso sesso, si sostiene, potrebbe essere contrario al paradigma eterosessuale per cui genitori sono un padre e una madre; potrebbe inoltre contrastare con al divieto, penalmente sanzionato, di gestazione per altri.

La circostanza che i genitori riguardo ai quali si chiede il riconoscimento dello stato costituito all'estero siano due uomini ivi coniugati che, secondo la legge del luogo, hanno generato i figli mediante gestazione per altri non dovrebbe – osserva la professoressa Ferrando - costituire ostacolo all'accoglimento della domanda. A fronte di una legislazione nazionale contraria alla genitorialità omosessuale (la l. n. 76/2016 esclude l'applicazione alle unioni civili delle norme del codice relative alla filiazione e della legge sull'adozione che fanno riferimento ai coniugi; la l. n. 40/2004 riserva la procreazione assistita a coppie di sesso diverso), nelle aule dei nostri tribunali, negli ultimi anni, si è sviluppata una giurisprudenza tesa al riconoscimento giuridico del vincolo genitoriale instauratosi fra le coppie costituite da persone del medesimo sesso e i loro figli nati all'estero, e che in tal modo finisce con l'ampliare le maglie della genitorialità per includervi le nuove forme di parentela che si producono nella contemporaneità a seguito delle grandi trasformazioni verificatesi nella cultura riproduttiva. In merito, la relatrice ha ricordato come si tratti di una giurisprudenza che si propone di garantire l'effettività delle relazioni familiari dei bambini ed evitare la perdita dell'identità familiare legittimamente acquisita all'estero. L'omosessualità dei genitori non dovrebbe essere d'ostacolo. Si tratterebbe, altrimenti, di una discriminazione ingiustificata, che la S.C. anche in altra occasione ha avuto modo di stigmatizzare, in quanto appoggiata su argomenti “alla base dei quali non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale” ed in forza dei quali “si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino” (Cass. n. 601/2013). Se dunque anche le coppie di donne o di uomini possono essere buoni genitori, capaci di dare affetto cura e sostegno ai propri figli, la garanzia giuridica che deriva ai bambini dal riconoscimento formale dello *status* non può essere negata senza ledere il principio di eguaglianza e non discriminazione. In questa prospettiva non si può non menzionare la recentissima pronuncia della Corte di Giustizia Europea, (Corte di giustizia, 5 giugno 2018, C-673/2016) la quale, sia pur ai soli fini del riconoscimento di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato non UE, stabilisce l'obbligo per gli Stati di riconoscere il matrimonio omosessuale, essendo per il diritto dell'unione la nozione di “coniuge” neutra dal punto di vista del genere.

Si obietta, poi, che alle coppie dello stesso sesso è vietato accedere alle tecniche di PMA e che il ricorso alla maternità surrogata è penalmente sanzionato dalla l. n. 40. Il fatto che la legge italiana punisca “con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro “chiunque in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità” (art.12, comma 6, L. n. 40/2004) esprime una forte condanna della pratica che corrisponde ad un sentire sociale diffuso. Se però si riflette su questi problemi con mente sgombra da pregiudizi, si può osservare che le principali ragioni su cui il divieto si fonda consistono nel rifiuto di ogni forma di sfruttamento e di commercializzazione del corpo della donna, in contrasto con la sua dignità, ragioni che hanno un fondamento costituzionale in diritto interno (artt.2, 3, Cost.) ed europeo (art.3 Carta di Nizza, art. 21 Convenzione di Oviedo, sui Diritti dell'uomo nei confronti della biomedicina, 4 aprile 1997), cosicché si è escluso che analogo fondamento possa rinvenirsi nel divieto di gestazione per altri sorretta da intenti solidaristici, compiuta, senza scopi di lucro, per rendere possibile la realizzazione dell'altrui diritto alla genitorialità, pratica ammessa in alcuni Stati, come il Regno Unito o il Canada. Ed è proprio nelle esigenze di tutela della dignità della donna rispetto alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, che si individua un fondamento adeguato al bilanciamento del sacrificio che il divieto di surrogazione impone ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti (il rispetto della sfera privata, dell'autodeterminazione nel campo della procreazione), escludendo il dubbio sulla

costituzionalità del divieto stesso. La condanna della maternità per sostituzione, tuttavia, non deve ripercuotersi sullo *status* giuridico del figlio. Non si devono, in altri termini, confondere i due piani, quello della valutazione etica e del trattamento giuridico della maternità per sostituzione intesa come pratica posta in essere dagli adulti per realizzare l'aspirazione (propria o altrui) di essere genitori, e quello della condizione giuridica del figlio nato da gravidanza per altri. Non si può invocare la sanzione penale prevista per il comportamento degli adulti per rifiutare protezione al bambino. Il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora non può essere subordinata all'esigenza di condannare la condotta dei genitori.

A sentire la professoressa Ferrando, le conseguenze derivanti dalla violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabili unicamente agli adulti che abbiano fatto ricorso alla pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato, il quale ha un diritto fondamentale, meritevole di tutela, alla conservazione dello *status filiationis*, legittimamente acquisito all'estero nei confronti dei genitori, e alla continuità dei rapporti affettivi. Il diritto dovrebbe partire dal riconoscimento dei diritti dei bambini, svincolandoli dal modo in cui quest'ultimi siano venuti al mondo. Anche per quanto riguarda il ricorso ad una tecnica di PMA vietata e sanzionata penalmente dalla legge italiana si deve escludere che questa circostanza abbia un peso prevalente rispetto al diritto dei minori alla continuità dello stato. E questo sia perché la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita va considerata non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia (v. Corte cost. n. 162/2014). Sia, soprattutto, perché le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato il quale ha il diritto fondamentale, che deve essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero.

Secondo la professoressa Ferrando, questo parrebbe essere l'argomento fondamentale: i bambini, in quanto nati, sono persone con pienezza di diritti la cui tutela non può essere subordinata all'esigenza di reprimere comportamenti altrui che l'ordinamento, in un dato momento, ritiene riprovevoli e meritevoli di sanzione.

Il riconoscimento del provvedimento giudiziale straniero che attribuisce la paternità al compagno del padre biologico - partecipe di un comune progetto di genitorialità - intende dunque attuare i diritti dei bambini all'identità e allo *status* che costituiscono gli autentici principi di ordine pubblico in questa materia.

Ha osservato ancora la professoressa Ferrando, ricollegandosi a quanto già affermato dalla professoressa Campiglio, che l'interesse del minore alla salvaguardia del proprio legame con la famiglia d'origine potrebbe, in ipotesi, essere preservato mediante il ricorso allo strumento di cui all'art. 44, lett. d), della Legge n. 184 del 1983: l'adozione in casi particolari, ovvero un istituto radicato sul consenso fra le parti interessate, che senza cesura alcuna dei rapporti con la famiglia d'origine, assegna al bambino un '*terzo genitore*', che si affianca a quelli biologici senza sostituirli, e crea uno *status* personale fra adottante e adottato. Tuttavia, ciò che è dato rilevare con riferimento alla genitorialità sociale nelle adozioni, è che relativamente alla specifica materia di cui si sta discorrendo, non si tratta di assegnare al minore un altro (o meglio, un terzo) genitore. A ciò si aggiunga l'ulteriore argomento per cui la tutela, offerta mediante tale istituto – attese le peculiarità proprie dell'adozione in casi particolari – è del tutto aleatoria, dipendendo dalla libera iniziativa del genitore sociale, ed essendo subordinata al consenso dell'altro genitore. Si tratta, dunque, di un'esperienza di genitorialità di carattere eccezionale, alla quale può essere riconosciuta, sicuramente, una dimensione valoriale, ma che costituisce pur sempre una tutela parziale, in quanto non protegge il bambino sin dalla sua nascita, ma lo espone a tutti quelli che sono i rischi e le incertezze che possono sorgere dalla sua nascita sino al provvedimento di adozione (potrebbero verificarsi, ad esempio, ripensamenti, o la morte dell'adottante, ecc.).



In sintesi, tutti questi elementi – la letteratura sulle famiglie eterosessuali, l’assunzione di una definizione della famiglia centrata su aspetti etici ed antropologici, l’evoluzione delle tecnologie riproduttive e l’approdo verso le pratiche di PMA, in particolare quelle eterologhe, l’accoglimento positivo delle istanze di riconoscimento della genitorialità e della filiazione da parte di coppie costituite da persone dello stesso sesso, il benessere dei figli cresciuti in famiglie omo-affettive, il principio di non discriminazione, non solo di coloro che intrattengano una relazione omosessuale, ma anche del bambino che risulti figlio di genitori del medesimo sesso, il preminente interesse del minore, il principio della bigenitorialità, ha concluso la professoressa Ferrando, costituiscono lo scenario di legittimazione sociale e la base di produzione degli immaginari giuridici entro cui dovrà muovere il giudizio delle Sezioni Unite, e che dovrà condurre il giudice di legittimità a riflettere, fornendo risposte, sull’effettivo valore da conferire al principio dell’ordine pubblico, alla luce di tutti gli aspetti soppesati in questa sede.