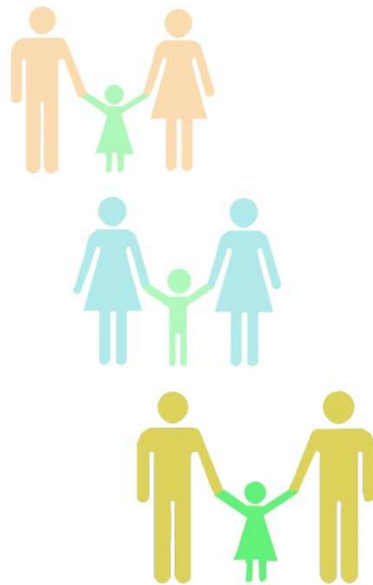




Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione

QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE
ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE
Genitori dello stesso sesso:
interesse del minore e ordine pubblico
nel riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero



ROMA, MERCOLEDÌ 13 GIUGNO 2018
Corte Suprema di Cassazione

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

Incontro di Roma del 13 giugno 2018 sul tema

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

L'oggetto di questo mio intervento riguarda due aspetti sui quali si è basata la prima sez. cass. nella sentenza 19599/2016 per giustificare l'attribuzione di efficacia a una decisione straniera in tema di doppia paternità. Questi aspetti sono ripresi nell'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite del 18 gennaio 2018. Mi riferisco a quello della tutela della *continuità* del regime giuridico esistente all'estero e a quello che nega ogni rilievo a norme interne, sia pure aventi carattere inderogabile, a fungere da limite di o.p. a motivo del loro rango di norme ordinarie e le esporrebbe ad essere (agevolmente?) modificate da norme successive dello stesso rango (argomento della *discrezionalità*).

Non v'è dubbio che il riferimento alla *continuità* del regime giuridico di situazioni sorte all'estero ha un certo effetto in quanto, tradizionalmente, insieme all'*uniformità* di regolamentazione nello spazio delle situazioni, è indicata tra gli obiettivi del diritto internazionale privato.

Se questo è vero sul piano teorico, sul piano concreto le cose vanno diversamente, almeno per quanto concerne l'individuazione delle leggi che devono regolare le situazioni e i rapporti che, con terminologia alquanto approssimativa, vengono definiti "con elementi estraneità". Le soluzioni adottate al riguardo prescindono del tutto da questa finalità. Si basano, infatti, su scelte del tutto soggettive operate dal legislatore che nulla hanno a che fare con la continuità ma che, dal suo punto di vista, rappresentano la "migliore" soluzione praticabile. La competenza è attribuita così a una data legge in base a circostanze (criteri di collegamento) che il legislatore ritiene, in piena autonomia, determinanti.

Risulta in tal modo che, per le situazioni personali e i rapporti familiari, la competenza sia attribuita alla legge nazionale delle persone o quella del loro domicilio e che, per i vari rapporti familiari, la competenza sia data alla legge nazionale di uno dei soggetti (ad es. del figlio in luogo del genitore, dell'adottato invece dell'adottante e, un tempo, del marito piuttosto che della moglie nei rapporti personali e patrimoniali tra coniugi) senza che rilevi in alcun modo la posizione del diritto straniero che si va ad applicare il quale potrebbe anche non condividere questo "favore" che gli viene tributato. Quale continuità possa essere conseguita in questo modo è tutto da dimostrare!

Invero, per rimediare a questo inconveniente, la legge 218/95 ha introdotto (in maniera alquanto maldestra) la disposizione sul *rinvio* grazie alla quale la legge indicata sarà applicata se concorda sulla propria competenza. Tant'è che, se così non fosse, il giudice italiano dovrà applicare la legge che l'ordinamento straniero indica come competente (fosse anche la legge italiana), nelle due versioni del *rinvio oltre* e del *rinvio indietro*. A parte la limitata operatività di questo meccanismo, resta il vizio di partenza determinato dalla prima indicazione che è fornita in piena autonomia dal legislatore italiano, sicché la possibilità di conseguire una continuità e/o uniformità di trattamento nello spazio di una certa situazione resta aleatoria.

Su queste premesse, la *continuità* di regolamentazione è considerata in dottrina nient'altro che un *fine tendenziale* del diritto internazionale privato.

Alla fine del percorso che porta il giudice it. a individuare il diritto straniero da applicare resta da valutare la sua compatibilità coi i valori irrinunciabili dell'ordinamento it (limite dell'o.p.) (art. 16 l. 218/95).

Le cose vanno un po' meglio in sede di riconoscimento delle sentenze straniere. In questa materia il legislatore it. da sempre si è mostrato aperto e disposto a riconoscere quanto deciso da un giudice straniero, senza entrare nel merito delle soluzioni adottate. Non ha mai preteso, ad esempio, che il

giudice straniero dovesse aver deciso in base alla legge che avrebbe applicato il giudice italiano se la questione fosse stata portata al suo esame. Salvo quanto disposto da regole speciali (convenzioni internazionali o regolamenti dell'UE), nelle regole comuni che si occupano del tema, il legislatore si limita a richiedere che il giudice che ha pronunciato la sentenza risulti competente a pronunciarsi secondo i criteri sulla competenza giurisdizionale stabiliti dal diritto italiano e che siano stati rispettati i diritti di difesa. In tal modo se non si parla espressamente di continuità, in pratica è ad essa che ci si ispira. Solo su un punto, la legge sul trattamento delle sentenze straniere pone una questione di merito: laddove richiede che le disposizioni della sentenza non producano effetti contrari all'o.p. (art. 64, lett. g della l. 218/95).

Alla luce di tutto questo, si può tranquillamente affermare che anche nel trattamento delle sentenze straniera, dove l'apertura verso i valori giuridici stranieri è sensibilmente più marcata, la continuità non costituisce un valore assoluto e che può essere conseguita solo se compatibile con i valori interni. In altri termini, vengono prima i valori interni e poi tutte le altre esigenze.

Passando a considerare i limiti invalicabili a difesa dei quali l'ord. it. si chiude impedendo l'applicazione di leggi straniere in contrasto con essi (art. 16 l. 218/95) o il riconoscimento di sentenze straniere (art. 64 l. 218/95) e tralasciando, per brevità, tutte le concezioni elaborate intorno ad essi, per quello che qui interessa si deve escludere che essi siano costituiti unicamente dai valori supremi fissati nella costituzione e dai diritti fondamentali (tenendo conto dell'apporto che al riguardo può essere dato da fonti internazionali e sovranazionali e dalla prassi delle relative corti) e che non possano svolgere alcun ruolo le interne inderogabili, di applicazione necessaria etc aventi rango di legge ordinaria. L'idea che le statuizioni contenute in leggi ordinarie non possano assolvere a questa funzione, in quanto per loro natura modificabili ad opera di norme successive di stesso rango (argomento della *discrezionalità*) non ha senso. Fino a quando sono in vigore le leggi vanno osservate e l'obiezione che esse restano subordinate alle regole internazionali che hanno rango di fonti interposte ex art. 117 cost. di fatto non rileva in quanto, nel campo che interessa, generalmente le stesse norme internazionali- sovranazionali fanno salva l'applicazione delle disposizioni interne aventi il carattere della necessità e/o inderogabilità.

Non di rado avviene che le norme inderogabili o di applicazione necessaria si occupino proprio del trattamento da usare a situazioni e rapporti sorti all'estero come nel caso di matrimoni tra cittadini italiani dello stesso sesso che in base alla legge vanno trattati come unioni civili (art. 32 bis della l. 218/95 introdotto dal d. leg.vo del 19 gennaio 2017, n. 7) o nel caso delle adozioni straniere interessanti cittadini che subiscono una manipolazione – trasformazione in forza della quale sono trattate come adozioni italiane ¹. Il rango di norme ordinarie (frutto, quindi, della discrezionalità del legislatore) non sminuisce in alcun modo la loro valenza. Lo stesso dicasi per le disposizioni sull'unicità della filiazione che, secondo l'art. 33, n. 4 della l. 218/95, sono di applicazione necessaria e non consentono regimi giuridici differenziati (previsti da altri ordinamenti).

Problemi di questo tipo si sono posti in passato a proposito dell'impossibilità di riconoscimento del figlio naturale da parte di ordinamenti di ispirazione islamica. A questa impossibilità, ritenuta inammissibile, si è sopperito applicando la legge italiana (cass. 28 dicembre 2006, n. 27592).

Il problema che investe queste norme riguarda semmai la determinazione della loro portata che resta compito del giudice risolvere. Il divieto di trascrizione in Italia del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso vale solo per i cittadini o anche per gli stranieri? E, così via.

¹ L'art. 32 n. 3 della l. 184/83, riscritto dalla l. 476 del 1998 afferma " 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 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 dall'accertamento della portata di tale disposizione e cioè se essa è stata pensata e voluta solo per i cittadini it. (o, al limite, per le successioni aperte in Italia) o se debba valere anche per le successioni di stranieri aperte all'estero che sono sottoposti alla valutazione di altre leggi. La rilevanza del divieto non dipende dal rango della disposizione ma dalla sua portata. Lo stesso dicasi per il testamento congiunto vietato dall'art. 589 c.c. Questa valutazione poteva valere un tempo per il divieto di donazione tra coniugi.

Non può essere messo in discussione, quindi, che, nel rispetto della loro portata, le norme interne inderogabili o di applicazione necessaria possono impedire il riconoscimento di valori giuridici stranieri e contribuire a determinare l'operatività dell'o.p.

Un'ultima considerazione riguarda il preminente interesse (o benessere) del minore che viene utilizzato per giustificare la continuità del regime giuridico. Al riguardo mi limito a sottolineare che l'interesse del minore va attentamente valutato in base a tutte le circostanze del caso e alla luce di tutte le implicazioni possibili. Non basta dire, come affermato da qualcuno, che avere un secondo padre comporta un obiettivo vantaggio per il minore non solo da un punto di vista affettivo (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!) quanto anche da un punto di vista successorio. Questa affermazione mi fa pensare a una pubblicità di qualche anno fa che affermava che *two* è meglio di *one* e alla reazione che avrebbe avuto Giobbe Covatta -mi sia consentita questa digressione- il quale avrebbe commentato dicendo più o meno: "che botta di fortuna ha avuto quel minore. Non tutti sono così fortunati come lui da avere due padri!"

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 viene 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, fa lo stesso) e lo sforzo al quale deve fare ricorso per non essere emarginato e per giustificare questa sua "fortunata anomalia". 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.

Prof. Emilio Pagano