

La trascrizione dei certificati di nascita
fra sindaci, giudici e Sezioni unite:
dieci brevi contributi
per un dibattito attuale

8

Geremia Casaburi

Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova
genitorialità, tutela del minore, *en attendant* le SS.UU. del 6
novembre 2018

Riflessioni estemporanee su azioni di stato, nuova genitorialità, tutela del minore, en attendant le SS.UU. del 6 novembre 2018

GEREMIA CASABURI

1. *Premessa*

Quando Marco Gattuso mi ha chiesto un contributo – uno dei dieci previsti – sulle delicatissime questioni di cui Cass. 4382/18¹ ha investito le SS.UU. (l'udienza è ormai prossima: il 6 novembre) sono rimasto, lo riconosco, perplesso; beninteso, sono sempre onorato di poter collaborare ad *Articolo29*.

Tuttavia, nello stesso tempo, ho dubitato, e francamente ancora dubito, dell'utilità di un mio intervento.

Ciò sia perché vi è stato, in questi mesi, un vero e proprio accanimento, per così dire, pregiudiziaro, come riscontrato dalle riviste giuridiche specialistiche o meno (si tratta di argomenti, certo, "alla moda"), sicché ben poco di interessante potrei aggiungere (in primo luogo ai contributi già pubblicati su queste colonne virtuali), sia perché io stesso sono già ampiamente intervenuto in materia, sulle secolari colonne – queste anche cartacee – del *Foro Italiano*.

Aggiungo, inoltre, che – nonostante una ventina circa di note a provvedimenti e di osservazioni di più largo respiro – sono tuttora molto incerto su alcuni dei profili di maggior peso su cui si dovranno pronunciare le SS.UU.

Nonostante tali perplessità, offro ai lettori – altamente specializzati, ne sono consapevole – le riflessioni che seguono, volutamente redatte in termini discorsivi (evitando al massimo citazioni, specie dottrinali, salvo, nepotisticamente, quelle ai miei lavori) e asistematici.

¹Cfr. il mio commento in *Foro It.*, 2018, I, 782. Il provvedimento di merito impugnato è App. Trento ord. 23 febbraio 2017, *ivi*, 2017, I, 1034, che aveva appunto escluso il contrasto con l'ordine pubblico, quale delineato da Cass., sez. I civ., sent. n. 19599/16, del provvedimento giudiziario straniero (canadese) che aveva disposto la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali avevano acquisito così lo *status* di figli di due uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità.

Né intendo affrontare, non certo con pretesa di compiutezza, tutti i quesiti che la prima sezione civile ha rimesso alle SS.UU., e che sono meglio esposti (meglio rispetto a Cass. 4382/18) nel contributo di V. Barba a questo “decalogo” di *Articolo29*.

2. Sulla remissione alle SS.UU.

Una prima perplessità, piuttosto, concerne proprio la necessità/opportunità della remissione alle SS.UU. (ve ne è ampio riscontro nel contributo di M. Dogliotti).

Ha colpito anche me il diverso trattamento riservato, dalla prima sezione civile della Cassazione, competente in materia di diritti delle persone e di famiglia, alla questione della doppia genitorialità omosessuale rispetto a quella – di fatto di maggiore impatto operativo- dell’assegno divorzile.

La vicenda è ormai notissima, per non dire famigerata; in estrema sintesi, Cass. 11504/2017 aveva enunciato un nuovo criterio per la determinazione dell’assegno divorzile, ex art. 5 l. 898/1970.

Tanto però in contrasto con un diverso orientamento espresso dalle SS.UU., certo nel lontano 1990, ma osservato graniticamente, o quasi, dalla giurisprudenza successiva, e avallato ancora di recente dalla Consulta. Da qui la violazione, plateale, del pur discutibile (ma vigente), dell’art. 373 c.p.c., secondo cui se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Ebbene la prima sezione civile, evidentemente ritenendo che la questione dell’assegno divorzile non potesse esserle sottratta, forse per l’altissima competenza in materia dei suoi componenti², ha reiteratamente rifiutato – pur a fronte della espresa richiesta del Procuratore generale di udienza – la remissione alle sezioni unite, con argomentazioni speciose, per non dire imbarazzanti, come evidenziato da insigni processualcivili, degne certo di miglior causa (e che, purtroppo, si riscontrano nello scritto di Dogliotti; in effetti è almeno audace ritenere che la disposizione su richiamata abbia natura solo ordinamentale; né si comprende, francamente, in che senso si tratti di

² Nella realtà, tuttavia, la prima sezione civile della Cassazione è una sezione generalista, con un ambito di competenza per materia amplissimo, in quanto non è mai stata introdotta una stabile specializzazione interna; da qui – non di rado, quanto al diritto di famiglia e delle persone – provvedimenti superficiali, denotanti uno scarso approfondimento delle questioni, e contrasti inconsapevoli. Cfr. il mio *Quandoque bonus dormitat Homerus*. Per una specializzazione dei procedimenti di famiglia in cassazione, in *Foro it.*, 2017, I, 1205. A titolo di esempio, per un recente contrasto inconsapevole (e con riferimento a materia di grandissimo peso, la ricorribilità in Cassazione dei provvedimenti *de potestate*) cfr. Cass. 10 luglio 2018, n. 18149, *ivi*, 2018, I, 2716; del tutto superficiale (quanto ad un istituto cruciale, la responsabilità genitoriale in relazione all’adozione in casi particolari ex art. 44 l. 184/83), a tutto voler concedere, appare poi Cass. 16 luglio 2018, n. 18827, *ivi*, I, 2661.

disposizione che pone solo un onere e non un obbligo di remissione alle SS.UU.).

Tale rifiuto, poi, ed è veramente paradossale, è stato ribadito da alcune pronunce anche allorché la remissione alle SS.UU. era stata in realtà già disposta, con atto pietoso, dal Presidente aggiunto della Cassazione, in forza dell'art. 372, cpv e 376 cpv, c.p.c. (trattandosi di questione di massima di particolare importanza).

D'altronde, ancora alla vigilia della decisione delle SS.UU., sono state pubblicate ordinanze (in genere della sesta sezione civile, la cd. sezione filtro, che si occupa dei ricorsi seriali) che hanno ribadito (in un caso addirittura decidendo nel merito) i principi espressi da Cass. 11504/17 (la c.d. sentenza Lamorgese, dall'estensore che l'ha amorevolmente difesa in ogni sede), clamorosamente smentiti, infine, da Cass. SS.UU. 18287/18³.

Vicenda chiusa, dunque; resta però l'amara constatazione che la Suprema Corte, *superiorem non recognoscens*, si è sentita libera di violare disposizioni – pur inevitabilmente non rafforzate da sanzione processuale – alla cui osservanza è comunque tenuta; si è trattato di un pessimo precedente, diseducativo anche per i giudici di merito.

Ben diversa, evidentemente, la vicenda della trascrivibilità dell'atto di nascita indicante una doppia genitorialità omosessuale.

In realtà la questione della remissione alle SS.UU. si era già posta – vi era stata anzi una espressa richiesta del Procuratore generale di udienza, trattandosi di una questione di massima di particolare importanza – per il ricorso deciso da Cass. 19599/16⁴.

Quest'ultima poté affermare – credo correttamente dal punto di vista strettamente giuridico – che la decisione sulla remissione o meno alle SS.UU. rientrava nella discrezionalità della sezione semplice, comunque investita della nomofilachia, ex art. 65 ord. giud.

Negli stessi termini si era d'altronde espressa la di poco precedente sent. n. 12962/16, pronuncia "gemella" ma non omozigote, in quanto relativa al tema, certo meno innovativa, dell'adottabilità ex art. 44, lett d) l. 184/1983, del figlio del partner (omosessuale).

Fatto sta, comunque, che i principi espressi da Cass. 19599/16 erano stati ribaditi da Cass. 14987/17⁵ e – addirittura dopo la remissione alle SS.UU. – da Cass. 14007/2018⁶.

³ Per una ricostruzione della discutibile condotta della prima sezione civile (nonché della sesta: ma i magistrati componenti sono i medesimi) successivamente alla sentenza Lamorgese, cfr. il mio commento a Cass. 18287/18, in Foro it., 2018, I, 2671.

⁴ Cfr. il mio ampio commento, *ivi*, 2016, I, 3329.

⁵ Cfr. il mio commento, *ivi*, 2017, I, 2280.

⁶ Cfr. il mio commento, *ivi*, 2018, I, 2717.

La remissione, come detto disposta da Cass. 4382/18, quindi, ha francamente sorpreso, e non solo per il contrasto stridente con quanto avvenuto per l'assegno divorzile.

Certo, non può revocarsi in dubbio che le questioni sottoposte alle SS.UU. siano di particolare importanza; vi è però il dato obiettivo che, ormai, si era formato un assetto giurisprudenziale di legittimità coerente (fondato, è vero, su poche pronunce, cui però vanno aggiunte quelle più generali in tema di omogenitorialità), e non in contrasto – come si dirà – con quello desumibile dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale (in primo luogo della Corte di Strasburgo), oltre che con quello espresso dalla giurisprudenza di merito.

Una pronuncia delle SS.UU., allora, specie se dissonante rispetto a tale assetto, rischia di ingessare, almeno in Cassazione (atteso l'art. 373, 3° comma c.p.c., cit.), l'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, con ovvie ripercussioni ancora per la giurisprudenza di merito.

Per altro verso la parola della S.C., sia pure espressa dal suo più alto Consesso (e meno specialistico in ragione della sua stessa funzione: ed è profilo che pure francamente preoccupa) non sarà, sia pure “allo stato degli atti” quella definitiva.

Sono attese, infatti, almeno due pronunce della Corte Costituzionale, in ambiti almeno in parte coincidenti con quelli su cui si pronunceranno le SS.UU.⁷.

In definitiva l'intervento di queste ultime rischia di essere, se non regressivo, ben poco nomofilattico; oltretutto, qualora le SS.UU. dovessero decidere difformemente dalla prima sezione, quest'ultima ne risulterebbe gravemente delegittimata (attese le resistenze di cui si è detto), con ulteriore offuscamento della già martoriata funzione nomofilattica già richiamata.

Il dubbio, oltretutto, è che, ad essere di particolare importanza, qui non è la questione giuridica, ma quella etica- ideologica che certo vi è sottesa (ma che non è scrutinabile dai giudici): da qui anche il dubbio di preconcetti, e di prevenzioni, che poco hanno a che vedere con il dato normativo.

Detto questo, tuttavia, e certo col senno del poi, deve rilevarsi che Cass. 19599/16, pur se per taluni versi apprezzabile, è stata una pronuncia affrettata, garibaldina: sarebbe forse stata più opportuna, a questo punto, una immediata remissione alle SS.UU. (l'estensore, peraltro, è il medesimo della – sicuramente deprecabile – Cass. 11504/17 sull'assegno divorzile, come accennato affossata dalle SS.UU.).

⁷ Il riferimento è agli incidenti di costituzionalità sollevati da Trib. Pordenone, ord. 2 luglio 2018 e, in termini francamente almeno opachi, da Trib. Pisa 15 marzo 2018, rispettivamente ivi, I, 2883 e 1778, cfr. *infra* nel testo.

3. *L'inesistente difetto di giurisdizione*

Tra le questioni per le quali Cass. 4018/18 sollecita l'intervento delle SS.UU. ve ne è una in apparenza marginale ma che, se fosse fondata, avrebbe ricadute dirompenti: l'esistenza stessa, in materia, di un potere giurisdizionale, "in difetto di una norma e men che mai di una sua non consentita interpretazione "convenzionalmente orientata" (neppure sostenibile in base alla stessa giurisprudenza Cedu), contenuta nel provvedimento impugnato e data dalla corte a qua, che avrebbe — in tal modo — superato il limite della propria giurisdizione, incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale per invasione alla sfera delle attribuzioni del legislatore".

La prima sezione civile, neppure tanto tra le righe, insinua che Cass. 19599/16 (e pronunce conformi, comprese ovviamente quelle di merito) sia incorsa in un errore gravissimo, per il quale è addirittura prevista la responsabilità disciplinare dei magistrati (art. 2, 1° comma, lett ff) d.lgs 109/06).

Oltretutto, trattandosi di questione di giurisdizione sicuramente nuova, la remissione alle SS.UU. sarebbe stata doverosa, e non più facoltativa, ai sensi dell'art. 374, 1° comma c.p.c.: il giudizio su Cass. 19599/16, allora, pur se non esplicitato, è impietoso.

Il quesito in oggetto, peraltro sommariamente motivato, è in definitiva avvelenato, e sembra semmai esprimere un sicuro disagio all'interno della sezione (che però si riflette – e va almeno segnalato – anche all'esterno, coinvolgendo interessi generali che trascendono quelli meramente corporativi, per quanto legittimi).

Credo allora sia indispensabile affermare, anche per assicurare la serenità del dibattito sulle altre questioni, di ben altro spessore, che la questione della giurisdizione (nel senso, addirittura, del difetto assoluto) è palesemente infondata.

La Cassazione ha qui fatta propria, del tutto inopportuna, una accusa che la classe politica è solita muovere all'autorità giudiziaria, quando questa adotta decisioni ritenute scomode: quella della invasione di campo, della sfera riservata al legislatore.

Gli esempi, con ricadute giurisprudenziali, sono purtroppo innumerevoli.

È ancora vivissimo il ricordo (anche in ragione di recentissime ricadute giurisprudenziali, che pure vedono coinvolta la Corte Costituzionale) della tragica vicenda processuale di Eluana Englaro.

L'interruzione della alimentazione e idratazione artificiale, avallata da Cass. 23676/2008 e App. Milano 9 luglio 2008, provocò un conflitto di attribuzione, per invasione dell'area riservata al legislatore (con uso distorto

della funzione giurisdizionale) dichiarato inammissibile, per carenza del requisito oggettivo, da Corte Cost. 334/2008⁸.

Quest'ultima, in particolare, affermò (ma si tratta di giurisprudenza costante, e ribadita anche successivamente) "che per costante giurisprudenza di questa corte, l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste "solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali" (ordinanza n. 359 del 1999, Foro It., 2000, I, 1080...); che la medesima giurisprudenza afferma che un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione "non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici" (ordinanza n. 359 del 1999); che, peraltro, questa corte non rileva la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare".

L'invasione di campo, in definitiva, è ipotesi di scuola.

V'è di più.

La Cassazione si è pronunciata a sezioni unite, di recente, e con riferimento ad una vicenda estranea, certo, a quella su cui dovrà ora pronunciarsi, ma comunque "parallela" (a mo' di invitato di pietra), vale a dire quella della trascrivibilità dei matrimoni omosessuali contratti all'estero.

Cass. 16959/18⁹ (nonché le gemelle 16957 e 16958) ha infatti cassato le assurde sentenze del Consiglio di Stato (peraltro superate da successive pronunce di Palazzo Spada) che avevano confermato la legittimità sia della circolare Alfano che del provvedimento prefettizio che, in attuazione della prima, ha annullato la trascrizione nei registri di stato civile degli atti di matrimonio contratti all'estero da persone dello stesso sesso, sul presupposto della sussistenza di un potere gerarchico al riguardo del prefetto, ma anche della invalidità, e anzi della inesistenza, di quei matrimoni.

La Cassazione, di contro, ha ribadito che la controversia sulla validità, e quindi il riconoscimento dei matrimoni in questione, in quanto attiene allo

⁸Cfr i miei commenti a tutti tali provvedimenti, *ivi*, 2009, 35. La questione della interruzione dei trattamenti salvavita è ora risolta, ma non del tutto, dalla l. 219/2017.

⁹ Cfr. il mio commento, *ivi*, 2018, I, 2717.

stato delle persone, spetta alla giurisdizione ordinaria e non a quella amministrativa.

Nello stesso tempo, però, le SS.UU. hanno ribadito che il giudice amministrativo si era limitato ad interpretare (pur scorrettamente) le norme scrutinate, senza incorrere nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale, invadendo le attribuzioni del legislatore.

Ritengo, in definitiva, che tale soluzione sia pressoché obbligata anche quanto alla trascrizione dell'atto di nascita, su cui tra breve si pronunceranno le SS.UU., quale che sia la nozione di ordine pubblico internazionale che pure sarà espressa.

Da questo punto di vista, pertanto, la remissione appare del tutto superflua.

4. Le questioni processuali: la legittimazione del Pg e del Ministero dell'interno

Vi sono, certo, i quesiti processuali; le SS.UU. dovranno decidere, in particolare (come da me sintetizzato nella massima a Cass. 4382/18) circa: "a) la legittimazione del sindaco, quale ufficiale di stato civile, e del ministro dell'interno ad essere parti del procedimento ex art. 67 l. 218/95, per conseguire l'accertamento del riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giudiziario straniero; b) la legittimazione del p.m., almeno quando si verta in tema di ordine pubblico, a ricorrere in cassazione avverso il relativo provvedimento (nella specie, la statuizione impugnata ha riconosciuto l'efficacia in Italia, escludendone il contrasto con l'ordine pubblico, quale delineato da Cass. 19599/16, del provvedimento giudiziario straniero che ha disposto la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito così lo status di figli di due uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità)".

Non intendo appesantire ulteriormente queste note, sicché mi limiterò a brevi accenni in tema (che, francamente, mi appassiona poco); oltretutto mi sembra di grande peso il contributo, su queste colonne, di Cardaci.

Ciò però non perché si tratti di questioni irrilevanti: al contrario, e a rigore, le questioni di legittimazione ad impugnare sono serissime, e potenzialmente dirimenti.

Ritengo, però, che le SS.UU. non perderanno l'occasione (salvo, forse, che in caso di spaccatura netta del Collegio) per una decisione nel merito, sulla questione centrale dell'ordine pubblico: un esame anche superficiale della giurisprudenza evidenzia che quel Consesso non ha esitato ad enunciare principi, anche di grande rilevanza, sostanzialmente a livello di obiter, con riferimento a ricorsi di dubbia ammissibilità (vi è, d'altronde, la possibilità di

una pronuncia ex art. 363 c.p.c., l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge).

La stessa pronuncia sui danni punitivi, di cui si dirà, più correttamente si prestava ad una pronuncia solo in rito.

D'altro canto, molto difficilmente le SS.UU. giungeranno a negare, in un ambito tanto delicato, l'impugnabilità (compresa poi quella in Cassazione) dei provvedimenti favorevoli alle parti private, anche a costo di forzare il dato normativo.

Intendo allora formulare qualche breve riflessione sulla questione della legittimazione all'impugnazione.

Il primo a ricorrere in ordine di tempo avverso il richiamato decreto della Corte d'appello di Trento è stato il PG presso quella Corte.

Questi è sicuramente parte del giudizio, fin dal primo grado, anzi parte necessaria, ai sensi dell'art. 70, 1° comma, n. 3 c.p.c.; ciò però non ne comporta ipso iure la legittimazione ad impugnare che, di contro, dovrebbe formarsi (questa almeno l'opinione ormai prevalente, su fattispecie normative tipiche): non è allora sufficiente il generico riferimento, da parte dell'art. 67 l. 218/95, a "chiunque vi abbia interesse", essenzialmente ordinamentale, ancorché processuale, l'art. 73 cpv Ord. giud. (che concerne, semmai, i doveri del Pm).

Fatto sta, comunque, che Cass. 4382/18 tende palesemente ad ammettere – ed è dato cruciale – la legittimazione attiva, alla proposizione del ricorso in Cassazione, del pubblico ministero, quando si verte di ordine pubblico (alla stregua però dei fragili riferimenti normativi su richiamati, in particolare dell'ultimo).

Si tratta di un clamoroso pur implicito *revirement*, in consapevole contrasto con l'orientamento fino ad ora manifestato dalla giurisprudenza di legittimità e delle stesse SS.UU.; da qui la chiara presa di distanza anche dalla fondamentale Cass. 27145/08¹⁰ (che, giungendo a conclusioni opposte circa la legittimazione del Pm, dichiarò inammissibile il ricorso avverso il già richiamato provvedimento della Corte d'appello di Milano di autorizzazione al tutore di Eluana Englaro – ancora lei – interdetta e in stato vegetativo da anni, ad interrompere i trattamenti che la tenevano in vita).

Quella dell'ordinanza di remissione è però una scelta poco meditata, e comunque poco argomentata, che rischia di riaprire antiche ferite (non sono del tutto sopite le polemiche che accompagnarono il caso Englaro; ora, a oltre dieci anni di distanza, la medesima Cassazione mostra di ritenere che, forse, i provvedimenti allora adottati, in sede di legittimità come di merito, erano viziati).

Vi è poi la questione della legittimazione del Ministero dell'interno ma anche del Sindaco, quale ufficiale di governo.

¹⁰ Cfr. il mio commento, *ivi*, 2009, I, 35.

Nel caso di specie la Corte d'appello di Trento aveva negato la legittimazione del Ministero, mentre il Sindaco non aveva partecipato al giudizio (il che pure è fonte di criticità).

Si è però replicato, specie in dottrina (ma con riscontri giurisprudenziali), che il Ministro è sicuramente titolare del potere, per così dire, di supervisione della corretta tenuta dei registri di stato civile (art. 9 ord. stato civile, d.p.r. 396/2000), il che lo espone anche a responsabilità civile; da qui un suo interesse giuridicamente rilevante a spiegare intervento almeno volontario nei relativi giudizi (che però, se qualificato adesivo dipendente, non sembra legittimarlo alla impugnazione ma semmai, nel caso di specie, a intervenire adesivamente nel giudizio promosso dal PG).

La legittimazione del Ministero potrebbe forse discendere, da quella del Sindaco quale ufficiale di governo, portatore di interesse, proprio ai sensi dell'art. 67 l. 218/95 cit.¹¹.

Si tratta, in definitiva, e come accennato, di profili di grande peso: ma l'attenzione, credo anche delle SS.UU., è e sarà inevitabilmente incentrata sui quesiti, centrali, dell'ordine pubblico, come già segnalato.

5. *Per un diritto di famiglia a misura d'uomo*

La prendo alla lontana.

Domenico Peretti Griva – nome oggi forse sconosciuto ai più – è stato un grande giurista e magistrato, in servizio fino agli anni cinquanta; coraggiosamente antifascista durante il regime e gli anni ancora più bui di Salò, tutelò gli ebrei sotto la vigenza delle infami leggi razziali, dandone una lettura consapevolmente, per quanto possibile, abrogante.

Qui però lo ricordo perché, come primo presidente della Corte d'appello di Torino, alla fine degli anni quaranta, fu promotore di un orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile la trascrizione delle sentenze straniere di divorzio, escludendone il contrasto con l'ordine pubblico, alla stregua dell'allora vigente (e anzi di ancora recente formulazione) art. 797, 1° comma lett. 7) c.p.c.

Tanto allorché il divorzio, in Italia, non esisteva, e neppure poteva ragionevolmente prevedersi quella che sarebbe stata la l. 898/70 (nella vigenza poi dell'art. 34 del Concordato lateranense, "costituzionalizzato", a quanto si riteneva, dall'art. 7 Cost.).

Si tratta di provvedimenti attentamente motivati in diritto (certo, alla stregua dell'assetto ordinamentale allora esistente).

¹¹ Così almeno Cass. 14007/2018 che però richiama, in una sorta di circolarità autoreferenziale, proprio Cass. 7482/18; peraltro Cass. 11696/18, ivi, 2018, I, 1948, con mio commento, in un caso di trascrizione di atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha escluso che il sindaco, quale ufficiale di governo, sia parte necessaria: ma si tratta di un procedimento promosso ex art. 95 ord. Stato civile.

Qui però mi preme ricordare la giustificazione di fondo data a quei provvedimenti dallo stesso Peretti Griva, nel suo volume di memorie¹², nel corpo di un capitolo significativamente intitolato *Il senso umano nelle vertenze matrimoniali*: “sovrano è il magistrato nell’esercizio del suo altissimo mandato, purché non violi l’unica autorità cui è vincolato, la legge. Ma è l’interpretazione di questa che gli è consentita e che deve ispirarsi a criteri umani, e non a elucubrazioni metafisiche”.

E ancora, a fronte di un cittadino italiano che aveva sposato una americana, ormai divorziata (poi risposata e nuovamente divorziata) nel suo Paese, ma ancora sposato secondo la legge italiana (operante, di fatto, solo nei suoi confronti): “l’unica soluzione imposta dall’elementare buon senso, non poteva consistere, per il giudice italiano, che nel prendere atto del sopravvenuto atto giuridico che aveva sciolto dal vincolo matrimoniale la mogli”.

Questo è tanto più vero in tema di delibazione di provvedimenti stranieri, in quanto un isolamento nazionalistico del nostro Paese “mal si concilierebbe con lo spirito internazionalistico che si sta intensificando man mano vanno attenuandosi i male intesi egoismi nazionali” (Peretti Griva scriveva a pochi anni di distanza dalla seconda guerra mondiale).

Quell’orientamento, ispirato a umanità e buon senso nell’interpretazione della legge, fu poi – è vero – disatteso dalla Cassazione e, ostacolato dallo stesso legislatore che introdusse, nel 1950, il tuttora vigente art. 72, 2° comma c.p.c., legittimando il Pm a proporre impugnazioni contro le sentenze relative a cause matrimoniali; si parlò, al riguardo, di legge “anti Peretti Griva”, il quale serenamente osservò che vi era stata la “pressione politico-dogmatica di una contingente maggioranza”.

Fatto sta che anche quell’orientamento è alla base, certo oltre venti anni dopo, dell’introduzione del divorzio in Italia.

L’istituto della delibazione, d’altronde, è da sempre lo strumento che consente di introdurre, nel nostro Paese, istituti non ancora esistenti, o addirittura vietati (è il caso, ad es., dei danni punitivi).

La lezione di Peretti Griva è, a mio avviso, ancora viva e attuale.

Le leggi, specie quando incidono sulla vita stessa delle persone, vanno interpretate secondo umanità.

In tal senso, in termini più strettamente giuridici, va valutato il principio, centrale quanto pervasivo, della tutela del superiore interesse del minore, con riferimento alla questione, che qui viene in particolare rilievo, dell’ordine pubblico internazionale.

¹² R. Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato*, Einaudi, 1956, specie pag. 153 ss, ovviamente non più ristampato ma abbastanza agevolmente reperibile nel mercato librario.

6. *L'interesse del minore e il diritto della filiazione*

Cass. 4382/18, certo, chiede alle SS.UU. di decidere circa la conformità con l'ordine pubblico “del provvedimento giudiziario straniero che ha disposto la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito così lo status di figli di due uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità”, atteso che la nozione di ordine pubblico, fatta propria da Cass. 19599/16 (e quindi dal provvedimento impugnato della Corte d'appello di Trento), “non appare in linea con quella espressa da Cass., sez. un., 16601/17”.

Le riflessioni che seguono procedono però in termini inversi: non dall'ordine pubblico internazionale ma, in una prospettiva di diritto interno, dalla (esigenza di) tutela del minore, di quel minore, quel bambino, cui il provvedimento giudiziario straniero (ma potrebbe anche essere un atto di nascita).

Da qui appunto il richiamo al principio di tutela del superiore interesse del minore (e, prima ancora, lo si è visto, all'interpretazione secondo umanità), rispetto al quale è recessiva, in linea di tendenza almeno, la posizione dei genitori¹³.

Certo, lo stesso interesse del minore è concetto, prima ancora che istituto, pericolosamente indeterminato; ma l'argomento è tale che, per essere ben compreso, è indispensabile muovere da considerazioni di carattere più generale.

L'interesse del minore va però declinato in una accezione specifica: con riferimento all'acquisizione e alla conservazione di uno *status*.

Inevitabile, allora, è il riferimento alla ancora recente novellazione della filiazione, ad opera della l. n. 219/12 e del d. lgs. n. 154/13.

È frequente l'affermazione che (per ragioni che qui non interessano) il principale limite all'unificazione dello stato di figlio (di cui pure al nuovo, isticato art. 315 c.c.) sta nel perdurare di divaricazioni (e forse discriminazioni) ancien régime circa le modalità di attribuzione/acquisizione dello status e di

¹³ D'altronde il diritto di famiglia, è stato osservato, è sempre più in primo luogo il diritto della filiazione ormai unificato (tendenzialmente, almeno) dalla novellazione del 2012-2013, specularmente all'affermarsi di una pluralità di modelli familiari (famiglia matrimoniale, convivenze etero ed omosessuali “contrattualizzate” o meno; appunto unioni civili; ma anche, in chiave sociologico-antropologica, famiglie ricomposte, unipersonali, poliamorose ...); oltretutto, mentre il diritto della filiazione è largamente retto da principî pubblicistici, il rapporto tra i partner è sempre più privatizzato (ma si consideri in senso contrario la recente disciplina delle unioni civili).

Cfr. il mio “Grande è la confusione sotto il cielo”: *genitorialità affettiva, biologica, genetica, sociale; incertezze o fluidità della giurisprudenza*, Foro It., 2017, I, 167.

formazione del relativo titolo, da un lato, e, specularmente, di rimozione di tale status¹⁴.

Di contro ritengo che il vero limite della novellazione (forse inevitabile: e qui hanno operato ostacoli culturali prima ancora che di carattere politico), sta in questo, che essa non ha colto, se non marginalmente (ma comunque con spunti di notevole interesse, e suscettibili di sviluppo), le profonde innovazioni che scienza, tecnologia, ma anche e soprattutto la coscienza sociale hanno apportato – nel silenzio della legge, o anche fuori dalla legge – alla nozione stessa di genitorialità.

Il riferimento – va anticipato – è (l'enumerazione è meramente esemplificativa e disomogenea) alle varie forme di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti: pma), alla surrogazione di maternità (che costituisce – pur con profili negoziali – una espressione della prima), alle varie forme di genitorialità solo affettiva¹⁵, a quella sociale/intenzionale (legale da adozione, certo, ma anche di mero fatto); *last but not least* tale nuova prospettiva ricomprende anche l'omogenitorialità, maschile o femminile che sia.

D'altro canto, nonostante la novella, o forse proprio in ragione di quest'ultima, le azioni di stato, almeno nella loro configurazione tradizionale,

¹⁴Infatti, per i figli nati nel matrimonio (già legittimi) il titolo di *status* si forma d'ufficio, *de iure* con la denuncia di nascita, e quindi con la formazione dell'atto relativo (salva la facoltà tradizionale della madre – anche coniugata – di non essere nominata, ora cfr. art. 30 d.p.r. 396/00), operando poi solo per essi l'istituto fondamentale della presunzione di paternità, art. 231-232 c.c.

Per i figli nati fuori dal matrimonio (come già per quelli naturali) occorrerà invece un atto volontario, il riconoscimento, o un accertamento giudiziario (la cui promozione è comunque rimessa ad una scelta di parte).

Quanto alla rimozione, permane la differenziazione (benché i due istituti siano stati avvicinati: si pensi proprio all'imprescrittibilità dell'azione per il solo figlio) tra l'azione di disconoscimento della paternità/maternità, di cui all'art. 243 c.c., e quella di impugnazione per difetto di veridicità, di cui all'art. 263 c.c.; l'"accesso" alla prima – concernente i figli nati nel matrimonio – è tuttora più disagiata di quella alla seconda, che invece riguarda i figli nati fuori dal matrimonio (e qui forse, gattopardescamente, rivive la formalmente soppressa distinzione tra figli legittimi e naturali).

¹⁵ La genitorialità solo affettiva è quella che si instaura tra la madre che si avvalsa della facoltà di non essere indicata nell'atto di nascita, ex art. 30 d.p.r. 396/2000, e che – successivamente – a seguito di interpello del figlio, ormai maggiorenne, revoca la dichiarazione iniziale; si costituisce allora non un nuovo *status*, ma sicuramente un rapporto familiare del tutto inedito: tra madre e figlio non si ripristina alcun rapporto giuridicamente rilevante (salvi i divieti matrimoniali), cfr. art. 27 l. adozioni, cit.; tuttavia viene a configurarsi una genitorialità appunto affettiva, non presa in considerazione della legge, ma evidentemente riconosciuta meritevole di tutela (d'altronde, nella prassi, non è infrequente la conservazione di rapporti, non necessariamente da valutare negativamente, tra il minore dato in adozione e la famiglia d'origine, specie se al momento del distacco da questa il primo non era più in tenera età, e ne ha quindi serbato memoria).

Tanto a seguito di Corte Cost. 273/13, cfr. il mio commento, ivi, 2014, I, 3, che non ha esitato – pur nella consapevolezza delle lacune della legislazione vigente – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 l. 184/83, aprendo così le porte ad una ricostruzione solo giurisprudenziale dell'interpello, giustificata dalla perdurante inerzia del legislatore. D'altronde un diritto, se esiste, e riconosciuto come tale addirittura dalla Corte Costituzionale, deve essere esercitato, cfr. in termini Cass. SS.UU. 25 gennaio 2017, n. 1946, cfr. il mio commento, ivi, 2017, I, 477; sostanzialmente in termini, per quanto qui interessa, Cass. 20 marzo 2018, n. 6963, ivi, 2018, I, 1134.

Davvero residuale, infine, la filiazione incestuosa, o quel che ne resta dopo i colpi prima della Consulta, dopo della novellazione, cfr. art. 251 e 278 nuovo testo c.c.; resta però, da un lato, che gli ultimi figli incestuosi sono ormai davvero i paria del nostro ordinamento, dall'altro, che la necessità dell'autorizzazione giudiziale al riconoscimento o all'azione anche per i figli maggiorenni costituisce ormai un assurdo corpo estraneo, di più che dubbia legittimità costituzionale, espressione di un disagio, ma anche di un paternalismo autoritario, ormai fuori tempo massimo.

sono in crisi, e richiederebbero una ulteriore riscrittura, non solo giurisprudenziale.

Gli esempi sono molteplici.

Il punto di rottura, rispetto all'assetto tradizionale, che evidenzia però la necessità di un profondo ripensamento della materia (giurisprudenziale, se non legislativo), è dato dalla vicenda – anteriore alla novellazione – del c.d. riconoscimento di compiacenza, effettuato da chi era ben consapevole, allorché l'ha effettuato, di non essere il genitore biologico. Costui, però, ben poteva far venire meno gli effetti di quel riconoscimento, esercitando l'azione ex art. 263 c.c., anche a lunga distanza di tempo dal riconoscimento (il che comporta, oltretutto, la prescrizione del reato ex art. 567 c.p.).

La giurisprudenza di legittimità, che peraltro non si pronuncia da tempo sulla questione specifica, ha sempre ritenuto ammissibile l'esercizio di una tale azione, salvo il diritto del figlio al risarcimento dei danni (Cass. 5886/91, Foro it., 1992, I, 449).

Nella giurisprudenza di merito – specie a fronte di vicende obiettivamente scandalose – si è però formato un indirizzo che esclude l'ammissibilità dell'impugnazione per difetto di veridicità, ex art. 263 c.c., proposta da chi ha proceduto al riconoscimento in mala fede, richiamandosi, in primo luogo, il principio di autoreponsabilità, alla stregua del quale non si può *venire contra factum proprium*, ed i valori sottesi all'art. 30 Cost.: la verità biologica non prevale necessariamente sull'interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito; per altro verso, ci si richiama anche al diritto del figlio alla conservazione di un'identità personale ormai acquisita e che la scelta unilaterale del genitore che ha proceduto al riconoscimento di compiacenza, comunque per libera scelta, non può più mettere in discussione¹⁶.

La novellazione, introducendo rigorosi termini di decadenza per l'impugnazione in oggetto, ha ridimensionato, ma non risolto, la questione, che quindi resta, almeno a livello di giurisprudenza di legittimità, aperta.

7. Il nuovo assetto delle azioni di stato

La crisi delle azioni di stato, o piuttosto la loro evoluzione genetica e funzionale, ha una causa più profonda, che può però rappresentarne anche la soluzione: l'irruzione, in esse, della valutazione del superiore interesse del minore, che può ormai condizionare – al di là del dato biologico- l'accoglimento o il rigetto della domanda, quale che sia.

¹⁶ Cfr., in ultimo, Trib. Napoli 11 aprile 2013, *ivi*, 2013, I, 2040, e, per altro verso, Trib. Firenze 30 luglio 2015, *ivi*, 2015, I, 3113, entrambe con mie osservazioni.

L'interesse del minore, in altri termini, è il grimaldello utilizzato dalla giurisprudenza, come pure dal legislatore, per adeguare (o anche forzare) gli istituti tradizionali alle nuove esigenze e ai nuovi valori.

I riferimenti giurisprudenziali sono molteplici (le colonne del *Foro italiano* ospitano i principali assetti di legittimità al riguardo); qui – per ovvie ragioni di concisione – mi limito a quello, allo stato “finale”, rappresentato da Corte Cost. 272/17¹⁷: “È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, in riferimento agli art. 2, 3, 30, 31 cost. e, in relazione all'art. 8 Cedu, all'art. 117 cost.” (in motivazione, la corte rileva che nelle azioni di stato, compresa quella in oggetto, in caso di divergenza tra identità biologico-genetica e identità legale, il giudice è chiamato ad un bilanciamento degli interessi in gioco, anche a tutela di quello dei minori alla conservazione dello stato acquisito).

È definitivamente confermato che l'interesse del minore (irreversibilmente già dopo la richiamata novellazione del 2012-2013) ha assunto un peso decisivo anche nell'ambito delle azioni di stato, in particolare per quella di disconoscimento come per l'impugnativa ex art. 263 c.c. (e di converso per l'accertamento giudiziale di paternità e maternità), confliggendo così con il c.d. *favor veritatis* (cui pure, le nuove disposizioni, specie in tema di disconoscimento, danno ampio spazio), prendendo quasi il posto, ed il ruolo, del *favor legitimitatis*.

Si tratta di esito cui poteva ormai pervenirsi anche in via interpretativa, ed infatti Corte cost. 272/17 ha avuto facile gioco a rigettare l'incidente di costituzionalità accuratamente prospettato dalla Corte d'appello di Milano¹⁸, attraverso un'accurata ricostruzione dei riferimenti normativi, anche sovranazionali, e giurisprudenziali.

In particolare, quanto al diritto interno, la Consulta ha richiamato la stessa l. 40/04, pur (nel testo originario) reativa, in particolare la preclusione all'esercizio, da parte del partner maschile, delle azioni di rimozione della paternità, allorché egli abbia consentito alla p.m.a. eterologa (pur vietata, fino a Corte cost. 162/14, di cui si dirà¹⁹); si tratta del tema affrontato da Cass. 30294/17, in rassegna.

In ogni caso Corte cost. 272/17 ha sancito con chiarezza, molto opportunamente, che, ai fini dell'accoglimento dell'azione ex art. 263 c.c., non è sufficiente, di per sé, l'accertamento dell'insussistenza del dato biologico-genetico (quindi del rapporto genitoriale), accertamento che – vale la pena

¹⁷Cfr. il mio commento, *ivi*, 2018, I, 5.

¹⁸ App. Milano 25 luglio 2016, cfr il mio commento in *Foro it.*, 2016, I, 3258.

¹⁹ Di rilievo in tema Cass. 18 dicembre 2017, n. 30294, cfr. il mio commento, *Foro it.*, 2018, I, 6

ricordare — non necessariamente deve fondarsi su una c.t.u. genetica, considerato che neppure è più richiesta la prova della assoluta impossibilità del concepimento²⁰.

Il giudice è infatti chiamato ad una valutazione comparativa — ad un bilanciamento — degli interessi in gioco, come per le altre azioni di stato; in particolare, dovrà anche valutare la corrispondenza della rimozione di quello stato, pur non conforme al vero, all'interesse del figlio, se minore, che potrà conservare lo status acquisito, con conseguente soccombenza del *favor veritatis*²¹.

8 a. La filiazione “biologica”: il principio di verità.

La realtà, però, è ancora più complessa, e “più avanti” rispetto a legislatore e giudici: il diritto d'altronde, come la nottola di Minerva secondo il mito caro ad Hegel, si alza in volo al crepuscolo, vale a dire interviene quando i fenomeni si sono già manifestati.

È sufficiente, al riguardo, richiamare un caso, ormai celeberrimo, e non ancora definito.

Due coppie, senza alcun legame, hanno fatto ricorso alla p.m.a. omologa, presso la stessa struttura, l'ospedale Pertini di Roma: per entrambe le coppie sono stati prodotti degli embrioni che, per un mero e fatale errore umano, sono stati scambiati, nel senso che alla prima donna sono stati trasferiti gli embrioni riferibili all'altra coppia, e viceversa.

²⁰ Cass. 14 dicembre 2017, n. 30122, ibivi, I, 6.

²¹ Pertanto può affermarsi, a maggior ragione in forza di Corte cost. 272/17, che l'impugnativa non potrà essere accolta, e anzi, l'azione non dovrebbe essere neppure proposta (non designandosi il curatore speciale), allorché l'accertamento della verità biologico-genetica corrisponda solo ad un astratto *favor veritatis*, in quanto in concreto nessuno, tantomeno il minore, ha interesse alla rimozione dello status acquisito. Ciò accade allorquando il minore è inserito in una famiglia idonea, e i genitori “legali” si considerano e si comportano da genitori affettivi e sociali, ed infatti si oppongono strenuamente all'accoglimento dell'azione.

Ovviamente anche il mero decorso del tempo comporta una stabilizzazione del legame, sicché la rimozione della genitorialità giuridica (anche quando non comporta l'allontanamento del minore) si risolve solo in un'assurda e destabilizzante sanzione per tutti i soggetti interessati, figlio compreso. Ciò è tanto più vero allorché la rimozione dello stato espone il minore ad un destino incerto (adozione compresa; ma si pensi alla possibilità di riconoscimento da parte di un genitore biologico inidoneo), privandolo di quelle che sono le sue figure di riferimento.

Opportunamente la Corte costituzionale richiama l'esigenza di tutelare l'identità che il minore ha ormai acquisito, quale che sia la verità sulle sue origini. È significativo, al riguardo, proprio il caso di specie, di cui all'ordinanza di rimessione; il minore è collocato, ormai da anni, in una famiglia sicuramente idonea, che se ne prende cura; il padre anagrafico ne è sicuramente anche il genitore biologico. L'accoglimento dell'impugnativa nei confronti della sola donna — fino ad ora madre anagrafica (ma sicuramente non biologica) — purtroppo disposta in primo grado, non ha alcun significato, né utilità. Il minore, oltretutto, continuerà a vivere in quella famiglia — l'unica che ha — e tratterà sempre quella donna come fosse sua madre (e ne sarà trattato come figlio); dalla rimozione della maternità giuridica, in definitiva, potranno conseguire solo difficoltà burocratiche e danni economici (si pensi ai profili successori), non senza ricadute, in futuro, sul suo equilibrio identitario.

Fatalità ha voluto che in un caso l'esito sia stato negativo, nell'altro positivo, sicché sono nati due gemelli, figli, geneticamente, dell'altra coppia, ma, legalmente, della donna che li aveva partoriti e del marito. In sostanza, una pratica di p.m.a. omologa si è risolta — solo in termini descrittivi, e del tutto inconsapevolmente — in eterologa, al limite in una maternità surrogata (ancora vietata dall'art. 9 l. 40/04).

Da qui l'azione, in sede cautelare *ante causam*, e quindi di merito, della coppia dei genitori genetici, che hanno chiesto, in estrema sintesi, il riconoscimento del proprio status genitoriale e, quindi, la consegna dei bambini o, almeno, la previsione di un diritto di visita.

Tali iniziative giudiziarie, fino ad ora, hanno sempre avuto esito negativo.

I giudici romani, in ultimo con la sentenza di primo grado, hanno infatti, da un lato, escluso che l'embrione in vitro, privo di personalità giuridica, possa acquisire alcuno stato di filiazione, “connesso alle persone che hanno fornito i gameti, a prescindere dalla gestazione, vale a dire dall'impianto nell'utero, dalla formazione di un feto vitale e, quindi, dalla nascita”; dall'altro, hanno affermato che l'ordinamento dà prevalenza al legame biologico creato dalla gestazione e soprattutto all'inserimento di fatto dei minori in un dato contesto familiare; madre del nato è esclusivamente la donna che lo ha partorito, ex art. 269, 3° comma, c.c., mentre il marito ne è il padre, operando la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c.²².

Tale soluzione è sembrata inappagante alla dottrina giuridica, anche a quella che ha valutato positivamente le statuizioni romane, criticandone però l'iter motivazionale²³.

In effetti, sia la vicenda romana, sia la questione della efficacia in Italia degli atti di nascita stranieri (ormai anche italiani), come dei provvedimenti giudiziari, indicanti due genitori dello stesso sesso- ora all'esame delle SS.UU.-mettono allo scoperto le obiettive difficoltà per i giudici di definire in termini soddisfacenti sotto un profilo giuridico, ma prima ancora umano, fattispecie nuove e di estrema complessità, per quanto di rara o anche eccezionale (quanto al caso dello scambio di embrioni) verifica.

In realtà, è la stessa determinazione del rapporto giuridico di filiazione ad essere divenuta estremamente complessa, in ragione di quell'evoluzione culturale, sociale e scientifico-tecnologica cui ho già accennato, ferma l'unicità del relativo stato, ex art. 315 c.c.

²²Cfr. Trib. Roma 10 maggio 2016, *ivi*, 2016, I, 2925, con mio commento, anche con riferimenti ai precedenti provvedimenti sulla vicenda

²³Cfr. il mio *Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate*, *ivi*, 2018, I, 1810

Deve allora riconoscersi che la rigida applicazione delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale anche alle “nuove modalità” di procreazione è ormai, oltre che inadeguata, giuridicamente scorretta.

È invece possibile configurare una sorta di tripartizione tra genitorialità (*rectius*, di attribuzione dello status) da procreazione naturale, da p.m.a. e da adozione piena (ex l. 184/83, e di cui in questa sede non tratterò).

La prima forma di procreazione, “tradizionale” e più diffusa, è tuttora determinata, essenzialmente, in base al criterio del dato biologico-genetico (con peculiare rilevanza, quindi, della gestazione e del parto), ciò sia con riferimento all'accertamento che alla rimozione; il dato volontaristico è, evidentemente, del tutto marginale²⁴.

La realtà giuridica, beninteso, è più complessa; così la donna, anche coniugata, lo si è accennato, può evitare la formazione dello stato di madre avvalendosi della facoltà di non essere indicata nell'atto di nascita, ex art. 30, 1° comma, d.p.r. 396/00²⁵.

Si è poi detto dell'irruzione, anche nelle azioni di stato (pur strutturate in funzione del *favor veritatis*; ma si è detto dei rigidi termini ormai introdotti per le azioni di rimozione dello status) dell'esigenza di tutela del prevalente interesse del minore, in particolare alla stabilità e alla conservazione dello status acquisito (*favor stabilitatis* e *affectionis*), anche se non corrispondente alla verità biologica²⁶.

Al riguardo ha avuto un ruolo dirimente la giurisprudenza costituzionale; prima ancora di Corte Cost. 272/17 è però fondamentale Corte Cost. 162/2014²⁷.

Tale arresto, che ha fatto cadere il divieto di p.m.a. eterologa, previsto dalla l. 40/04), ha affermato, da un lato, che la scelta di diventare genitori è espressione della libertà di autodeterminazione personale, dall'altro che “il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa”.

Si tratta di affermazioni di enorme portata, a mio avviso determinanti anche nel caso all'esame delle SS.UU.

8 b. *La filiazione da p.m.a. e la genitorialità intenzionale*

²⁴ La paternità si fonda sul fatto biologico della procreazione, sicché è irrilevante la cosciente volontà di procreare dell'uomo: cfr. Cass. 25 settembre 2013, n. 21882, Foro it., 2013, I, 3112; né il padre può pretendere il risarcimento dalla donna, adducendo di essere stato da questa ingannato circa il suo stato di fertilità: cfr. Cass. 5 maggio 2017, n. 10906 e Trib. Torino 24 aprile 2018, *ivi*, 2018, I, 2866.

²⁵ Si è detto che la rimozione da parte della donna, a distanza di anni, dell'anonimato, determina l'insorgere di una genitorialità meramente affettiva tra la stessa e il figlio.

²⁶ Cfr. anche App. Napoli 20 ottobre 2017, *ivi*, 2017, I, 3475, est. Casaburi.

²⁷ Cfr. il mio commento, *ivi*, 2014, I, 2324.

Accanto alla genitorialità naturale, si pone quella da p.m.a., che implica l'intervento di un terzo, il medico, e che può prescindere del tutto dal legame genetico del figlio con la coppia richiedente; la p.m.a. eterologa, infatti, può essere anche doppia, ovvero totale (in quanto sia il gamete maschile che quello femminile sono estranei alla coppia richiedente); vi è quindi un almeno tendenziale disallineamento (come del resto per l'adozione) tra dato genetico e stato di filiazione.

Tale genitorialità è insofferente all'applicazione, come dimostrato dalla "vita reale", riflessa dalla giurisprudenza di merito e non solo, delle disposizioni civilistiche dettate, essenzialmente, per quella naturale²⁸.

Le fondamenta normative (principali pur se non esclusive) della genitorialità da p.m.a. si rinvergono nella l. 40/04, quale "riscritta" e "costituzionalizzata" dalla giurisprudenza, in particolare negli art. 6, 8 e 9, che esprimono ormai (specie dopo Corte cost. 162/14) regole di portata generale per tutte le forme di p.m.a.

Pertanto:

– il nato da p.m.a. (omologa o eterologa che sia) ha lo stato di figlio (quindi quello di figlio nato nel matrimonio o fuori dal matrimonio) "della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime";

– in caso di p.m.a. eterologa (pur vietata nel testo originario della legge) il partner maschile che abbia dato il suo consenso alle pratiche in oggetto non può né disconoscere il figlio (se matrimoniale), né esercitare l'impugnativa per difetto di veridicità (se convivente);

– la madre, dal canto suo, non può avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita: non v'è spazio per il parto anonimo;

– il donatore di gameti non acquisisce nessuna relazione giuridica parentale con il nato, e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi.

Il nato da p.m.a., in definitiva, gode di una tutela, quanto alla stabilità dello stato, maggiore rispetto al nato da procreazione naturale: e tanto si riflette già sul concepito, potenzialmente sullo stesso embrione non impiantato.

L'elemento volontaristico/consensuale – più semplicemente: intenzionale – è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli *status*.

²⁸ Vi è il rischio, altrimenti, di inammissibili confusioni e sovrapposizioni, ben esemplificate, in sede penale, da Trib. Varese 8 ottobre 2014, Foro it., 2015, II, 54, secondo cui nell'ordinamento italiano, ormai, "è divenuto irrilevante il metodo di concepimento della prole, quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità".

Dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una causalità umana; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) si fonda sì sulla verità, ma non su quella biologica: la verità è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale.

A ben vedere, l'individuazione dello status del figlio opera anticipatamente: infatti il consenso della coppia (quindi anche dell'uomo) alle pratiche di p.m.a. diviene irrevocabile²⁹ a partire dalla fecondazione dell'ovulo, quindi dalla formazione dell'ovocita (art. 6, 3° comma, l. cit.).

Successivamente a tale momento la volontà dei componenti della coppia perde rilievo; così può procedersi all'impianto nonostante la morte, nelle more, dell'uomo.

Quello configurato dalla legge è un consenso informato, che costituisce una forma di assunzione consapevole della responsabilità genitoriale (non casualmente l'art. 6, ultimo comma, l. cit. precisa che ai richiedenti devono essere esplicitate con chiarezza le conseguenze giuridiche di cui agli art. 8 e 9); alla base vi è un progetto di genitorialità condivisa, richiamata, infatti, da non poche pronunce giurisprudenziali.

L'assetto della genitorialità/filiazione da p.m.a., quindi, è molto diverso da quello previsto per la genitorialità naturale; le differenze, però, non vanno sopravvalutate.

Si è visto, infatti, che anche per quest'ultima la verità biologica non sempre prevale: il primato spetta, semmai, alla tutela dell'interesse del figlio, con conseguente conservazione anche di status non corrispondenti alla verità biologica-genetica, ma che ormai esprimono l'identità (definitivamente) acquisita dal figlio medesimo; d'altro canto la genitorialità da p.m.a., di fatto, è nella gran parte dei casi anche biologico-genetica (almeno quanto ad uno dei due componenti della coppia; l'eterologa totale, con gameti provenienti da terzi sia sul lato maschile che su quello femminile, è molto rara; d'altronde la giurisprudenza tende a "tollerare" la stessa maternità surrogata allorché almeno uno dei due committenti sia anche genitore biologico).

Da qui, appunto, l'apertura a forme di genitorialità sociale/intenzionale e affettiva (che poi è alla base dell'adozione piena): è qui il *trait d'union*, il fattore unificante in termini di coerenza del sistema, di tutte le forme di procreazione, e della relativa disciplina giuridica.

La giurisprudenza ha mostrato e sempre più ampiamente mostra di recepire tali indicazioni.

²⁹ Resta fermo — il riferimento agli art. 2 e 32 Cost. è scontato — il diritto della donna di rifiutare l'impianto (non essendo certo configurabile una gravidanza, o piuttosto uno "stupro di Stato"). Non a caso la Consulta non si è mai pronunciata sulla questione, pur prospettata più volte, per difetto di rilevanza: cfr. Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, ivi., 2016 I, 1509.

In definitiva, quindi, la volontà negativa della donna è sempre efficace, anche dopo la formazione dell'embrione.

In riferimento è, soprattutto, a Trib. Bologna, 6 luglio 2018:

“Va disposta la rettifica dell’atto di nascita di un bambino, nato da p.m.a. eterologa, nell’ambito di un progetto di genitorialità condivisa da due donne (nella specie civilmente unite), con l’indicazione come genitori sia della madre biologica, che l’ha partorito, sia della partner di quest’ultima, che pure non ha con il nato alcun legame biologico- genetico, con attribuzione, inoltre, del doppio cognome, di entrambe le donne”.

Cfr. anche – pur con riferimento a diversa fattispecie normativa – App. Napoli 4 luglio 2018³⁰:

“L’adozione in casi particolari, di cui all’art. 44, 1° comma, lett. d), l. 184/83, può essere disposta anche in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, concepito a mezzo di procreazione medicalmente assistita in quanto tale statuizione: a) non presuppone una situazione di abbandono dell’adottando, ma solo l’impossibilità, anche di diritto, dell’affidamento preadottivo, sempre che al riguardo sussista in concreto l’interesse del minore, secondo quanto enunciato da Cass. 12962/16 e 9373/18; b) costituisce una forma di tutela minimale e inderogabile del minore stesso, consentendogli l’acquisizione di uno stabile status, pur se occorre al riguardo specifica domanda dell’adottante, e il consenso dell’altro genitore, in quanto il rapporto genitoriale, anche omosessuale, in caso di nascita da p.m.a., nell’ambito di un progetto di genitorialità condivisa, trova fondamento nelle disposizioni della l. 40/2004, e quindi sul consenso irretrattabilmente espresso al riguardo da entrambi i componenti della coppia c) resta fermo che la responsabilità genitoriale, un volta disposta l’adozione, è esercitata sia dal genitore biologico che dall’adottante, alla stregua della generale e inderogabile previsione degli artt. 315 bis ss c.c.”.

Entrambi i provvedimenti (dalle motivazioni sostanzialmente coincidenti) concernono coppie di donne che hanno fatto ricorso, all’estero, a p.m.a. eterologa; la genitorialità è stata riconosciuta ad entrambe, pur se solo una sola di esse è anche madre biologica del bambino³¹.

³⁰ Entrambe ivi, 2018, I, 283, dove è pubblicato anche Trib. Pordenone 2 luglio 2018: “Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 5 e 12, 2°, 9°, 10° comma, l. 40/2004, nella parte in cui, rispettivamente, limitano l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole “coppie ...di sesso diverso” sanzionando chiunque applichi loro tali tecniche, in riferimento agli art. 2, 3, 31, 2° comma, 32, 1° comma, 117 Cost., e, quanto a quest’ultima disposizione, ai parametri interposti degli art. 8 e 12 della convenzione europea dei diritti dell’uomo”. Cfr. anche – in termini con la decisione bolognese – Trib. Pistoia 5 luglio 2018, ampiamente richiamata nella nota di osservazioni ai provvedimenti su richiamati.

Cfr. anche l’ancor più recente App. Perugia 22 agosto 2018, di prossima pubblicazione in Foro It.: “Non è contrario all’ordine pubblico, da valutare con riferimento alla tutela del superiore interesse del minore, e va trascritto nei registri di stato civile, l’atto di nascita formato all’estero (nella specie, in Spagna) di un bambino indicato come figlio di due donne, una delle quali cittadina italiana, nato da una di esse a mezzo di procreazione medicalmente assistita con gameti donati dall’altra.”.

³¹ A differenza che nel caso deciso da App. Torino, 4 dicembre 2014, ivi, 2015, I, 1078: “Va trascritto nei registri di stato civile, perché non contrario all’ordine pubblico, l’atto di nascita formato all’estero (nella specie, in Spagna) di un bambino che viene

In entrambi i casi si tratta di fattispecie di p.m.a. vietate dalla l. 40/2004, che ne riserva l'accesso alle sole coppie eterosessuali.

I due provvedimenti (ormai non isolati) non esitano ad affermare che il principio di tutela del superiore interesse del minore consente di considerare costituito lo *status filiationis* anche nei confronti di una coppia dello stesso sesso che abbia fatto ricorso alla p.m.a., pur in carenza dei requisiti oggettivi e soggettivi fissati dalla l. 40/2004: la violazione di norme interne non può comunque portare alla lesione dei diritti del minore a vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro.

In altri termini, si deve prescindere da ogni valutazione sulla legittimità delle condotte poste in essere dai genitori poiché la scelta degli adulti non può andare a discapito dei minori.

Il provvedimento napoletano, in particolare, come riportato in massima, afferma che – in mancanza di un atto di nascita indicante il minore come figlio di entrambi i componenti della coppia – l'adozione ex art. 44 lett d) l. 184/1983 cit. rappresenta la forma di tutela minimale.

D'altronde, ormai, non mancano Comuni che formano direttamente atti di nascita nel senso "imposto" dal tribunale di Bologna, ovvero che ammettono il riconoscimento, ex art. 262 c.p.c., del figlio del partner³².

Non va trascurato, infine, che – almeno allorché il provvedimento di cui è chiesta la dichiarazione di efficacia proviene da uno Stato dell'UE – di cui ha la cittadinanza uno dei genitori intenzionali – si pone anche la questione di assicurare, a quel minore, la conservazione dello *status* legittimamente acquisito in quel Paese (è qui in gioco un principio fondante dell'Unione, quello della libera circolazione dei cittadini)³³.

indicato come figlio di due donne (nella specie, una cittadina spagnola e l'altra italiana: il bambino era nato a mezzo di procreazione assistita eterologa, da una delle due, con gameti donati dall'altra)".

Si tratta del provvedimento confermato da Cass. 19599/16 cit.

³²Cfr. trib. Torino 11 giugno 2018, ivi, 2018, I, 2884: "Va accolto il ricorso proposto da due donne, una delle quali ha effettuato il riconoscimento del figlio precedentemente nato dall'altra, ed accettato dall'Ufficiale di Stato civile, per conseguire, ai sensi dell'art. 262 c.c., l'attribuzione al minore del cognome delle due genitrici, atteso che tale riconoscimento non è manifestamente illecito o abnorme, in quanto funzionale- e così la misura richiesta - alla tutela dell'interesse del minore".

³³Cfr., con riferimento ad una fattispecie ancor più delicata, quella della efficacia del matrimonio omosessuale, cfr. App. Napoli 8 luglio 2015, cfr. il mio commento, ivi, 2016, I, 297. Il provvedimento richiama anche il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 30, "attuazione della direttiva 2004/38/Ce relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri".

Cfr. più di recente Corte giust. UE 5 giugno 2018, ivi, 2018, IV, 411.

Per altro verso, nella giurisprudenza comunitaria, alla stregua dei principi di non discriminazione, e di libertà di circolazione e di stabilimento, è stato affermato il diritto – per chi si trasferisce in uno Stato membro diverso dal proprio – alla conservazione per i propri figli minori del cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione dello Stato membro di origine, cfr., per riferimenti, Trib. Napoli 19 marzo 2008, ivi, 2008, I, 2322, nonché Corte giust. 12 maggio 2011, causa C-391/09, ivi, Rep. 2013, voce *Unione europea*, n. 797.

9. *La maternità surrogata, dai divieti perentori alla effettiva tutela dei minori.*

Il caso deciso dalla Corte d'appello di Trento concerne però – lo si è detto – un bambino nato da pratiche di maternità surrogata all'estero, dove è consentita, e di cui solo uno dei partner è anche il genitore genetico; si tratta, inoltre, di due uomini.

Così la massima, da me predisposta:

“Non contrasta con l'ordine pubblico, quale delineato da Cass. 19599/16, sicché può esserne riconosciuta l'efficacia in Italia, il provvedimento giudiziario straniero che dispone la rettifica dell'atto di nascita di due bambini, nati da una pratica di maternità surrogata, i quali hanno acquisito così lo status di figli di due uomini, quello già indicato come padre e quello di cui il provvedimento aveva accertato la genitorialità, atteso da un lato che tanto è conforme all'interesse dei minori alla conservazione di una identità ormai legittimamente acquisita all'estero, dall'altro che non è ostativo né il divieto, nel nostro ordinamento, della maternità surrogata, né la mancanza di legami genetici tra i due bambini ed il secondo genitore, rilevando piuttosto la consapevole assunzione, da parte di quest'ultimo, della responsabilità genitoriale”.

Va forse ricordato che non si tratta di un precedente isolato.

Cfr così Trib. Roma 11 maggio 2018³⁴:

“Va trascritto nei registri di stato civile, perché non contrario all'ordine pubblico, e conforme all'interesse del minore, l'atto di nascita formato all'estero (nella specie, negli USA) di un bambino che viene indicato come figlio di due uomini, nato da pratiche di maternità surrogata, nell'ambito di un progetto condiviso di genitorialità (nella specie il Tribunale ha disposto la rettifica dell'atto di nascita, che indicava il bambino come figlio solo di uno dei componenti della coppia, coniugati negli USA)”.

La maternità surrogata (se si preferisce gestazione per altri, g.p.a.), è appena il caso di ricordarlo, è vietata dalla l. 40/2004, all'art. 12, 6° comma, ed è vietata penalmente³⁵.

Le vicende di tale divieto, certo, sono singolari.

Esso, in apparenza appare intangibile.

D'altro canto, la mancata introduzione, nella recente l. n. 76/16, istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, dell'adozione speciale ex art.

³⁴ Ivi, 2018, I, 2884. Si noti che il tribunale per i minorenni di Roma ha ammesso l'adozione ex art. 44, lett d) legge 184/1983 di un minore anche nell'ambito di una coppia omosessuale maschile, vale a dire a favore del partner del padre biologico di un bambino nato all'estero da pratiche di maternità surrogata, cfr. Trib. min. Roma 23 dicembre 2015, in *Articolo29*, confermata (sia pure per ragioni di rito, proprio con riferimento alla legittimazione, negata, del Pg) da App. Roma 23 novembre 2016, Foro It., 2017, I, 309, con mia nota.

³⁵ Cfr. il mio *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell'arte*, ivi, 2016, I, 3274, nonché la voce *Maternità surrogata*, *Il libro del diritto dell'anno 2016*.

44, lett. b), l. n. 184/83 (come previsto dal disegno originario) si spiega proprio con il timore, di una parte delle forze politiche anche di maggioranza, che — in tal modo — si sarebbe finito per legittimare *ex post* pratiche di m.s. poste in essere da coppie omosessuali, anche maschili.

Il divieto di m.s., in una prospettiva di diritto comparato, è tuttora maggioritario su scala planetaria, anche se sempre più numerosi sono i paesi, non solo del terzo mondo, che variamente disciplinano l'istituto.

Da questo punto di vista, quindi, l'ordinamento italiano (che però, come detto, pone addirittura un divieto penale) non è isolato³⁶.

Resta però che da un lato la surrogazione di maternità è pur sempre una forma, certo "estrema", di p.m.a. eterologa, dall'altro che la pronuncia della Consulta è incentrata proprio sull'affermazione dell'autodeterminazione procreativa, quale espressione dell'identità personale (autodeterminazione che è, evidentemente, alla base degli accordi che danno luogo alle pratiche di maternità surrogata).

L'art. 12, 6° comma, d'altronde, è stato rarissimamente applicato dalla giurisprudenza penale: si tratta di reato, di fatto, "depenalizzato", ovvero di configurazione pressoché solo teorica, come confermato dalla stessa Cassazione penale³⁷.

Così, a fronte del turismo procreativo, e del moltiplicarsi di casi di nascite da maternità surrogata (anche con risonanza mediatica, specie allorché la coppia "committente" è omosessuale), si segnalano disegni di legge volti ad un deciso inasprimento del divieto, in termini sovente di dubbia costituzionalità, quando non meramente propagandistici.

Tuttavia, tali divieti penali, anche se inaspriti, del tutto verosimilmente si risolveranno in inutili grida di manzoniana memoria.

Infatti, anche a volerlo considerare operante per le fattispecie di maternità surrogata (etero o omosessuale che sia), lo stesso gravissimo reato di alterazione di stato non comporta l'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale³⁸.

³⁶ L'11 ottobre 2016 l'assemblea parlamentare del consiglio d'Europa ha bocciato, pur a stretta maggioranza, un rapporto della propria commissione affari sociali in cui si raccomandava al comitato dei ministri di "esaminare l'opportunità e la fattibilità dell'elaborazione di linee guida miranti a salvaguardare i diritti del bambino in caso di convenzioni relative alla maternità surrogata".

Il rischio di sfruttamento delle madri surrogate (in primo luogo le gestanti, ma anche le datrici di gameti) e di violazione della loro dignità e del diritto alla maternità (tenuto anche conto dei rischi per la loro salute) costituisce quindi, anche a livello sovranazionale, il principale ostacolo ad ogni apertura alla m.s.

Si tratta di un rischio effettivo e concreto, su cui si sono soffermate inchieste giornalistiche ma anche istituzionali (7), tenuto poi conto che è estremamente difficile acquisire dati ed elementi di valutazione specifici e precisi, anche in ragione dell'ostracismo informativo posto in essere da non pochi paesi dove le pratiche in questione sono ammesse (il "giro d'affari" che ne consegue è poi notevolissimo, coinvolgendo talora anche organizzazioni criminali).

³⁷Cass. 10 marzo 2016, E., Foro It., 2016, II, 286.

³⁸ Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, ivi, 2012, I, 1992

Certo, sia la Cassazione³⁹ che la Corte Costituzionale si sono mostrate ostili a riconoscere forme di genitorialità derivanti da maternità surrogata.

La stessa Cass. 19599/16 – i cui principi sono stati messi in discussione innanzi alle SS.UU. – ha sì aperto alla trascrivibilità degli atti di nascita stranieri indicanti due genitori dello stesso sesso (due donne), ma ha avuto cura nel precisare che quella fattispecie nulla aveva a che vedere con la maternità surrogata (aggiungendo che l'art. 269, 3° comma, c.c., secondo cui è madre solo colei che ha partorito, è disposizione sulla prova della filiazione).

Una netta chiusura è stata espressa – in particolare – da Corte Cost. 162/2014 la quale ha ribadito il divieto di cui all'art. 12 cit., ponendo dei paletti – pur se a livello di *obiter* – ad ogni eventuale apertura dei principî da essa affermati, alla maternità surrogata.

Rigorosa è anche Corte Cost. 272/17 cit.

Quest'ultima, relativa proprio ad un bambino nato da una maternità surrogata, e indicato come figlio della coppia (eterosessuale) intenzionale, pur se solo l'uomo è anche genitore biologico, è però particolarmente inappagante⁴⁰.

³⁹ Cass., 1 novembre 2014, n. 24001, cfr il mio commento, *ivi*, 2014, I, 3408

⁴⁰ Riporto di seguito una parte delle mie osservazioni a tale pronuncia: "La conservazione dello *status* acquisito dal minore è ostacolata da un "peccato originale": la pratica di maternità surrogata da cui è nato, vietata penalmente dall'art. 12, 6° comma, l. 40/04.

È qui la ragione profonda dell'incidente di costituzionalità, pur incentrato sull'art. 263 c.c.; il giudice rimettente, del resto, aveva sì ritenuto tale divieto costituzionalmente legittimo, ma non aveva fatto mistero di una certa disponibilità alla maternità surrogata caratterizzata da intenti di pura solidarietà e perciò tale da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata. I giudici *a quibus*, in definitiva, auspicavano, dalla Consulta, una sorta di legittimazione "a valle" delle pratiche in parola.

Corte cost. 272/17 si è ampiamente sottratta ad una tale sollecitazione. La sentenza sul punto, è ambigua, se non criptica, e apparentemente contraddittoria; è appena il caso di segnalare che si tratta di criticità palesemente consapevoli e volute.

Da un lato, la sentenza sembra suggerire che, a fronte di pratiche di maternità surrogata, in quanto vietata dalla legge penale, la verità biologica debba sempre prevalere, al di fuori di ogni comparazione di interessi, dall'altro tiene ferma l'esigenza di tutelare l'interesse del minore (che non può essere certo pregiudicato dalle condotte anche illecite degli adulti di riferimento).

Occorre però dare un senso, almeno operativo, anche a tale snodo della decisione; d'altronde la Corte d'appello di Milano sarà presto chiamata a pronunciarsi al riguardo, con riferimento alla vicenda sopra sintetizzata.

Quanto osservato prima, con riferimento all'azione proposta dal curatore speciale, ben può valere (nonostante i tentennamenti della Consulta) anche con riferimento ai nati da maternità surrogata. Infatti, quali che siano le modalità del concepimento e della gestazione (tanto per ricorrere alle parole della corte), resta fortissima, pur se non necessariamente sempre "vincente", l'esigenza di tutelare l'interesse del minore, specie allorquando questi abbia ormai conseguito una sia pur embrionale identità, con il decorso del tempo. Siffatte modalità, infatti, non possono essere fonte di nuove discriminazioni tra i figli. Si tratta, del resto, del filo conduttore principale della motivazione nel suo complesso.

Pertanto, a fronte di pratiche di maternità surrogata, il giudice, nello svolgere il suo giudizio di bilanciamento, non potrà limitarsi a prendere atto del mero divieto legislativo, ma dovrà accertare se, in concreto, i genitori legali "committenti" siano stati definitivamente condannati per il reato ex art. 12 cit., e se lo siano stati entrambi o meno (solo in tal caso può ritenersi che, in concreto, l'interesse alla verità abbia acquisito natura pubblica; questa è l'unica lettura possibile del passo che la sentenza dedica a tale profilo). Dalla eventuale condanna definitiva, comunque, neppure può discendere, automaticamente, l'accoglimento dell'azione di stato: il giudice dovrà valutare altri elementi ancora, quale la

La realtà è più complessa.

Il divieto penale, come si è detto, non può essere sopravvalutato.

Sotto altro profilo, in un mondo globalizzato, un divieto legislativo non è sufficiente per risolvere il problema, per quanto siano rilevanti gli interessi in gioco, e per quanto fondate possano essere le ragioni del divieto stesso.

Si è detto del turismo procreativo, fenomeno in espansione.

In definitiva, le questioni poste dalla m.s. dovrebbero essere allora affrontate a livello globale, quanto più uniformemente possibile; preziose, in tal senso, le ricerche condotte al riguardo dalla conferenza internazionale de L'Aia di diritto internazionale privato⁴¹.

Va poi considerato che, in genere, la maternità surrogata viene in rilievo quando, ormai, la pratica è stata posta in essere ed il bambino è nato.

In altri termini, le autorità dei paesi dove la maternità surrogata è vietata, in primo luogo quelle giudiziarie, intervengono *ex post facto*, vale a dire si confrontano con "*le fait accompli*"; si è così osservato che, nato il bambino, è ormai troppo tardi per procedere ad accertamenti e a valutazioni in concreto circa la pratica procreativa seguita; le decisioni devono ormai essere guidate dalla tutela dell'interesse superiore del minore.

Ne segue, sia vigente o meno, ed in misura più o meno ampia, il divieto di maternità surrogata, che l'attenzione degli operatori deve incentrarsi sull'esigenza, assolutamente centrale, di assicurare uno *status* giuridico idoneo e sicuro ai nati a mezzo di tali pratiche (e non certo – nel nostro Paese – su una impossibile attuazione del negozio giuridico sotteso, che resta illecito).

Si ricordi poi che il bambino, dopo la nascita (talora immediatamente dopo), viene materialmente consegnato, nel paese dove è nato, ai genitori committenti (che assumono quindi il ruolo di genitori sociali); sotto il profilo giuridico (ed è anzi il primo dato giuridico che viene in rilievo) questi ultimi sono *tout court* indicati come genitori dall'atto di nascita, tanto alla stregua delle pur diverse *leges loci*.

circostanza che almeno uno dei due genitori sia anche biologico, e, soprattutto, la più volte richiamata stabilizzazione del rapporto del minore con quella coppia.

In ogni caso, anche in ipotesi (residuale) di accoglimento dell'azione, riguardo a minori nati da pratiche di maternità surrogata, vi è spazio per strumenti che consentano la conservazione di un legame giuridico con il genitore non biologico (ma potrebbero esserlo entrambi); la stessa Consulta suggerisce espressamente il ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 l. adozioni, 184/83, così sancendo l'interpretazione di tale norma offerta dai giudici di merito e dalla stessa Cassazione".

⁴¹ Di particolare interesse la relazione, in inglese ed in francese, *The parentage/surrogacy project: an updating note; Le projet/filiation/maternité de substitution: note de mise à Jour*, datato 3 febbraio 2015 e reperibile nel sito istituzionale della conferenza, qui di seguito indicato come relazione de L'Aia.

Tanto in una prospettiva marcatamente operativa; così, un allegato alla relazione enumera i principali problemi (attinenti alla tutela dei diritti dell'uomo) che pongono le pratiche di p.m.a.; 1) abbandono dei bambini, 2) idoneità dei genitori e sociali e sospetti di tratta di bambini, 3) diritto del bambino di conoscere le sue origini, 4) preoccupazioni relative al consenso della gestante, 5) difficoltà con gli intermediari, le organizzazioni che di fatto gestiscono, a livello internazionale, le pratiche di p.m.a.

Tale atto, evidentemente, è di norma indispensabile in primo luogo per il rilascio, da parte delle autorità consolari, del documento che consente l'ingresso in Italia del minore stesso, cittadino italiano, non del paese dove è nato, o di cui è cittadina la gestante, la donna che l'ha partorito. D'altronde — si ricordi —, quest'ultima sovente è anonima (o almeno non è conosciuta all'autorità italiana) e ha rinunciato, secondo la legge locale, ai diritti sul minore stesso.

Gli unici genitori che il bambino concretamente ha, allora, sono quelli sociali/intenzionali, non rilevando se uno solo, o nessuno dei due, sia anche genitore genetico: si tratta di un rilievo, a ben vedere, decisivo.

In una tale prospettiva non appare più solo paradossale l'affermazione, sostenuta in dottrina, che il migliore interesse del minore di norma coincide con la scelta autodeterminativa dei committenti, appunto i suoi unici genitori.

Al riguardo è di rilievo la giurisprudenza della corte di Strasburgo, particolarmente attenta a valorizzare, con riferimento all'art. 8 Cedu, la conservazione o anche l'acquisizione di uno *status* di filiazione, pur formatosi illegalmente (es. da maternità surrogata), che però si sia sufficientemente consolidato, a tutela dell'interesse dei figli stessi. Il riferimento è, in primo luogo, alle sentenze “gemelle”, M. e L., relative al divieto posto dalla legge (civile) francese di maternità surrogata⁴².

⁴² Corte eur. diritti dell'uomo 26 giugno 2014, *Mennesson*, cfr. il mio commento, *ivi*, 2014, IV, 561.; l'altra pronuncia, contestuale, *Labassee*, è in termini e si legge in www.echr.coe.int.

Le due pronunce, pur con ambiguità, da un lato confermano che il divieto della maternità surrogata, previsto tuttora dalla maggioranza degli Stati membri, non contrasta con la convenzione, in particolare con l'art. 8; dall'altro lato, però — e muovendo dalla stessa prospettiva in cui si è posto il provvedimento in rassegna —, assumono che il divieto di maternità surrogata, vigente nell'ordinamento francese, pur non costituendo una violazione del diritto della coppia genitoriale al rispetto della vita familiare, si risolve in una violazione del diritto dei figli, nati con questa tecnica procreativa, al rispetto della loro vita privata, incidendo su un profilo essenziale della loro identità personale, e si pone pertanto in contrasto con l'art. 8 della convenzione.

Tanto in ragione dello stato di incertezza giuridica — anche quanto alla stessa cittadinanza — che segue alla mancata trascrizione dell'atto straniero di nascita che li concerne.

Tali pronunce, evidentemente, e come riconosciuto dalla giurisprudenza italiana, hanno immediate ricadute anche con riferimento al nostro ordinamento, e si risolvono in un indubbio *favor* per la (pur ancora vietata) maternità surrogata, nel senso che — in linea di massima — gli atti stranieri di nascita, appunto relativi a bambini nati con tale pratica, andranno senz'altro trascritti, e che va soprattutto tutelato l'inserimento a pieno titolo degli stessi nella famiglia dei genitori sociali.

Tanto, beninteso (e contrariamente da quanto ritenuto da Cass. 24001/14), con riferimento a tutti i figli nati da maternità surrogata, anche senza alcun legame genetico con entrambi i genitori intenzionali; le sentenze, infatti, reputano sì che una tale analisi è tanto più vera (*prend un relief particulier*) allorché uno dei genitori committenti è anche genitore biologico ma senza ovviamente escludere (ne risentirebbe la stessa coerenza della motivazione) i figli nati da maternità surrogata eterologa, sia stato lecito o meno — se ne desume — il contratto di surrogazione (alla stregua della legge locale applicabile).

Quel che rileva, in un'ottica di tutela del superiore interesse del minore, è appunto la conservazione dei rapporti familiari in atto (pur se sorti illegittimamente, e per un non lungo periodo).

È ormai noto che la Cour de Cassation francese ha chiesto di recente alla Corte di Strasburgo un parere consultivo proprio con riferimento al caso *Mennesson*, sotto il profilo della necessità di distinguere se il minore sia stato concepito o meno con i gameti del genitore sociale o intenzionale, non biologico, e se soddisfi i requisiti dell'art. 8 Cedu la possibilità di adottare il minore da parte del genitore intenzionale.

La grande camera della medesima corte, con specifico riferimento all'Italia, ha escluso la violazione dell'art. 8, cit., in un caso in cui un minore, nato da maternità surrogata, era stato allontanato dalla coppia "committente", e quindi dato in adozione a terzi, non solo e non tanto per la mancanza di qualsiasi legame genetico tra il bambino e la coppia, e per l'illegalità della condotta della coppia, ma soprattutto perché tra i tre non si era ancora consolidata una "vita familiare", pur di mero fatto (la convivenza era durata pochi mesi)⁴³.

Pertanto, secondo la corte di Strasburgo, la durata della relazione con il bambino è un fattore chiave per il riconoscimento della vita familiare, quindi della configurazione di un rapporto di filiazione tutelabile.

La giurisprudenza nazionale, come detto, dà grande peso al "progetto di genitorialità condivisa", anche ai fini del riconoscimento degli atti di nascita stranieri indicanti due genitori dello stesso sesso; e d'altronde è la genitorialità sociale e affettiva a legittimare l'adozione speciale del figlio del partner omosessuale (ovvero il riconoscimento dell'efficacia in Italia di una adozione piena disposta all'estero, cfr. Cass. 14987/17 cit.).

Se è così, se è configurabile una genitorialità/filiazione fondata non tanto sulla derivazione biologica (che, come detto, può mancare), quanto sul consenso, quanto sopra osservato può operare, nonostante il divieto legislativo, anche con riferimento alla maternità surrogata, compresa quella omogenitoriale maschile (anche perché, altrimenti, le coppie maschili non potranno mai esercitare il loro diritto alla autodeterminazione a mezzo della procreazione).

Si tratta, appunto, del ragionamento a fondamento della statuizione della Corte d'appello di Trento (e, come detto, di altri uffici giudiziari) e che, senza realmente violare il divieto legislativo (che concerne i genitori, lo si ricordi, non i figli) ha assicurato ai minori uno status stabile e unitario.

10. *La sopravvalutata questione dell'ordine pubblico internazionale. Conclusioni*

Non ho affrontato, fino ad ora, e di proposito, il tema della nozione di ordine pubblico internazionale, ex art. 67 l. 218/1995, pur alla base della questione rimessa alle SS.UU.

In estrema sintesi, Cass. 19599/16 – e così la Corte d'appello di Trento – aveva affermato che l'ordine pubblico (neppure definito internazionale) osta al riconoscimento di efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero "non già allorché questo sia espressione di una disciplina normativa contrastante con disposizioni anche imperative o inderogabili di diritto interno, ma solo quando il diritto straniero di riferimento sia incompatibile con la tutela dei

⁴³ Corte eur. diritti dell'uomo 24 gennaio 2017, D.P., Foro it., 2017, IV, 105, con mie osservazioni.

diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla costituzione, dai trattati fondativi e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo”.

Così la massima da me predisposta per il *Foro It.*, e che – credo – corrisponda a ratio e tenore della lunga motivazione.

In termini, in realtà, era anche Cass. 15343/16,⁴⁴ in tema di trascrivibilità del matrimonio (pakistano) contratto a distanza, a mezzo *Skype*; l'estensore, del resto, è il medesimo.

Cass. 4382/18 ha però riscontrato un sostanziale disallineamento tra quanto affermato in tema di ordine pubblico da Cass. 19599/16, e sopra sintetizzato, e una più recente pronuncia delle sezioni unite in tema di danni punitivi, Cass. 16601/17 cit.

Da qui appunto la remissione alle SS.UU., senza ulteriori dettagli (a differenza che per le altre questioni, Cass. 4382/18 neppure allude ad una propria preferenza interpretativa); peraltro, Cass. 16601/17, pur facendo propria una nozione di ordine pubblico “aperta” ad esperienze giuridiche straniere, chiarisce (§ 6) che “Costituzione e tradizioni giuridiche [...] costituiscono un limite ancora vivo”, sicché – ai fini del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero – dovrà chiedersi se “l'istituto che busa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione” (la sentenza, inoltre, nelle parti dedicate all'ordine pubblico e al riconoscimento delle sentenze straniere, cfr. anche i § 2.1 e 2.2, non richiama – ed è dato significativo – Cass. 19599/16, bensì, ed ampiamente, pronunce che caldeggiavano l'interpretazione più rigorosa dell'istituto).

Sul punto sono stati versati i proverbiali fiumi di inchiostro.

Ritengo, francamente, che non solo Cass. 19599/16 (e le pronunce che vi hanno prestato adesione) si sia distaccata significativamente dai precedenti giurisprudenziali in materia (il che, di per sé, non è certo negativo: la nozione di ordine pubblico internazionale, del resto, costituisce una clausola generale per sua stessa natura destinata ad una continua evoluzione interpretativa), ma anche – ed è il dato più rilevante – che sia giuridicamente scorretta.

L'interpretazione offerta dalla pronuncia in esame della nozione di ordine pubblico internazionale, in effetti, è abrogante dell'istituto; al giudice è chiesto una sorta di vaglio preventivo di costituzionalità del provvedimento straniero (*rectius*, dell'istituto che vi è sotteso), in un giudizio controfattuale (quella norma straniera potrebbe essere introdotta nel nostro ordinamento, o meglio: sarebbe compatibile con i diritti fondamentali, quali previsti dalla

⁴⁴ Ivi, 2016, I, 3476.

Costituzione e, ancora più vagamente, dalle principali Carte sovranazionali vincolanti l'Italia?).

A ben vedere, anzi, non è neppure sufficiente che l'istituto straniero, ancorché vietato (anche penalmente) dalla legge italiana contrasti con nostri principi costituzionali; occorre che il contrasto sia, sostanzialmente, con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

L'ordine pubblico internazionale, di contro, si presta ad una interpretazione più equilibrata, che tenga conto anche dei principi dell'ordinamento quali configurati anche dalla legislazione ordinaria.

Da ciò però non discende affatto, a mio avviso, la chiusura a provvedimenti come quello canadese in esame, che appunto attribuiscono lo *status* di figlio anche al genitore omosessuale sociale.

La questione dell'esatta individuazione dell'ordine pubblico internazionale, in altri termini, è – nel caso in esame – sopravvalutata.

Infatti (e il pur rapido esame prima compiuto credo ne costituisca un riscontro preciso), è il nostro stesso ordinamento interno – certo soprattutto alla stregua dell'interpretazione giurisprudenziale – ad aver riconosciuto la rilevanza, pur se in termini ancora imperfetti e incompiuti, delle nuove forme di genitorialità, etero o omosessuali che siano.

Né si dica che l'art. 30 Cost. configura, necessariamente, una genitorialità da procreazione biologica (preferibilmente matrimoniale), maschile e femminile.

Tale era certo l'assetto normativo vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, e tale è rimasto nei decenni successivi; l'evoluzione sociale, culturale, ma anche scientifico-tecnologica cui si è fatto cenno hanno però modificato tale assetto, a partire – ritengo – dalla stessa lettura (che non può essere che evolutiva) dello stesso art. 30 Cost. che, per sua stessa funzione, è volto verso il futuro, non verso il passato⁴⁵.

Vi sono certo delle lacune, ma sono tali proprio perché si avverte, ormai, la insostenibilità del vuoto (o inadeguatezza) di tutela che vi corrisponde: si pensi ai figli inseriti nelle c.d. famiglie ricomposte (in gran parte eterosessuali)⁴⁶.

La giurisprudenza, pur se tendenzialmente e non senza incertezze, va riconosciuto, sta rimediando a tali lacune, via via che se ne evidenzia la necessità: da qui, appunto, l'estensione dell'adozione ex art. 44 lett d) l. 184/1983 anche al partner omosessuale del genitore biologico, e le ulteriori e

⁴⁵ Diversamente si incorrerebbe nell'errore di metodo, ma anche culturale, di Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, ivi, 2010, I, 1361 che, pur se con significative aperture, negò almeno la liceità costituzionale del matrimonio omosessuale facendo riferimento non tanto all'art. 29 Cost., ma all'assetto legislativo (peraltro ancora quello di epoca fascista) vigente al momento dell'elaborazione e dell'entrata in vigore di quella disposizione).

⁴⁶ Cfr. il mio *Dalla matrigna di Biancaneve alla step mother, ed altro ancora (osservazioni a Trib. Palermo, 15 aprile 2015)*, ivi, 2015, I, 1802. Del tutto insoddisfacente quanto rilevato al riguardo (peraltro proprio con riferimento ad una coppia omosessuale) da Corte Cost. 20 ottobre 2016, n. 225, cfr. le mie osservazioni, ivi, 2016, I, 3329

più avanzate forme di genitorialità sociale (non solo omosessuale) cui si è fatto riferimento.

Del pari è ormai consolidato anche l'orientamento, più "audace" che riconosce efficaci gli atti di nascita (o i provvedimenti giudiziari) stranieri che indicano una doppia genitorialità omosessuale femminile, anche allorché solo una delle due donne sia anche la madre biologica del minore.

Si è detto che pendono ormai diversi incidenti di costituzionalità, volti a conseguire, se non un allargamento, ad una "stabilizzazione" di siffatte nuove forme di genitorialità.

Il filo conduttore di tali orientamenti giurisprudenziali (ampiamente consolidati, lo si ricordi) è rappresentato dalla tutela del superiore interesse del minore.

Questo, beninteso, non può giustificare qualsiasi violazione dell'ordinamento vigente, rendendo il giudice *legibus solutus*; tuttavia esso costituisce un potente canone interpretativo, con riferimento al diritto interno, certo, ma anche colorando univocamente lo stesso ordine pubblico internazionale.

È allora pienamente condivisibile (pur se tributaria di Cass. 19599/16 cit.), Cass. 14007/18 cit, secondo cui possono dichiararsi efficaci, e quindi trascrivibili nei registri di stato civile, le sentenze straniere (nella specie, francesi) di adozione piena di due minori, ciascuno da parte della partner della rispettiva madre biologica, "posto che il principio del superiore interesse del minore, in materia di adozione, inteso come diritto del minore a vivere stabilmente in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, limita ed integra la stessa clausola dell'ordine pubblico".

Tale è, in sintesi, l'attuale stato dell'arte; non si comprende, allora, perché tali principi non possano operare anche con riferimento ai provvedimenti stranieri attributivi di uno *status* genitoriale che discende da maternità surrogata (dovendosi ancora ricordare che la questione può riguardare tanto coppie eterosessuali, ed anzi è così nella gran parte dei casi, che omosessuali, in genere maschili).

Il riconoscimento dello *status* genitoriale discendente da maternità surrogata, infatti, non è estraneo al diritto italiano, e non è davvero disomogeneo rispetto alle altre fattispecie esaminate.

Si è detto della scarsa consistenza del divieto penale di maternità surrogata (e d'altronde anche nelle altre fattispecie sopra esaminate, con riferimento alle coppie omosessuali femminili, pur se non vi è stata surrogazione di maternità comunque si riscontra la violazione di disposizioni della l. 40/2004).

Soprattutto vi è il dato, dirimente, che occorre fare riferimento al figlio, non alla condotta dei genitori intenzionali, illecita o meno che sia (e quale che sia il legame tra essi intercorrente); vi è certo il rischio di legittimare tali condotte, ma è rischio inevitabile, se davvero si vuole assicurare una tutela stabile ed effettiva a quei minori, rappresentata dalla necessaria assunzione della responsabilità genitoriale da parte del genitore intenzionale non biologico (come appunto nella specie).

Il fatto compiuto, come fonte della soluzione giuridica del problema, può “piacere” o meno, ma (tenuto anche conto della richiamata giurisprudenza della Corte di Strasburgo) è ineludibile (per quanto fraudolenta possa apparire la condotta dei genitori, lo si ripete).

D'altronde, in termini più strettamente giuridici, anche in un'ottica comparativa degli interessi in gioco (fatta propria dalla Consulta pressoché in ogni pronuncia relativa alla l. 40/2004), non vi è ragione – pur a fronte di fattispecie di maternità surrogata – di ritenere necessariamente soccombente quello del minore (per definizione superiore, peraltro) all'acquisizione e alla conservazione dello *status* così acquisito.

Vi è poi di più.

Nel caso di specie si tratta di provvedimento “alieno”, canadese (ma lo è poi per davvero? Direi di no, alla stregua di quanto sopra osservato).

Presto però la medesima S.C. dovrà tornare in argomento, per così dire, con riferimento a casi relativi a bambini europei nati in seguito a maternità surrogata, e che hanno già avuto – ovviamente – atti di nascita a loro volta “europei”, anzi dell'UE (più di preciso tedeschi: sul punto si è pronunciata la Corte Suprema d'oltralpe).

Una scelta di chiusura, nel caso canadese, si risolverebbe in un precedente vincolante per la sezione ordinaria della Cassazione: ma gli effetti sarebbero dirompenti, in quanto il diniego di trascrizione dell'atto tedesco comporterebbe una flagrante violazione del diritto europeo, quanto alla libertà di circolazione (certo, in tempi di sovranismo esasperato c'è poco da meravigliarsene).

La Corte di giustizia, a fronte di due padri, legittimamente tali, trasferiti in Italia, e “ridotti” ad uno solo, avrebbe certo qualcosa da osservare.

Né è poi sufficiente la “conversione” (ma qui non ci sarebbe certo il meccanismo automatico previsto per le unioni civili) della genitorialità legale (anche del genitore intenzionale) in adozione ex art. 44 lett d) l. adozioni.

Questa soluzione, certo, potrebbe essere un *modus discensus* per le SS.UU., e temo che la tentazione sia irresistibile (anche a fronte delle vicende, di cui si è riferito in nota, della Cassazione francese quanto al caso *Menesson*, ancora quello).

In realtà però non c'è alcuna omogeneità di tutela tra genitorialità fondata su un atto di nascita (o un provvedimento giudiziale) e quella adottiva, oltretutto ai sensi della disposizione su richiamata (quest'ultima, almeno alla stregua dell'opinione prevalente, non ha gli stessi effetti neppure dell'adozione piena), omogeneità che invece, in una certa misura (comunque insufficiente) vi è tra matrimonio e unioni civili.

L'adozione in oggetto, che è su base volontaria, e comunque - lo ripeto - non attributiva nella loro pienezza dei diritti, ma anche dei doveri genitoriali, può essere solo, nel vuoto della legge (che però si presta a ben altra lettura) una tutela minimale pur se insufficiente. In tal senso App. Napoli 4 luglio 2018 cit.

Il riconoscimento di efficacia dei provvedimenti stranieri in questione, in definitiva, è coerente con i principi fondamentali del nostro ordinamento familiaristico, pur se non ancora espressi in norme specifiche: non solo non vi è contrasto con l'ordine pubblico internazionale, per quanto restrittiva sia la nozione che si voglia adottare, ma consente anzi di conseguire un risultato ormai necessario anche per il nostro sistema.

Napoli, 31 ottobre 2018.