

articolo29

famiglia, orientamento sessuale, identità di genere

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

3

Massimo Dogliotti

Davanti alle sezioni unite della cassazione i “due padri” e
l’ordine pubblico. Un’ordinanza di rimessione assai
discutibile

Davanti alle sezioni unite della cassazione i “due padri” e l’ordine pubblico. Un’ordinanza di rimessione assai discutibile

MASSIMO DOGLIOTTI

1.

La questione del rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite della Cassazione fino a non molto tempo fa era confinata ai margini del dibattito processualcivilistico. Ma da qualche tempo si è posta al centro di esso, addirittura estendendosi – la circostanza sembra assai meno comprensibile – anche tra i cultori del diritto sostanziale. Dalle sentenze sulle “due madri”¹, a quelle del nuovo assegno di divorzio², il P.G. presso la Suprema Corte chiede sistematicamente la rimessione delle cause alla sezioni unite, la prima civile resiste... i commentatori si dividono³. Quanto

¹ Cass. 22 giugno 2016 n. 12962; Cass. 30 settembre 2016 n. 19599; Cass. 15 giugno 2017 n. 14878.

² Cass. 10 maggio 2017 n. 11504, ma v. pure le ormai risalenti Cass. S.U. 29 novembre 1990 n. 11490 e 11492, e la conforme giurisprudenza successiva.

³ Sulle due madri, cfr., in dottrina, tra gli altre, Dogliotti, *Unioni civili, adozione, genitorialità*, in *Codice dell’unione civile, e delle convivenze* a cura di Sesta, Milanok, 2017, 806; Montaruli, *Il legislatore e la giurisprudenza alle prese con nuove forme di genitorialità*, in *Ilfamigliarista*, 2017; Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017; Barba, *Unione Civile e adozione*, in *Fam. Dir.*, 2017, 381; Longo, *I nuovi modelli di famiglia*, Milano, 2017.

Sul nuovo assegno di divorzio, cfr. Al Mureden, *L’assegno di divorzio tra autoresponsabilità e solidarietà postconiugale*, in *Fam. Dir.*, 2017, 366; Danovi, *Assegno di divorzio e irrivelanza del tenore di vita matrimoniale*, ivi 642; Quadri, *I coniugi e l’assegno di divorzio tra conservazione del tenore di vita e autoresponsabilità*, in *Corr. Giur.* 2017, 885; Di Majo, *Assistenza o riequilibrio degli effetti del divorzio?*, in *Giur. It.* 2017, n. 1299; Bianca C. M., *L’ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?* In *Giust. Civ..com*, Editoriale 9 giugno 2017; Casaburi, *Tenore di vita e assegno di*

all'assegno sul divorzio sono state le parti stesse di un procedimento a chiedere la rimessione e così il primo presidente ha provveduto... .

Oggi, dopo la vicenda delle "due madri", tocca, come si vedrà, ai "due padri". Ma in questo caso è la prima sezione civile che, con un'ordinanza a sorpresa (Cass. Sez. I, 22 febbraio 2018, n. 4382), rimette la causa alle sezioni unite.

2.

L'art. 1, c. 20, l. n. 76 del 2016, sulle unioni civili, com'è noto, esclude l'equiparazione tra coniuge e parte dell'unione, anche con riguardo alla l. 1983/184 (affidamento e adozione), ma ambiguamente aggiunge che «resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione». Non potrebbero dunque disporsi adozioni piene e neppure in casi particolari *ex art. 44 l. n. 184* quanto alla lett. *b)*: adozione del figlio del coniuge. Rimaneva aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che avevano applicato la lettera *d)* dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo un'interpretazione, come si è detto, allargata, relativa pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (perché ad esempio non vi sono adottanti disponibili), che può prescindere dunque dall'abbandono⁴. E l'interpretazione ha trovato, dopo la l. n. 76, sicuro avallo in una recente pronuncia della Cassazione, più volte ricordata⁵. Nella specie, due donne, legate da una relazione sentimentale di convivenza, decidono di avere un figlio, ricorrendo in Spagna alla fecondazione assistita di una delle due (con seme di donatore anonimo). Nasce una bambina che instaura un profondo legame affettivo con entrambe le donne. La compagna della madre intendendo formalizzare la relazione con essa, chiede di poter adottare la bambina ai sensi dell'art. 44 lett. *d)* della l. 1983/184. La corte di legittimità, confermando la pronuncia di appello, ritiene che la predetta norma, ove prevede l'adozione del minore in casi particolari, in presenza della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, vada interpretata alla luce del quadro costituzionale e convenzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al reale interesse del minore. Sostiene appunto che con l'espressione "constatata impossibilità di

divorzio (e separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico, in Foro It., 2017, I, 1859.

⁴ Al riguardo, cfr. ancora Dogliotti, *Unioni civili*, cit., 813; Quadri, *La tutela del minore nell'unione civile e nelle convivenze*, in *Nuova Giur. Civ. com.*, 2017, 472; Ferrando, *Matrimonio*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna 2017, 1 ss.

⁵ Cass. 22 giugno 2016 n. 12962, cit.

affidamento preadottivo” debba intendersi non solo una impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono, ma pure una, per così dire, di diritto, di procedere all’affidamento preadottivo. Richiama la pronuncia una sentenza della Corte costituzionale⁶ che confermerebbe l’interpretazione meno rigorosa: in realtà la Consulta parlava di impossibilità giuridica, riferendosi specificamente all’adozione di parenti entro il quarto grado e non di soggetti - totalmente estranei⁷.

In materia è intervenuta un’altra decisione della Suprema Corte⁸. Nella specie, due donne, una spagnola e l’altra italiana, si sposano in Spagna; per realizzare il loro progetto familiare, l’italiana mette a disposizione un proprio ovulo che, fecondato con gamete di donatore anonimo, viene impiantato nell’utero dell’altra donna. Nasce in Spagna un bambino che, nell’atto di nascita, viene indicato come figlio di entrambe. Interviene il divorzio tra di esse e l’ufficiale di stato civile italiano rifiuta la trascrizione dell’atto di nascita straniero, in quanto contrario all’ordine pubblico. La Suprema Corte conferma la pronuncia favorevole alla trascrizione della Corte di Appello. La Cassazione, in modo sistematico, enuclea espressamente vari principi di diritto: l’ordine pubblico, la cui contrarietà impedisce la trascrizione in Italia di atti dello stato civile formati all’estero, *ex art. 18 D.P.R. 2000/396*, attiene ad “esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo; la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all’estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l’ordine pubblico (nell’accezione anzidetta), per il fatto che il legislatore nazionale non prevede o vieta tale fattispecie. La donazione di un ovulo da una donna alla propria *partner*, che partorisce grazie al gamete di maschio anonimo, realizza una fattispecie differente dalla maternità surrogata. Si tratta infatti di «una tecnica fecondativa simile ad una fecondazione eterologa in virtù dell’apporto genetico di un terzo (ignoto)»; il disposto di cui all’art. 269, c. 3, c.c. (per cui madre è colei che partorisce) non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il nato risulti figlio di due madri (quella che ha partorito e quella genetica). La norma non introduce un principio di ordine pubblico, «perché la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell’interesse del minore».

⁶ Corte Cost. 7 ottobre 1999 n. 383.

⁷ Cfr., conformemente, App. Milano 9 febbraio 2017, in *Ilfamigliarista*, 2017 che ha recepito i principi espressi dalla Suprema Corte.

⁸ Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, cit.

In tale prospettiva si inserisce una successiva pronuncia di merito⁹ che ha dichiarato efficace un provvedimento giudiziale straniero, relativo a due conviventi maschi, dichiarati genitori di due bambini, nonostante per uno dei conviventi stessi non vi fosse alcun rapporto biologico con i nati, ma pure un'ulteriore sentenza della Suprema Corte¹⁰ che ha accolto il ricorso di due donne, coniugate all'estero, che intendevano trascrivere l'atto di nascita del figlio di una di esse (a seguito di fecondazione assistita con seme di donatore anonimo), indicato da un ufficio dello stato civile inglese, previa rettificazione, come figlio di entrambe, conformemente alla normativa colà vigente: trascrizione rifiutata dall'ufficiale dello stato civile italiano per ragioni di ordine pubblico. La Cassazione richiama i suoi due precedenti già ricordati e la nozione di ordine pubblico internazionale, come limite all'applicazione del diritto straniero, con riferimento di principi della nostra Costituzione, ma pure ai Trattati fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali, nonché a Dichiarazioni e Convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e quella ONU sui diritti del fanciullo, etc. (a riguardo al nostro diritto interno, la fattispecie viene inquadrata, in sostanza, nell'ambito della fecondazione eterologa, ormai pienamente ammessa, a seguito di un intervento della Corte costituzionale¹¹. Si tratta, a ben vedere, di una tendenza che costituisce un vero e proprio salto di qualità, anche rispetto al precedente della *stepchild adoption*: le parti dell'unione civile o i *partner* delle convivenze sembrano rivendicare per sé il ruolo pieno di genitori, non accontentandosi dello *status* adozionale.

3.

Oggi la Cassazione si trova a giudicare su una coppia maschile: "due padri" che avevano contratto matrimonio all'estero (dunque devono considerarsi in Italia parti di un' unione civile) avevano chiesto la trascrizione in Italia di un provvedimento del giudice canadese dell'Ontario con cui si affermava la genitorialità di entrambi (uno di essi è il padre biologico) ordinando la modifica, in tal senso, dell'atto di nascita . Dopo il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile italiano, gli stessi ricorrevano alla Corte di Appello, che dichiarava efficace in Italia il provvedimento canadese e ne ordinava la trascrizione. Ricorreva per cassazione il P.G. presso la Corte d' Appello. Tuttavia, come si è detto, la sezione semplice ritiene di non giudicare e di rimettere gli atti alle sezioni unite, previo provvedimento del primo presidente.

⁹ App. Trento 23 febbraio 2017, *Ilfamigliarista*, 2017.

¹⁰ Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

¹¹ Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162.

Va subito osservato che non vi sarebbe alcun obbligo al riguardo. Com'è noto, l'unico vincolo per le sezioni semplici è stato introdotto dall'art. 8 Dlgs n. 40 del 2006 (comma terzo dell'art. 374 c.p.c. per cui se la sezione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette ad esse la decisione del ricorso. Non vi è obbligo invece quando si tratti di questioni " di particolare importanza" e persino, quando vi sia contrasto tra le sezioni o all'interno di una sezione. E' il primo presidente, che prima dell'assegnazione quando ne sia richiesto direttamente da una o da entrambe le parti, se del caso (ma non sempre e comunque) assegna la causa alle sezioni unite.

Il problema della legittimazione del P.G. presso la Corte di Appello poteva sicuramente essere deciso dal collegio (tra l'altro, come del resto l'ordinanza di rimessione riconosce, già si era pronunciata, in analogia fattispecie, proprio la sezione prima civile)¹². Né, come si diceva, la sezione semplice era tenuta alla rimessione, pur nella sussistenza di contrasto tra due nozioni di ordine pubblico tanto più che, come si vedrà tra breve, il contrasto è più apparente che reale.

4.

Semmai l'unica questione di stretta spettanza delle sezioni unite poteva considerarsi quella proposta dal Sindaco di Trento e dal Ministro dell'Interno sulla carenza di giurisdizione del giudice che aveva dichiarato efficace nel nostro ordinamento il provvedimento canadese dei "due padri", in relazione niente meno che al potere legislativo del Parlamento italiano. Ma l'eccezione è infondata in tal misura, e già ripetutamente decisa, come si dirà, dalle sezioni unite (il provvedimento impugnato non è certo abnorme, e, anche se una norma non vi sia, non viene certo meno la giurisdizione del giudice) che si poteva tranquillamente evitare la rimessione.

La risposta è già nelle antiche e venerande disposizioni preliminari al codice civile (art. 12): il giudice non può esimersi dal decidere, anche se manchi una norma, potrà riferirsi alla analogia, all'interpretazione estensiva o, se del caso, ai principi generali dell'ordinamento, previsione ulteriormente rafforzata dall'entrata in vigore della Costituzione¹³. La

¹² Cass. 13 novembre 2008, n. 27415, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal P.G. presso la Corte di Appello avverso il Decreto di questa, che accoglieva l'istanza del tutore e del curatore speciale di persona in stato vegetativo permanente, al fine di interrompere il trattamento di sostegno vitale artificiale.

¹³ Di ciò erano pienamente consapevoli i compilatori del codice civile durante i lavori preparatori: cfr. al riguardo, Pandolfelli, Scarpelli, Stella

stessa sentenza delle sezioni unite che l'ordinanza in commento richiama¹⁴ precisa che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice (nella specie quello amministrativo, ma il principio varrebbe, a maggior ragione, per quello ordinario) abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete, e non quando si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto (anche quando la norma non vi sia – si può aggiungere, in applicazione del predetto articolo 12). Tale operazione, tutt'al più, potrebbe dar luogo ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione¹⁵. Ed ancora si è chiarito che la violazione o falsa applicazione di norme processuali può tradursi in eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile con ricorso per cassazione, soltanto nei casi in cui l'error in procedendo abbia comportato un radicale stravolgimento di norma, tale da implicare un evidente diniego di giustizia¹⁶.

5) Dispiace peraltro che la questione più importante (anche per gli effetti che potrebbe produrre una soluzione od un'altra) sia sviluppata in modo troppo conciso, assai meno di quella sulla legittimazione processuale e sulla fantasiosa carenza di giurisdizione. Si afferma dunque che vi sarebbe contrasto tra la sentenza delle "due madri" della prima sezione civile, che sembrerebbe privilegiare una nozione di ordine pubblico limitata ai principi costituzionali, e altra, delle sezioni unite, sulla possibile operatività nel nostro ordinamento, dei "danni punitivi"¹⁷, ove si farebbe riferimento pure a norme ordinarie, costituenti esercizio della discrezionalità legislativa "in materie connesse o direttamente implicate". Non si chiarisce peraltro se si parli di ordine pubblico interno o internazionale (e questo è anche in parte il vizio della pronuncia suindicata delle sezioni unite che, pur parlando di ordine pubblico

Richter, Dallari, *Il codice civile illustrato con i lavori preparatori, con le disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale*, Milano, 1940, 26 ss. Dopo l'entrata in vigore del codice, seguì un imponente dibattito, non ancora del tutto concluso, anche se da tempo alquanto sopito...: tra gli altri, Bobbio, voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig.It*, XIII, Torino, 1966; Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980; Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993, Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 271; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 2000, 108

¹⁴ Cass. S.U. 5 settembre 2013 n. 20360.

¹⁵ Cass. S.U. 12 dicembre 2012 n.22784.

¹⁶ Cass. S.U.14 settembre 2012 n.15428.

¹⁷ Cass. 5 luglio 2017 n. 16601.

internazionale, sembra trattare ora dell'uno ora dell'altro, finendo per confondere i due concetti, ben chiari invece nella prima sentenza, secondo, del resto, (almeno sul punto la sentenza delle "due madri"... presenta un'impronta assolutamente "tradizionale") l'orientamento più che consolidato, come si vedrà, della Cassazione.

Vanno necessariamente richiamati l'art. 17 DPR n. 396 del 2000, ove si precisa che gli atti formati all'estero non possono essere trascritti, se contrari all'ordine pubblico, nonché l'art. 16 L. n. 218 del 1995 per cui parimenti la legge straniera non si applica, se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

Quanto alla nozione di ordine pubblico, si distingue correntemente tra ordine pubblico internazionale e interno, costituendo il primo un limite all'applicazione del diritto straniero, il secondo, un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno. Al riguardo si è pronunciata ripetutamente questa Corte¹⁸, per cui quello richiamato dall'art. 16 L. 218 del 1995 (e, necessariamente, pure dall'art. 18 DPR N. 396) non è l'ordine pubblico interno, bensì l'ordine pubblico internazionale, costituito "dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico: dunque in oggi il complesso di principi a carattere generale, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali".

Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore. Così la prima sentenza sulle due madri è un'altra successiva che l'ha seguita¹⁹. Tale orientamento giurisprudenziale richiama, quanto ai diritti delle coppie di egual sesso, in particolare, l'art. 12 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, predetta, circa il diritto di sposarsi e formare una famiglia, nonché gli artt.

¹⁸ Tra le altre, Cass. 16 novembre 2000 N. 14870, Cass. S.U. 18 luglio 2008 n. 19809.

¹⁹ V. Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, nonché Cass. 15 giugno 2017 n. 14878, ripetutamente citate.

8 e 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione²⁰.

Va pure richiamata la Carta Europea dei diritti fondamentali (all'origine Carta di Nizza del 2000): l'art. 9 sancisce il diritto, per ogni individuo, di sposarsi e costituire una famiglia, garantito dalle leggi dei singoli Stati; l'art. 21 vieta le discriminazioni: non solo quella del sesso (e si intende in genere la discriminazione della donna rispetto all'uomo), ma anche per «orientamento sessuale»²¹.

Relativamente alla nostra Costituzione, può ricordarsi il principio di uguaglianza, indipendentemente dal sesso (e dunque anche dall'orientamento sessuale) (art. 3) e la protezione dei diritti fondamentali nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo (art.2) (e tra esse possono sicuramente annoverarsi tipologie familiari, diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio, garantita dall'art. 29)²². E, ancora, l'impegno ad eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, riguardante ogni individuo, in particolare quelli soggetti a discriminazione tra cui storicamente possono considerarsi le coppie omosessuali (art. 3)²³.

6.

Quanto al preminente interesse del minore, nella Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, si afferma che questi deve godere di una particolare protezione così da svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità (art. 2), che ha diritto al nome e ad una nazionalità (art. 3); all'affetto e alla comprensione, possibilmente nell'ambito della sua famiglia (art. 6); all'educazione, così da sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale, il suo senso di responsabilità morale

²⁰ Al riguardo, cfr. Raffiotta, *Matrimonio, famiglia, e unioni tra persone dello stesso sesso*, in Mezzetti – Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale de dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convezione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011.

²¹ Specificamente al riguardo, Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino 2013, 148.

²² Cfr. le lucide e sempre attuali argomentazioni di Bessone, sub. art. 29 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma 1976, 45. E v. pure, in particolare, recentemente, Sesta, sub. art. 29 Cost. in *Codice dell'Unione civile*, cit., 86

²³ Di recente, cfr. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna 2013, 94 ss.

e sociale (art.7).

La Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo costituisce un vero e proprio statuto dei suoi diritti. Si inizia con la solenne affermazione (art. 2) del principio di uguaglianza tra minore e minore contro qualsiasi discriminazione, e con l'altra relevantissima affermazione della preminente tutela del suo interesse. Segue l'enunciazione dei diritti del minore nei più diversi settori: in particolare alla vita, al nome, alla nazionalità, alle relazioni familiari, alla identità personale, all'educazione da parte dei genitori, ove possibile²⁴.

Nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si indicano i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse (art. 24). Ovviamente il diritto alla protezione e al rispetto della dignità umana e alla propria vita privata e familiare vale per qualsiasi individuo, e massimamente proprio per il minore, che si trova nella fase delicata dello sviluppo psicofisico e della formazione graduale di una personalità compiuta²⁵.

Va ancora ricordato che l'art. 23 Reg. C.E. n. 2201 del 2003 stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi, tenendo conto del preminente interesse del minore²⁶.

Relativamente alla nostra Costituzione, si può richiamare il diritto del minore ad essere mantenuto, istruito, educato dai propri genitori, ma, nel caso di loro incapacità la legge provvede a che siano assolti i loro compiti; la garanzia di ogni tutela giuridico-sociale dei figli nati fuori dal matrimonio (e le riforme del 2012-2013 hanno delineato un unico status per i figli nati dentro e fuori del matrimonio, dopo che quella del 1975

²⁴ Sul punto, tra gli altri, Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore* in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 2007, 108 ss. ; nella dottrina straniera Hodgkin – Newell, *Implementation hand book for the Convention on the Rights of the Child*, New York, 2007; Defossez- Dekeuwer, *Les Droits de l'Enfant*, Paris, 2008.

²⁵ Al riguardo Zagrebelskij G., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari 2003, 148; Keller – Stone – Sweet, *A Europe of Rights*, Oxford, 2008; Grizler-Ziller, *The Lisbon Treaty*, Wien-New York, 2008.

²⁶ Specificamente, sul punto, De Cesari, *L'affidamento dei minori, Nuovi principi e tendenze*, Milano 2007, 48 ss.; più in generale, Mellone, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitario* in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2010, 685.

aveva eliminato alcune gravi discriminazioni)²⁷. Allo stesso modo la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità e l'impegno a rimuovere gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, sembrano attagliarsi particolarmente al minore, per il quale lo sviluppo della personalità è caratteristico dato biologico²⁸.

7.

Ma, al fine di valutare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, almeno per quanto attiene agli Stati componenti del Consiglio d'Europa, è sicuramente rilevantisima la giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁹.

Quanto alla posizione di coppie dello stesso sesso, la Corte EDU (di cui si richiamano alcune pronunce, a puro titolo esemplificativo), ha affermato che il diritto di sposarsi non deve limitarsi a persone dello stesso sesso (pur precisando che la materia è di competenza dei singoli Stati, i quali però devono permettere che le coppie omosessuali possano godere di una vita familiare)³⁰; ha sanzionato le scelte del legislatore (nella specie, greco) che aveva previsto unioni registrate alternative al matrimonio, escludendo coppie omosessuali³¹, ha condannato l'Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia di coppie omosessuali, affermando che tale omissione, ripetuta nel tempo, comporta una violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU.

Quanto alla posizione del minore, ripetutamente la Corte EDU³² è intervenuta, affermando la preminenza del suo interesse, da valutarsi in concreto, nonché il suo diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare. Con riguardo al

²⁷ La letteratura al riguardo è ormai ampia: per un primo riscontro, tra gli altri, Bianca C.M. *Diritto civile II*, 1, *La famiglia*, Milano, 2014, 360; Dogliotti, *La filiazione fuori dal matrimonio in Commentario Sclessinger-Busnelli*, Milano 2014; Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 1.

²⁸ cfr. ancora Bessone, op. cit, 86 ss.

²⁹ Al riguardo, Corte Cost. 4 dicembre 2009 n. 317.

³⁰ Corte EDU 24 giugno 2010, *S. e K c. Austria*.

³¹ Corte EDU 7 Novembre 2013, *V. e altri c. Grecia*.

³² Corte EDU 21 Luglio 2015, *O. e altri c. Italia*.

principio di prevalenza del superiore interesse del minore³³, la Corte espressamente afferma che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può utilizzarsi in modo automatico senza prendere in considerazione l'interesse del minore e la relazione genitoriale, indipendentemente dal legame genetico³⁴; ovvero sanziona lo Stato che ha negato la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, in violazione della normativa interna che vieta la surrogazione di maternità³⁵.

8.

Anche la pronuncia richiamata dall'ordinanza in commento sui danni punitivi evidenzia l'evoluzione dell'ordine pubblico internazionale dai principi fondamentali dell'ordinamento interno alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nella Costituzione italiana, nei Trattati fondativi dell'Unione Europea nella Carta di Nizza. Fin qui i due concetti coincidono totalmente: in più la pronuncia delle sezioni unite richiama quelle leggi che "come nervature sensibili (...)inverano l'ordinamento costituzionale". Ma poi non si dice quali esse siano, con riguardo alle tecniche di risarcimento del danno, e ci si riferisce, in sostanza ancora una volta, ai principi costituzionali. Ma le leggi che "inverano" la Costituzione non possono che essere quelle di immediata e diretta attuazione dei principi costituzionali a chiarimento e specificazione di essi (e non certo tutte quelle dell'ordinamento semplicemente non confliggenti con la Costituzione).

Tanto per fare un esempio: un provvedimento straniero che comportasse discriminazione per i figli nati fuori dal matrimonio non potrebbe essere dichiarato efficace in Italia, in relazione alla lettera del comma terzo dell'art. 30 Cost., per cui ogni tutela giuridico – sociale deve peraltro essere compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La piena attuazione dei principi costituzionali trova evidente riscontro (più che nella riforma, meno compiuta al riguardo, del 1975, sulla filiazione e su tutto il diritto di famiglia) in quella più recente, del 2012/2013, che elimina ogni discriminazione, almeno a livello di status di

³³ Tra le altre, ancora a titolo esemplificativo: Corte EDU, 13 Giugno 1979, *M. c. Belgio*; 26 maggio 1994, *K. c. Irlanda*; 27 Aprile 2010, *M. e B. c. Italia*.

³⁴ Corte EDU 27 gennaio 2015, *P. e C. c. Italia*, che ha, al riguardo condannato l'Italia. La pronuncia è stata riformata dalla *Grande Chambre*, con sentenza del 24 gennaio 2017, non ha modificato il principio suindicato.

³⁵ Corte EDU 26 giugno 2014, *M. c. Francia*, che al riguardo ha condannato la Francia.

diritti e doveri, pur mantenendo ampie differenze, in ordine all'acquisto dello stato di filiazione³⁶.

Ma, in questa prospettiva, non vi sarebbero sostanziali differenze tra le due pronunce, in ordine alla nozione di ordine pubblico. E, del resto, tornando all'ordinanza di rimessione, non potrebbero proprio considerarsi "nervature sensibili che inverano l'ordinamento costituzionale", come essa sembra sostenere, quel che rimane della legge sulla fecondazione assistita, dopo gli interventi demolitori della Corte Costituzionale che l'ha ritenuta più e più volte contraria alla Costituzione³⁷. E neppure a ben vedere la legge sulle unioni civili intervenuta assai tardivamente e obbligatoriamente (dopo la condanna dell'Italia da parte della CEDU perchè non aveva ancora apprestato una disciplina normativa per le coppie dello stesso sesso) e con molte, troppe cautele (basti pensare alla risibile omissione dell'obbligo di fedeltà...) ³⁸, a fronte dei principi costituzionali di uguaglianza e di non discriminazione, nonché di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità.

Dunque, concludendo sul punto, ben avrebbe potuto il collegio della prima sezione decidere tutto. Ha preferito, e la scelta – lo si deve dire – appare assai pretestuosa, trasmettere gli atti alle sezioni unite. E dunque il più alto consesso della Cassazione, decise le questioni pregiudiziali, potrebbe pronunciarsi nel merito, e quasi sicuramente lo farà: anche per ragioni di economia processuale un'ulteriore rimessione alla sezione semplice appare assai improbabile.

9.

Ove non voglia modificare un orientamento, come si è visto, ormai consolidato, coerente, ed in sostanziale conformità con la giurisprudenza CEDU: ove ritenga dunque legittime le sentenze sulle "due madri", la Corte di Cassazione a sezioni unite non potrebbe che ritenere parimenti legittimo (e dichiarare l'efficacia in Italia del) provvedimento canadese. In caso contrario incorrerebbe in una palese discriminazione di genere.

Certo non si può sottacere che, quanto alle coppie maschili, è necessario fare i conti con un altro soggetto, una donna che si impegna a

³⁶ Al riguardo, cfr. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione*, in *Corr. Giur.*, 2013, 493.

³⁷ Corte Cost. 10 giugno 2014 n. 162; 8 maggio 2009 n. 151; 5 giugno 2015 n. 96.

³⁸ Al riguardo, cfr. Olivero, *Unioni Civili e presunta licenza di infedeltà*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, 212.

portare a termine la gravidanza, per loro conto³⁹. Nella specie, la legge dell'Ontario prevede che essa non possa rivendicare la sua maternità, così come il donatore anonimo non sa quale ovulo il suo seme feconderà e mai potrebbe rivendicare la sua paternità (anche l'Italia lo prevede, perché uno dei paradossi della legge sulla fecondazione assistita era che, vietata la fecondazione eterologa, peraltro la si disciplinava compiutamente, e così essa è disciplinata ancor oggi, dopo che la Corte Costituzionale ha eliminato il divieto⁴⁰, nelle modalità, negli effetti, e, in particolare, riguardo all'anonimato del donatore di seme)⁴¹.

Le posizioni sono ovviamente differenti. Il valore aggiunto per la donna è il rapporto biologico e l'empatia che si costituisce reciprocamente con l'organismo che va crescendo nel suo corpo. Ma il problema dovrebbe esaminarsi solo ed esclusivamente se la donna esplicitamente rivendicasse la sua maternità (sorgerebbero allora difficili problemi di coordinamento e di componimento tra interessi e posizioni apparentemente contrapposti, alla luce comunque del preminente interesse del nato). Ciò essa avrebbe potuto fare, nella specie, davanti al giudice canadese o a quello italiano. La soluzione privilegiata nella cultura anglosassone, e in particolare nella legge canadese dell'Ontario, sta nella sacralità del contratto, nella mistica della parola data, ma ciò non potrebbe imporsi sempre e comunque di fronte ai diritti fondamentali della persona e, in particolare a quello alla maternità.

Ma se, come accade nella maggior parte dei casi, la donna nulla chiede per sé, si troverà, in sostanza, con riferimento all'ordinamento italiano, fatte le debite proporzioni, nella condizione di quella che ha portato a termine la gravidanza, ma non consente di essere nominata nell'atto di nascita del figlio⁴², e la coppia maschile, come quella che ottiene un figlio in adozione ovvero in base al rapporto biologico, quando sia stato utilizzato nella fecondazione il seme di uno dei due uomini (un riconoscimento da parte del padre, rimanendo anonima la madre)⁴³.

³⁹ Per alcune osservazioni sulla maternità surrogata, subito dopo l'entrata in vigore della Legge n. 40, cfr. Dogliotti-Figone, *La fecondazione assistita*, Milano 2004, 185

⁴⁰ Corte Cost. 5 giugno 2015 n. 96, cit.

⁴¹ Cfr. ancora, Dogliotti, *La filiazione*, cit., 207.

⁴² Tra gli altri, Sesta, voce *Filiazione (Dir. Civ)*, in *Enc. Dir. (Annali)*, VIII, Milano, 2015, 445.

⁴³ Sulle problematiche inerenti, prima della L. 76, cfr. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 2013, 69. Successivamente, tra gli altri, Dogliotti, *Unione civile* cit., 805; Figone, *Lo scioglimento delle unioni*

Certo non dovranno incidere sulla protezione dei diritti fondamentali, pericolosi “sovranismi” (comincia ad avere fortuna e diffusione questo orribile neologismo) che sembravano superati dalla storia e che invece si ripresentano frequentemente con una rinnovata virulenza. Speriamo che tutto ciò non sia un segno dei tempi...

civili, in AAVV, **La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze**, Torino, 2016, 273; Longo, *op.cit.*, 95.