

# GenIUS

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

MASSIMO DOGLIOTTI

I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni  
unite della Cassazione

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

*online first*  
*destinato a GenIUS 2019-2*

## **I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione**

### **Sommario**

1. I precedenti. – 2. Sezioni semplici e sezioni unite. – 3. Carezza di giurisdizione? – 4. Ordine pubblico internazionale. – 5. Due padri e due madri.

### **Abstract**

L'Autore commenta la sentenza in cui la Cassazione a sezioni unite (Cass. s.u. 8 maggio 2019, n. 12193) ha giudicato su una coppia maschile (i "due padri") che avevano chiesto la trascrizione in Italia di un provvedimento del giudice canadese con cui si affermava la genitorialità di entrambi rispetto ad un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata. L'Autore si sofferma, in particolare, sull'impiego contraddittorio dell'istituto dell'ordine pubblico operato da parte delle sezioni unite per motivare il diniego della trascrizione.

*The Author provides a comment on the decision issued by the Italian Court of Cassation on May 8<sup>th</sup> 2019, n. 12193. The case concerns a male couple who had requested the transcription in Italy of a Canadian judge's order stating the parenting of both of them with respect to a child born abroad through surrogacy. The author dwells particularly on how contradictory was the reference to the public policy clause made by the Court to justify the refusal of the transcription.*

### **1. I precedenti.**

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 ambigualmente 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

---

\* Magistrato della Corte di Cassazione e Professore di Diritto di Famiglia, Università degli Studi di Genova.

dall'abbandono<sup>1</sup>. E l'interpretazione ha trovato, dopo la l. n. 76, sicuro avallo in una ormai nota pronuncia della Cassazione<sup>2</sup>. 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 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 costituzionale<sup>3</sup> 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 estranei<sup>4</sup>.

In materia è intervenuta un'altra decisione della Suprema Corte<sup>5</sup>. 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».

In tale prospettiva si inserisce una successiva pronuncia di merito<sup>6</sup> che ha dichiarato efficace un provvedimento giurisdizionale straniero, relativo a due conviventi maschi, dichiarati genitori di due

1 Al riguardo, cfr. Dogliotti, *Unioni civili, adozione, genitorialità*, in *Codice dell'Unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, 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.; in prospettiva generale, tra gli altri, Buffone, Gattuso, Winkler, *Unione civile e convivenza*, Milano 2017.

2 Cass. 22 giugno 2016 n. 12962,

3 Corte Cost. 7 ottobre 1999 n. 383.

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

5 Cass. 30 settembre 2016 n. 19599.

6 App. Trento 23 febbraio 2017, in *Art. 29*, 2017.

bambini, nonostante per uno dei conviventi stessi non vi fosse alcun rapporto biologico con i nati, ma pure un'ulteriore sentenza della Suprema Corte<sup>7</sup> 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 costituzionale<sup>8</sup>. 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.

La giurisprudenza, fino ad ora soltanto di merito, ha pure affrontato, come già si è visto, la problematica inerente alla prole di coppia omosessuale maschile, riguardo alla quale è comunque necessariamente presente una maternità surrogata, ora pronunciando l'adozione del partner del padre biologico<sup>9</sup>, ora dichiarando efficace e trascrivendo in Italia l'atto di nascita redatto all'estero, indicante la genitorialità di entrambi<sup>10</sup>.

È appena il caso di precisare che, pur essendo inserito il comma 20 della L. n. 76/2016 nella prima parte relativa alle unioni civili, l'interpretazione privilegiata, che ammetterebbe l'adozione del figlio di una delle parti dell'unione, così come la possibilità di dichiarare efficace in Italia e suscettibile di trascrizione il provvedimento straniero di adozione o l'atto di nascita formato all'estero, dovrebbe necessariamente estendersi pure alle convivenze di fatto, disciplinate nella seconda parte della legge. Se come si è detto, l'interesse del minore è il valore comunque preminente e tendenzialmente prevalente su ogni altra posizione, esso dovrebbe applicarsi anche nei casi suindicati. Negando tale possibilità, paradossalmente la discriminazione tra figli nati dentro e fuori del matrimonio che per tanto tempo (anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione) ha funestato il nostro ordinamento, circoscritta, ma non completamente superata dalla riforma del 1975, ed eliminata totalmente soltanto con le recenti riforme del 2012/2013, si riproporrebbe nell'applicazione della L. n. 76/2016<sup>11</sup>.

## 2. Sezioni semplici e sezioni unite.

Oggi la Cassazione a sezioni unite (Cass. s.u. 8 maggio 2019, n. 12193) ha giudicato 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

7 Cass. 15 giugno 2017, n. 14878.

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

9 Trib. Min. Bologna, 7 luglio 2017 in *Il familiarista*, 2017.

10 App. Trento 23 febbraio 2017, cit.; Trib. Venezia 28 giugno 2018, in Art. 29, 2018; contra App. Milano 28/12/2016, in *Il familiarista*, 2016; Trib. Roma 27 luglio 2018, ivi 2018.

11 Così Dogliotti, *Unioni civili*, cit., 821.

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. La sezione semplice (prima civile) ha ritenuto di non giudicare e di rimettere gli atti alle sezioni unite, previo provvedimento del primo presidente (Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382, ordinanza).

Va subito osservato che non vi era alcun obbligo al riguardo. Com'è noto, l'unico vincolo per le sezioni semplici è stato introdotto dall'art. 8 d. lgs. 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. È 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)<sup>12</sup>. 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.

### 3. Carenza di giurisdizione?

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<sup>13</sup>, previsione ulteriormente rafforzata dall'entrata in vigore della Costituzione. La stessa sentenza delle sezioni unite che l'ordinanza di rimessione esamina richiama<sup>14</sup> 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 pro-

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 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.

prio, 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 giurisdizione<sup>15</sup>. E 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 giustizia<sup>16</sup>. Le Sezioni unite, nella recente sentenza, hanno motivato nel senso suindicato.

#### 4. Ordine pubblico internazionale.

Dispiace peraltro che la questione più importante sia stata sviluppata dall'ordinanza di rimessione 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"<sup>17</sup>, 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 internazionale, sembra trattare ora dell'uno ora dell'altro, finendo per confondere i due concetti, ben chiari invece nell'orientamento più che consolidato, come si vedrà, della Cassazione (almeno sul punto la sentenza delle "due madri" presenta un'impronta assolutamente "tradizionale").

Vanno necessariamente richiamati l'art. 18, d.P.R. n. 396/2000, 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, appunto, 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 la Cassazione<sup>18</sup> per cui quello richiamato dall'art. 16, L. n. 218 del 1995 (e, necessariamente, pure dall'art. 18, d.P.R. n. 396/2000) 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" (e la sentenza in commento afferma di non volersi discostare da questi principi).

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

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.

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

ONU dei diritti del fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore. Così la prima sentenza della Cassazione sulle due madri e un'altra successiva che l'ha seguita<sup>19</sup>. 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. 8 e 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione<sup>20</sup>.

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"<sup>21</sup>.

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)<sup>22</sup>. 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)<sup>23</sup>.

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 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 possibile<sup>24</sup>. 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 compiuta<sup>25</sup>. Va ancora ricordato che l'art. 23 Reg. CE n. 2201 del 2003 stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi, tenen-

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

<sup>20</sup> Al riguardo, cfr. Raffiotta, *Matrimonio, famiglia, e unioni tra persone dello stesso sesso*, in Mezzetti – Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo nei 60 anni della CEDU*, Torino, 2011, 323.

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

<sup>22</sup> 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.

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Al riguardo Zagrebelskij, *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.

do conto del preminente interesse del minore<sup>26</sup>.

Riguardo 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 aveva eliminato alcune gravi discriminazioni)<sup>27</sup>. 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 atteggiarsi particolarmente al minore, per il quale lo sviluppo della personalità è caratteristico dato biologico<sup>28</sup>.

Ma, al fine di valutare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, almeno per quanto attiene agli Stati componenti del Consiglio d'Europa, è sicuramente relevantissima la giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui si è già fatto riferimento, e che anzi è ormai considerata pacificamente fonte di diritto a tutti gli effetti, imponendosi agli ordinamenti degli Stati membri (appare assai significativo che la sentenza in commento non inserisca la giurisprudenza della Cedu fra le fonti dell'ordine pubblico internazionale, ma, in qualche modo circoscrivendone la portata, collochi la Corte europea tra le istituzioni giudiziarie, interpretative del diritto, accanto alla nostra Cassazione e alla stessa Consulta, quando non dichiari l'incostituzionalità della norma)<sup>29</sup>.

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)<sup>30</sup> ha sanzionato le scelte del legislatore (nella specie, greco) che aveva previsto unioni registrate alternative al matrimonio, escludendo coppie omosessuali<sup>31</sup>.

Anche la pronuncia delle sezioni unite, sui danni punitivi, già indicata e richiamata dalla recente sentenza, sui due padri, già indicata, 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

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.

27 La letteratura al riguardo è ormai ampia: per un primo riscontro, tra gli altri, Bianca, *Diritto civile II, 1, La famiglia*, Milano, 2017, 360; Dogliotti, *La filiazione fuori dal matrimonio*, in *Commentario Schlesinger-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*.

del comma 3 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 diritti e doveri, pur mantenendo ampie differenze, in ordine all'acquisto dello stato di filiazione<sup>32</sup>.

Ma, in questa prospettiva, non vi sarebbero sostanziali differenze tra le due pronunce suindicate, 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 sembrava sostenere, e la sentenza sui due padri pare confermare, 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 Costituzione<sup>33</sup>. E neppure, a ben vedere, la legge sulle unioni civili, intervenuta assai tardivamente e obbligatoriamente (dopo la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU perché 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...) <sup>34</sup> 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. Va ancora precisato che elemento unificante e criterio ispiratore e giustificante di tutta la legislazione minorile (dai principi costituzionali ai codici, alle leggi speciali civili, penali, amministrative - e dunque alle leggi "che inverano la Costituzione", ove esse siano riconoscibili dalle altre... - e via via a tutte le altre fonti del diritto, ma pure alla giurisprudenza e prassi giudiziaria relativa) è necessariamente la protezione del preminente interesse del fanciullo.

Dunque, il riferimento alla normativa ordinaria rilevante per l'ordine pubblico internazionale si ridurrebbe a ben poca cosa (e sul punto la sentenza n. 12193, in esame, si dibatte in evidenti contraddizioni, come pure il suo precedente sui danni compensativi<sup>35</sup>, che essa sembra voler specificare e sviluppare, pur affermando, come si diceva, che non vuole contraddire la nozione di ordine pubblico internazionale, già suindicata ed ampiamente consolidata, anche presso le Sezioni Unite). D'altra parte, come si potrebbero distinguere le norme ordinarie rilevanti, quelle che "incarnano" (per usare il termine utilizzato dalla Cassazione) o non "incarnano" i principi costituzionali? È evidente che tutte le norme ordinarie devono essere conformi a Costituzione, ma pure ai relevantissimi Documenti internazionali e comunitari, cui si è fatto ampiamente riferimento (nonché alla giurisprudenza della Corte EDU come di quella della Corte di Giustizia dell'UE) e, allora, la rilevanza delle norme ordinarie, ai fini della costruzione dell'ordine pubblico internazionale, finirebbe per estendersi a tutto l'ordinamento interno, facendo nuovamente coincidere ordine pubblico internazionale e interno, prima che proprio la Cassazione li distinguesse<sup>36</sup>. Del resto, il giudice, valutando la conformità della norma all'ordine pubblico internazionale, dovrebbe considerarne l'eventuale incostituzionalità. Una situazione dunque di totale incertezza.

Senza contare che una delle mete che l'Unione Europea si propone, consiste in una progressiva armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, soprattutto quando siano in questione diritti fondamentali<sup>37</sup>, e percorrono tale via i suindicati Documenti, ma pure i regolamenti e le raccomandazioni che s'impongono ai singoli Stati membri nonché la giurisprudenza delle due Corti europee, pur

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

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

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

35 Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601.

36 Al riguardo, in particolare, Cass. 16 novembre 2000, n.14870; Cass. S.U. 18 luglio 2008 n. 19809.

37 Sul punto, in particolare, cfr. Trucco, *op. cit.*, Torino, 2013, 116 ss.

ammettendosi la possibilità, allo stato attuale, di diverse discipline<sup>38</sup>. Al contrario, l'enfaticizzazione sulla normativa ordinaria, sostanzialmente espressa dalla sentenza in esame, ancor più che dal suo precedente sui danni compensativi, allontana dall'armonizzazione richiesta, esalta le differenze e, seppur indirettamente (non si mette certo in discussione l'onestà intellettuali dei componenti del collegio), incoraggia e comunque può essere strumentalizzata da nazionalismi e sovranismi che, in modo assai preoccupante, vanno diffondendosi in Europa.

## 5. Due padri e due madri.

Alla fine, dunque, le sezioni unite escludono l'efficacia in Italia del provvedimento straniero, sui "due padri".

La sentenza esamina i tre precedenti della Cassazione relativi alla dichiarazione di genitorialità di due donne<sup>39</sup> e fa rilevanti ammissioni, seppur sotto forma di *obiter dicta*, che vanno comunque evidenziati: riconosce la possibilità di adozione, in casi particolari, tanto per le coppie femminili che per quelli maschili, riferendosi (anche questa affermazione è importante) all'ipotesi di impossibilità di affidamento preadottivo. Attribuisce poi legittimità alle altre due pronunce: la prima, perché entrambe le madri potevano considerarsi biologiche (avendo una offerto l'ovulo, fecondato da donatore anonimo, e l'altra, portato a termine la gravidanza); e, argomentando sicuramente con maggior difficoltà, la seconda, perché riconosceva la genitorialità della madre non biologica (definita dalla sentenza in commento "intenzionale", e che meglio potrebbe indicarsi come "affettiva", "madre d'affetto"), in quanto non vi era surrogazione di maternità, ma semmai una situazione analoga a quella della fecondazione eterologa.

Esamina la sentenza in commento anche altre pronunce, alcune in realtà assai lontane dalla fattispecie dedotta. Si fa riferimento ad una, della Consulta<sup>40</sup>, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 263 c.c., relativa all'impugnazione del riconoscimento del figlio, nella parte in cui sembra privilegiare il *favor veritatis* sull'interesse del minore, relativamente ad una coppia eterosessuale ("biologico" il padre, ma non la madre priva di fertilità; nascita a mezzo di maternità surrogata). Afferma la Corte costituzionale che vi sono variabili molto più complesse rispetto alla rigida alternativa vero - falso, e dunque l'interesse del minore è preso in considerazione. È presente una valutazione che, in quel contesto, diventa non più che un *obiter dictum*, fortemente negativo sulla surrogazione.

Considerano altresì le Sezioni unite altra pronuncia meno recente della Cassazione<sup>41</sup>, che aveva confermato l'adottabilità di un minore, i cui sedicenti genitori (un uomo e una donna, uniti in matrimonio) non avevano alcun rapporto biologico con il nato straniero, in totale contrasto anche con la legge del luogo: probabilmente non vi era stata neppure surrogazione di maternità, ma sembrava fondato il sospetto che vi fosse stato passaggio di denaro da essi agli effettivi genitori.

Nulla di tutto ciò riguarda la fattispecie in esame. I due padri non si attribuiscono falsamente uno status altrui, mentre il genitore che non ha rapporto biologico con il nato, ottiene la relativa dichiarazione in piena conformità alla legge del luogo. Dunque, a differenza della pronuncia sopra indicata,

38 In dottrina, tra gli altri, Morrone, *Sui rapporti tra norme CEDU e ordinamento costituzionale*, in Messetti - Morrone, *op. cit.*, 189.

39 Nell'ordine, Cass 22 giugno 2016, n. 12962, cit.; Cass 30 settembre 2016, n. 19599; Cass 15 giugno 2017, n. 14878, cit. Non condivide, sul punto specifico, l'opinione della Cassazione, ma in realtà ...conduce alle estreme conseguenze il pensiero di questa, una recentissima pronuncia di merito: Trib. Agrigento 15 maggio 2019, inedita.

40 Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

41 Cass 16 luglio 2014, n. 16280.

non vi sarebbe alcun aggiramento della disciplina adozionale, e non avrebbe gran senso parlare, come fa la sentenza in commento, di tutela di questa, che ha caratteri e portata operativa del tutto differenti. Assai più simile, come si diceva, la fattispecie sottesa al più vicino precedente della Cassazione, più volte ricordato: donatore di seme anonimo, madre biologica, madre "affettiva" che ottiene la genitorialità, appunto, secondo la legge del luogo.

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 portare a termine la gravidanza, per loro conto<sup>42</sup>. 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 divieto<sup>43</sup> - nelle modalità, negli effetti, e, in particolare, con riguardo all'anonimato del donatore di seme)<sup>44</sup>.

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 - è da ritenersi - dovrebbe poter fare, nella specie, davanti al giudice canadese o a quello italiano. La soluzione spesso 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 in genere avviene, 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 figlio e dunque è giuridicamente inesistente per lui<sup>45</sup>, e la coppia maschile, come quella che ottiene un figlio in adozione (piena) ovvero in base al rapporto biologico, quando sia stato utilizzato nella fecondazione il seme di uno dei due uomini<sup>46</sup>. È appena il caso di precisare che non ha senso parlare di tutela della gestante, come pure fa la Cassazione per giustificare l'inefficacia del provvedimento, quando questa, come accade nella grande maggioranza dei casi, non ha alcun interesse ad assumere il ruolo di madre.

Ma allora, sulla base di queste precisazioni, l'unica differenza della sentenza sui due padri rispetto al precedente delle due madri (Cass. n. 14878 del 2017, cit.), è che in quello si tratta di due donne e qui di due uomini. Una palese discriminazione di genere. Ed è assai curioso che, di fronte alle tante, rinvenibili tra coppie eterosessuali ed omosessuali, oggi invece se ne individui una, anch'essa peraltro intollerabile, tra coppie omosessuali femminili e maschili, stavolta a vantaggio delle donne e a scapito degli uomini.

Ancor più grave appare la discriminazione tra figli di coppie femminili e maschili. È evidente, tra l'altro, che, in assenza della donna che ha partorito e non intende assolutamente rivestire il ruolo di madre, il minore si ritroverà necessariamente privo di un genitore. Il padre "affettivo" - suggerisce la

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

43 Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, cit.

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

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

46 Sulle problematiche inerenti, prima della L. 76, cfr. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 2013, 69. Successivamente, tra gli altri, Dogliotti, *Unioni civili*, cit., 805; Figone, *Lo scioglimento delle unioni civili*, in AAVV, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 273.

presente sentenza - potrebbe chiedere l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art 44, lett. d), L. n. 184/1983, più volte ricordato, ma ciò non eliminerebbe, se non parzialmente, la disparità di trattamento<sup>47</sup>. Tale adozione è ben altra cosa rispetto alla dichiarazione di genitorialità che invece corrisponde perfettamente all'adozione "piena" (riservata nel nostro ordinamento alle coppie eterosessuali coniugate): si scioglie ogni legame con la famiglia di origine; il minore entra a tutti gli effetti in quella dei genitori come se fosse nato entro il loro matrimonio; l'adottato costituisce un rapporto legale con tutti gli altri membri della famiglia; l'adozione è irrevocabile<sup>48</sup>; tutti elementi estranei all'adozione in casi particolari, assimilabile invece a quella di maggiorenni<sup>49</sup>. Per di più quest'adozione richiede la valutazione dello specifico interesse del minore, previsione senz'altro condivisibile, ma che potrebbe dar luogo a valutazioni contrastanti e gravi incertezze interpretative, come accade ogni volta che ci si riferisce del tutto genericamente a tale interesse<sup>50</sup>.

Va precisato che su genitorialità e maternità surrogata è intervenuta qualche anno fa una sentenza della Corte EDU<sup>51</sup>, totalmente contrastante con l'opinione oggi espressa dalla Cassazione, la quale la richiama, ma non sembra coglierne esattamente la portata. Ricorrenti sono due coppie eterosessuali di cittadini francesi; le madri non sono fertili e le coppie si rivolgono alla maternità surrogata negli Stati Uniti d'America; le due partorienti non rivendicano alcun diritto; le coppie chiedono la trascrizione in Francia degli atti di nascita, formati in conformità alla legge del luogo, con i quali si attribuisce la genitorialità anche alle madri, che non hanno rapporti biologici con i nati (i padri hanno trasmesso il seme); i giudici francesi, fino alla più alta giurisdizione, escludono la possibilità di trascrizione, essendo vietata dall'ordinamento francese la maternità surrogata.

La Corte EDU riconosce la violazione dell'art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque del diritto, per i minori, alla "vita familiare", affermando, con grande saggezza, che gli Stati membri del Consiglio d'Europa mantengono un ampio margine di autonomia, a causa delle delicate questioni etiche relative alla maternità surrogata e alla mancanza di comune consenso in materia, ma – precisazione assai significativa - "si restringe il margine" di autonomia, quando è in questione la genitorialità che coinvolge, tra l'altro, profili relevantissimi dell'identità personale: in bilanciamento equo tra gli interessi dello Stato e dei minori, deve prevalere quello dei nati, la cui vita familiare sarebbe messa in pericolo, sussistendo una situazione di "incertezza legale", che sicuramente nuocerebbe al loro armonico sviluppo.

Per quanto si è detto, un ricorso dei due padri alla Corte EDU, in relazione alla sentenza in commento, avrebbe buone possibilità di accoglimento, e lo Stato italiano potrebbe essere condannato al risarcimento del danno.

<sup>47</sup> Su tali adozioni, cfr., tra gli altri, Dogliotti-Astiggiano, *Le Adozioni*, Milano 2014, 201 ss.

<sup>48</sup> Sull'adozione (piena) di minori, cfr. Dogliotti-Figone-Mazza Galanti, *Codice dei Minori*, Milano, 2009, 395; specificamente, sulla differenza tra adozione piena e in casi particolari, di minori, v. Cattaneo, *Voce Adozione*, in *Dig. Civ.*, I Torino, 1987, 155;

<sup>49</sup> Sull'adozione di maggiorenni, cfr. per tutti Dogliotti, *Adozioni di maggiorenni e minori*, in *Comm. Schlesinger - Busnelli*, Milano 2002, 189

<sup>50</sup> Cfr., al riguardo, Dogliotti, *La potestà dei genitori*, cit. 187

<sup>51</sup> Corte EDU 26 giugno 2014 (Ric. 65941/11)