



diritto & religioni

Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

23



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XII - n. 1-2017
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttori
Mario Tedeschi - Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero (†), A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

M. Jasonni, L. Musselli (†)

G.J. Kaczyński, M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli

P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Chiara Ghedini - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Francesco Rossi - Prof. Annamaria Salomone - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura - Prof. Ilaria Zuanazzi.

Il figlio di due madri. Note a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016

PAOLO DI MARZIO

1. La vicenda umana e giudiziaria. Le decisioni di merito.

Con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599¹, la prima sezione della Cassazione ha deciso che un bambino può essere giuridicamente figlio di due madri. Prima di esaminare alcuni passaggi della decisione della Suprema Corte, sembra opportuno ricostruire, sia pure in sintesi, l'intera vicenda umana e giudiziaria del bambino e delle sue madri¹.

Le signore R.V.M., di nazionalità spagnola, e L.M.B., cittadina italiana, hanno contratto matrimonio in Spagna il 20.6.2009. Dal certificato di nascita del minore risulta che sono entrambe madri di T.B.V., bambino che porta i cognomi di ambedue ed è nato a Barcellona il 21.2.2011.

La signora L.M.B. ha donato gli ovuli necessari per il concepimento del bambino mediante fecondazione eterologa, ed è pertanto madre genetica del piccolo, mentre la gravidanza è stata portata avanti fino alla nascita dalla signora R.V.M., madre partoriente; il minore è cittadino spagnolo.

Le signore hanno domandato congiuntamente la trascrizione dell'atto di nascita del bambino in Italia nel corso dell'anno 2013. L'ufficiale dello stato civile di Torino, raccolto il parere contrario della locale Procura della Repubblica, ha opposto il rifiuto a trascrivere l'atto, ritenendo ostative ragioni di ordine pubblico. Le signore hanno proposto reclamo in data 30.7.2013.

Agli inizi dell'anno 2014 R.V.M. e L.M.B. hanno divorziato consensualmente, sempre in Spagna, sulla base di un accordo sottoscritto il 21.10.2013, in cui si prevede l'affidamento congiunto del minore con condivisione tra le due donne delle responsabilità genitoriali.

Avverso il diniego di trascrizione opposto dall'Ufficiale dello stato civile, R.V.M. e L.M.B. hanno proposto reclamo ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000, che è stato respinto dal Tribunale di Torino con decreto del 21.10.2013, ritenendo

¹ La sentenza commentata è stata pubblicata nel n. 2/2016 di questa Rivista. Per più ampi ragguagli cfr., in CED Cass., la *Relazione* n. 18 del 3 febbraio 2016 (est. DI MARZIO P.) - preliminare alla pronuncia della Suprema Corte n. 19599 del 30 settembre 2016, ora in esame - redatta per l'Ufficio del Massimario della Cassazione, di cui la presente nota sintetizza, integra e sviluppa i contenuti a seguito della intervenuta decisione.

sussistere un ostacolo di ordine pubblico, perché nell'ordinamento italiano madre è (solo) colei che partorisce. Il Tribunale ha evidenziato che le domande originariamente proposte dalle due donne erano state: 1) l'accertamento del rapporto di filiazione intercorrente tra il minore e L.M.B., cittadina italiana; 2) l'accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato italiano dell'atto di nascita del bambino; 3) l'accertamento dei requisiti di legge per l'acquisto, da parte del minore, della cittadinanza italiana; 4) l'ordine, da impartirsi all'Ufficiale dello stato civile, di provvedere alla annotazione e trascrizione nei registri dell'anagrafe dell'atto di nascita del bambino.

Annotava il Tribunale che nell'atto di nascita del minore, allegato dalle parti in integrale, il minore risultava figlio della madre A, di cittadinanza spagnola, e della madre B, di cittadinanza italiana, mentre nel certificato di nascita «prodotto per estratto, la prima risulta essere il padre e la seconda la madre». Osservava, inoltre, che le domande volte ad ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione ed il riconoscimento della cittadinanza italiana al minore (comunque cittadino spagnolo) non potevano essere esaminate nella procedura attivata ai sensi dell'art. 96 del Dpr 396 del 2000, prevista per contestare, in sede di volontaria giurisdizione, il rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile dal compiere un atto di sua competenza. Unica domanda ammissibile nell'ambito del giudizio promosso era quindi quella volta all'«*accertamento dei requisiti di legge per il riconoscimento, nello Stato Italiano, dell'atto di nascita del minore ... domanda che deve essere riformulata come volta ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero*».

Il Tribunale rilevava però che, al fine della trascrizione di atti di nascita formati all'estero, le disposizioni che regolano la materia sono gli artt. 17 (*Trasmissioni di atti*) e 19 (*Trascrizioni*) del Dpr n. 396 del 2000. La prima norma disciplina la trasmissione, curata dall'Autorità Consolare all'Ufficiale dello stato civile italiano, degli atti e provvedimenti relativi al cittadino italiano formati all'estero perché possa provvedersi alla trascrizione. La seconda disposizione regola invece gli atti dello stato civile redatti all'estero ed in relazione a cittadini stranieri, residenti però in Italia, che possono essere trascritti presso il Comune di residenza degli interessati nel nostro Paese. Osservava allora il giudice di prime cure che, nel caso in esame, il minore è un cittadino straniero e risiede all'estero, non risultano perciò integrate le condizioni perché gli atti che lo riguardano siano trascritti nei registri dell'anagrafe italiana.

Il Tribunale ha perciò concluso che non possa procedersi alla trascrizione dell'atto di nascita, formato all'estero, del minore T.B.V., ai sensi dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, per contrarietà all'ordine pubblico, inteso come insieme di principi desumibili dalla Carta Costituzionale o comunque fondanti l'intero assetto ordinamentale, fra i quali le norme in materia di filiazione che fanno espresso riferimento ai concetti di padre, madre, marito e moglie. In particolare osta alla trascrizione, nel caso di specie, il principio immanente nel nostro ordinamento secondo il quale la madre è solo colei che partorisce il bambino.

Le reclamanti hanno quindi proposto impugnazione domandando alla Corte d'Appello di Torino, previa revoca del decreto impugnato, di accertare e dichiarare esistente il rapporto di filiazione tra il minore e la signora L.M.B. ex art. 33, L. 218 del 1995²; di rilevare che sussistono i requisiti di legge per il riconoscimento nello

² In ordine a questa domanda, che pure sembra di rilievo essenziale, non pare possa rinvenirsi

Stato Italiano dell'atto di nascita del minore e del conseguente diritto di quest'ultimo ad acquisire la nazionalità italiana; di ordinare all'Ufficiale dello stato civile di Torino di provvedere alla trascrizione e/o annotazione nei Pubblici Registri dell'Anagrafe dell'atto di nascita del minore, con ogni consequenziale provvedimento di legge ritenuto opportuno per la miglior tutela di T.B.V.

Ha rilevato la Corte di merito che il minore è nato in Spagna e secondo il diritto spagnolo l'italiana L.M.B. è madre legittima, in applicazione del principio del *ius sanguinis*, tanto quanto la spagnola R.V.M. e le due donne sono indicate nel certificato di nascita - *Certification Literal* - del registro dello stato civile del Comune di Barcellona come "madre A" e "madre B", ed alla trascrizione del certificato di nascita del minore, ha ritenuto la Corte torinese, può procedersi ai sensi dell'art. 17 del Dpr n. 396 del 2000. Secondo la Corte d'Appello, dal disposto dell'art. 33 della L. n. 218 del 1995 discende, con evidenza, che la norma di diritto internazionale privato attribuisce ai provvedimenti accertativi (certificato di nascita) dello Stato estero ogni determinazione in ordine al rapporto di filiazione, con conseguente inibizione al giudice italiano di sovrapporre propri accertamenti sulla validità di un titolo che è valido per la legge nazionale di rinvio³. Secondo la Corte sabauda, l'assunto è confermato dal disposto di cui all'articolo 65 della legge n. 218 del 1995, il quale prevede che hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità, quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrarie all'*ordine pubblico* e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

Occorreva pertanto valutare se la trascrizione dell'atto di nascita del minore dovesse ritenersi non consentita per contrasto con l'ordine pubblico italiano.

I giudici dell'appello hanno ritenuto di aderire, al proposito, all'orientamento proposto dalla Suprema Corte secondo cui il concetto di ordine pubblico ai fini internazionale-privatistici si identifica con quello indicato con l'espressione "*ordine pubblico internazionale*"⁴, da intendersi come «*complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su*

nella pronuncia della Corte piemontese una decisione espressa. In dispositivo, comunque, la Corte di merito scrive: "Accoglie il reclamo", ma poi specifica: "E per l'effetto ordina all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita (...)". Si è anticipato che la domanda era stata rigettata dal Tribunale di Torino, il quale aveva ritenuto la stessa non esaminabile nell'ambito di una procedura promossa ai sensi dell'art. 96 del Dpr n. 396 del 2000.

³ La Corte sabauda ha richiamato, a sostegno dei propri argomenti, quanto deciso da Cass. sez. I, sent. 14.1.2003, n. 367, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1, 2004, p. 262, e da Cass. sez. I, sent. 1.10.2003, n. 14545, pubblicata in *Fam. dir.*, 1/2005, p. 47, con nota di SIMONE MERELLO, *Il valore del certificato di nascita straniero al fine del ricongiungimento familiare*.

⁴ La Corte di merito ha esplicitato quali sono i precedenti di legittimità cui intendeva far riferimento, ed ha indicato: Cass. sez. III, sent. 22.8.2013, n. 19405, edita in *Foro it.*, 2014, I, p. 2898, con nota di MARIA CASORIA, "Per aspera ad astra": *la risarcibilità del danno "parentale" assurge a principio di ordine pubblico internazionale*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 139, con nota di MASSIMO MAZZOLA, *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio jura novit curia)*; Cass. sez. L, sent. 26.4.2013 n. 10070 (Ced Cass. *Rv.* 626439) che richiama Cass. sez. I, sent. 6.12.2002 n. 17349 (Ced Cass., *Rv.* 559033), pubblicata in *Foro pad.*, 2003, p. 62; nonché Cass. sez. L, sent. 23.2.2006 n. 4040, edita in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 157.

esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale».

Questa premessa è risultata necessaria alla Corte di merito per affermare che nel caso di specie, nonostante l'emergere di numerose situazioni giuridicamente problematiche, operando anche riferimento alla necessità di valorizzare il superiore interesse del minore, il possibile contrasto con l'ordine pubblico interno doveva essere escluso. Questo doveva affermarsi sebbene in Italia il matrimonio omosessuale non riceva un riconoscimento legale, non si preveda la possibilità che un bambino abbia una madre - ulteriore e, comunque - diversa dalla partoriente, la inseminazione eterologa sia consentita solo a coppie infertili di sesso diverso e la maternità surrogata sia vietata, prevedendosi l'irrogazione di sanzione penale per i trasgressori.

Secondo i Giudici torinesi deve adeguatamente valorizzarsi il preminente interesse del minore che, ove il suo atto di nascita non fosse trascritto, non avrebbe in Italia un esercente la responsabilità genitoriale e nessuno potrebbe esercitarne la rappresentanza con riferimento a problematiche sanitarie, scolastiche e ricreative. Inoltre il bambino si troverebbe costretto a vivere, nella società italiana, in una condizione di incertezza giuridica, e verrebbe anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia della madre genetica ma non partoriente.

In conseguenza di queste valutazioni la Corte d'Appello, con decreto depositato il 4.12.2014, ha accolto il reclamo ed ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di Torino di trascrivere l'atto di nascita del minore, figlio di due madri.

2. Il ricorso per Cassazione proposto dal Procuratore generale della Corte d'Appello di Torino

Avverso il decreto emesso dalla Corte territoriale di Torino ha proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale di Torino.

Il ricorrente ha osservato che il «tema centrale della questione» consiste nel verificare se la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di due madri comporti la *violazione dell'ordine pubblico* italiano, ostandovi in tal caso il limite previsto dagli articoli: n. 18 del Dpr n. 396 del 2000, e n. 65 della legge n. 218 del 1995.

La Corte d'Appello di Torino, ha ricordato l'impugnante, aveva richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte laddove afferma che in materia di ordine pubblico, ai fini internazional-privatistici, il concetto rilevante è quello di *ordine pubblico internazionale*, da intendersi come il complesso di principi fondamentali caratterizzanti non solo l'ordinamento interno ma anche esterni, «purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale», fermo restando che ogni giudizio il quale abbia conseguenze su di un minore deve essere orientato al rispetto del suo superiore interesse. Ha osservato allora il ricorrente che la Corte di merito non aveva però ritenuto di operare riferimento anche alla recente pronuncia della prima sezione civile della Suprema Corte del 26 settembre 2014, n. 24001⁵. In questa decisione la Suprema Corte ha ribadito che l'ordine pubblico non si

⁵ Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2014, 1, p. 3408 con nota di GEREMIA CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*,

identifica con qualsiasi norma imperativa, consistendo esso nei principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico, mentre è invece inesatto affermare che l'ordine pubblico si identifichi con «i valori condivisi della comunità internazionale». L'ordine pubblico internazionale è il limite che l'ordinamento giuridico nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna, e «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale», come sostenuto dai ricorrenti⁶, «ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». In quella decisione, pertanto, la Suprema Corte ha ritenuto che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità, protetto da sanzione penale, attiene all'ordine pubblico. Contro questa valutazione non può invocarsi la migliore tutela del superiore interesse del minore, perché l'interesse del minore è stato valutato a monte dal legislatore, che ha deciso di riconoscere la maternità a chi ha partorito il bambino, consentendo peraltro di attivare l'istituto dell'adozione per assicurare al minore anche un secondo genitore che non abbia con lui legami biologici.

Il Procuratore ricorrente ha quindi sostenuto che il principio secondo cui «la filiazione sia necessariamente discendenza da persone di sesso diverso» appare come «un principio fondamentale, e addirittura immanente perché discendente dal diritto naturale». Un simile principio non può essere messo in discussione, conseguendone il contrasto con l'ordine pubblico «delle discipline che consentono soluzioni antitetiche, quale quella spagnola che consente la formazione di un atto di nascita nel quale al minore sono attribuite due madri».

Il Procuratore Generale di Torino domandava pertanto l'annullamento del decreto di rigetto della domanda di trascrizione dell'atto di nascita, pronunciato dalla Corte d'Appello di Torino⁷, e la conferma del decreto di segno opposto pronunciato invece dal Tribunale di Torino in data 21.10.2013.

3. Il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno.

Avverso il decreto della Corte d'Appello di Torino che ha disposto la trascrizione nei registri dell'anagrafe in Italia dell'atto di nascita del piccolo T.V.B., ha proposto impugnazione in Cassazione anche il Ministero dell'Interno.

Nel ricorso redatto quale difensore del Ministero, l'Avvocatura dello Stato ha innanzitutto contestato, ai sensi dell'art. 360, co. I, n. 3, C.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000, nonché degli artt. 5 e 9 della legge n. 40 del 2004.

4/2015, p. 471, con nota di ANDREA RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235, con nota di CLAUDIA BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

⁶ Questa concezione dell'ordine pubblico, invero, è stata talora proposta anche dalla Suprema Corte, cfr. Cass. sez. L., sent. 11.11.2000, n. 14462, edita in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2719 ss., con nota di ANDREA PARDINI, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*.

⁷ Per aver «violato o falsamente applicate le richiamate disposizioni (art. 18, Dpr 396/2000, art. 269, terzo comma, c.c., art. 65, L. 218/1995)», ha ribadito il ricorrente.

Il ricorrente ha ricordato, a tal proposito, che l'art. 18 del Dpr n. 396 del 2000 dispone: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico», ed ha sostenuto che la nozione di ordine pubblico (internazionale) posta a fondamento della propria decisione dalla Corte d'Appello di Torino nel decreto impugnato, la quale ha indotto i giudici piemontesi a disporre la trascrizione dell'atto di nascita del minore, non può essere accolta. La Corte di merito ha affermato, infatti, che l'ordine pubblico internazionale italiano sarebbe costituito dall'insieme di principi e valori che rappresentano un «patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale», ma questa impostazione non può condividersi. «L'accoglimento di un'interpretazione così estensiva della nozione di ordine pubblico ... finirebbe per vuotare di ogni significato la stessa norma con la quale quel limite è stato introdotto dal legislatore italiano, rendendola assolutamente inutile e superflua ... invero, lo scopo precipuo della norma con la quale il legislatore impedisce la trascrizione di atti esteri contrari all'ordine pubblico è quello di salvaguardare quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento al punto di essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale», scrive l'Avvocatura.

Il ricorrente ha sostenuto che pure la Suprema Corte ha talora proposto, in materia di diritto internazionale privato, definizioni dell'ordine pubblico assai estensive, e perciò non divisibili. Anche il Ministero ha quindi inteso richiamarsi, adesivamente, alla nozione di ordine pubblico dettata dalla Cassazione con sentenza n. 24001 del 2014, analizzando proprio un caso di maternità surrogata, ed ha ricordato che la Corte di legittimità ha affermato con chiarezza che «l'ordine pubblico internazionale ... è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna, dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»⁸. Pertanto, secondo il ricorrente, «l'esistenza, nel nostro ordinamento, di principi 'fondamentali' e 'irrinunciabili'», importa che gli stessi «appaiano 'superabili' soltanto» per effetto di «un diverso approccio legislativo interno e non scardinabili dall'esistenza, in altri Paesi, di discipline legislative rappresentative di principi diversi e contrari ... tra questi, un principio fondamentale è senza dubbio quello inerente la nozione di filiazione che il nostro ordinamento intende esclusivamente quale discendenza da persone di sesso diverso». Tanto si desume pure dalla legislazione in materia di fecondazione assistita, cui le resistenti hanno fatto ricorso nel caso in esame, la quale prevede, all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». In relazione a questo profilo, ha osservato il ricorrente, nulla è mutato a seguito della sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto in certi limiti ammissibile la pratica della fecondazione eterologa, da valutarsi pertanto impropriamente citata dai giudici della Corte di merito.

Del resto l'art. 12, comma 2, della stessa legge n. 40 del 2004, continua a prevedere l'irrogazione di sanzioni a carico di «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei componenti sia minorenni ovvero

⁸ Come si legge in Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi».

Ancora decisivo, al fine di escludere la possibilità di riconoscere l'esistenza di un rapporto di filiazione tra L.M.B. ("madre italiana"), che ha donato gli ovuli⁹, ed il minore T.V.B., è poi il disposto di cui all'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, laddove prevede che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, *il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato* e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». Nel caso di specie, ha argomentato il ricorrente, avendo L.M.B. «donato gli ovuli ai fini del concepimento ... l'applicazione del citato articolo 9 precluderebbe la possibilità di riconoscere alla stessa alcun tipo di relazione giuridica parentale con il minore. In forza, dunque, della legislazione attualmente vigente nel nostro ordinamento e dell'intangibile principio ad essa sotteso concernente la nozione di filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso, non può negarsi la palese contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita, quale quello oggetto del presente giudizio, che riconosca ad un soggetto una duplice maternità».

In definitiva, secondo il Ministero dell'Interno, il provvedimento straniero che attribuisca ad un soggetto una duplice maternità si pone in contrasto a tal punto radicale con diversi principi del nostro ordine pubblico da non potersi riconoscere efficace nel diritto interno.

4. Gli istituti giuridici coinvolti.

4a. La fecondazione eterologa.

Sembra opportuno ricordare che, pacificamente, il bambino di cui le ricorrenti hanno domandato la trascrizione dell'atto di nascita è nato a seguito di fecondazione eterologa, praticata nell'ambito di una coppia omosessuale.

Si attua una tecnica di fecondazione eterologa quando il seme maschile o l'ovulo femminile utilizzati per il concepimento non appartengono ad uno dei componenti della coppia che intende avere un bambino, bensì ad un donatore esterno alla stessa.

Prima del divieto introdotto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), alla fecondazione eterologa si ricorreva senza ostacoli normativi anche in Italia. Nel 1997 la pratica era attuata in ben 75 centri privati¹⁰, che operavano nel rispetto delle direttive impartite con circolari ed ordinanze dal Ministero della sanità. In questo clima di sperimentazione del libero ricorso alle tecniche di fecondazione è poi intervenuta la ricordata legge n. 40 del 2004, che ha imposto il divieto assoluto di pratica della fecondazione eterologa.

Ha avuto così impulso in Italia il fenomeno del c.d. "turismo procreativo". In sostanza, anche¹¹ le coppie sterili o infertili di connazionali che avrebbero avuto diritto ad accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma non erano in grado di conseguire un concepimento omologo, hanno cominciato a recarsi all'estero

⁹ Ma non ha portato avanti la gestazione e tantomeno, naturalmente, ha partorito il bambino.

¹⁰ Dati estratti dalla Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati del 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 416, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII Legislatura.

¹¹ Ma non solo, naturalmente.

per sottoporsi alla pratica della fecondazione eterologa.

Seguivano alcune pronunce contrastanti emesse dalle Corti europee. In particolare, la Sezione I della CEDU aveva affermato, nell'aprile del 2010, l'irragionevolezza del divieto assoluto di accesso alla fecondazione eterologa in Austria¹², un Paese che, come l'Italia, comunque consentiva la pratica della procreazione medicalmente assistita. La Grande Camera della stessa Corte, cui era stato deferito il medesimo giudizio su cui aveva in precedenza pronunciato la Prima Sezione, ha deciso il 3 novembre 2011 in senso (sostanzialmente) opposto, affermando che il legislatore austriaco dell'epoca non aveva ecceduto il limite di discrezionalità che doveva essergli riconosciuto nel disciplinare la materia¹³ evidenziando, tra l'altro, il rischio che la donazione di ovuli possa condurre allo sfruttamento ed alla umiliazione delle donne, con particolare riferimento a quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato¹⁴.

Quindi la Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014¹⁵, ha sancito l'incostituzionalità del divieto assoluto di ricorso alla fecondazione eterologa nel nostro ordinamento. La Consulta ha rilevato che il divieto senza eccezioni della fecondazione eterologa si poneva in contrasto con il diritto all'autodeterminazione delle persone e delle coppie ed il diritto alla salute, anche psichica, degli aspiranti genitori. La Corte costituzionale ha quindi osservato che, indubbiamente, i diritti della coppia che intendeva accedere alla pratica della fecondazione assistita dovevano porsi in bilanciamento con i diritti del possibile frutto del concepimento, il

¹² *S.H. and Others c. Austria*, 1° aprile 2010 (C. 57813/00), edita in *Fam. dir.*, 2010, p. 977, con nota di UGO SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*.

¹³ *S.H. and Others c. Austria, G.C.*, 3 novembre 2011 (C. 57813/00), pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2012, p. 224, con nota di CATERINA MURGO, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*. Per una sintetica ricostruzione della vicenda, cfr. LUCA VARRONE, *I "correttivi" alla l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita ... cit.*, p. 19, anche per indicazioni bibliografiche.

¹⁴ Sembra opportuno ricordare, in proposito, che la legge 19.2.2004, n. 40, dispone all'art. 6, comma 1, che "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni".

¹⁵ Corte cost., sent. 10.6.2014, n. 162, edita, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563, con nota di CHIARA TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa. La Corte costituzionale decide di decidere, in Europa e dir. priv.*, 3/2014, p. 1117, con nota di CARLO CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, ed in *Foro it.*, 2014, p. 2343, con nota di GEREMIA CASABURI, *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*. In dottrina si è ritenuto necessario segnalare che, a seguito della pronuncia della Consulta, definita "coraggiosa", appare ora opportuno un intervento del legislatore, affinché disciplini almeno alcuni profili della fecondazione eterologa, quali "le modalità della raccolta dei gameti e del loro impiego a tal fine, nonché le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale inosservanza delle regole, sapendo però che individuarle è quanto mai difficile per il peso decisivo che hanno in materia le situazioni di fatto acquisite e perché il ricorso alle misure penali appare il meno plausibile", MASSIMO BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 225. In attesa del legislatore, la Conferenza delle Regioni ha adottato il 4 settembre del 2014, un *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa*, il quale detta in sostanza delle linee guida per orientare gli utenti che intendono accedervi e gli operatori destinati a praticare la tecnica, testo che può leggersi, tra l'altro, sul sito *Regioni.it*. Per una sintesi delle principali previsioni del documento, cfr. MASSIMO MOSCARINI, *L'infertilità e le problematiche della PMA*, in *AIAF*, Rivista dell'associazione degli Avvocati per la famiglia e per i minori, 2/2015, p. 7 ss.

figlio, ed ha preso in considerazione, al proposito, i diritti all'identità genetica ed a conoscere il genitore biologico, nonché il rischio psicologico di vedersi attribuire una genitorialità non naturale. Ha osservato allora la Consulta che rischi analoghi si pongono anche in riferimento all'adozione, che non per questo è fatta oggetto di un divieto legislativo, dovendo anche tenersi presente che la pratica della fecondazione eterologa è finalizzata a favorire la vita, pertanto un valore positivo.

Il divieto di praticare la fecondazione eterologa è perciò venuto meno nel nostro Paese, per effetto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, ma solo in relazione alle coppie formate da persone maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi. La pratica della fecondazione eterologa nell'ambito di coppie di cui non sia accertata l'infertilità, ed anche di coppie di persone dello stesso sesso, in Italia continua pertanto ad essere vietata dalla legge senza eccezioni¹⁶, anche a prescindere dal possibile collegamento con la pratica, anch'essa vietata, della surrogazione di maternità.

4b. *La surrogazione di maternità.*

In materia di trascrivibilità del certificato di nascita di un minore formato all'estero, quando ciò possa incontrare limiti di ordine pubblico, la prima sezione della Suprema Corte si è pronunciata di recente¹⁷, in un caso che ha avuto anche ampia eco mediatica.

Due cittadini italiani, coniugati con problemi di infertilità¹⁸, avevano ottenuto dalla locale Autorità dell'anagrafe un certificato di nascita in base al quale risultavano essere i genitori di un bambino nato in Ucraina.

Tornati in Italia erano stati assoggettati a procedimento penale per alterazione di stato, sospettandosi la non veridicità della loro dichiarazione di nascita relativa al bambino¹⁹.

Il P.M. della Procura della Repubblica presso il competente Tribunale per i minorenni aveva domandato e conseguito anche la pronuncia dello stato di adottabilità

¹⁶ Infatti, in base al disposto di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, non modificata sul punto, il ricorso a qualsiasi tecnica di procreazione medicalmente assistita, omologa o eterologa, "è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico". Inoltre, ai sensi dell'art. 5, norma anch'essa di applicazione generale, "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

¹⁷ Cass. sez. I, sent. 11.11.2014, n. 24001 ... *cit.*, *loc. cit.*

¹⁸ La donna aveva dovuto subire un intervento di isterectomia, e l'uomo risultava affetto da oligospermia.

¹⁹ Il Tribunale di Cremona li ha giudicati colpevoli e condannati per questo reato, con pena sospesa, con sentenza del 9.12.2014. Per un'analisi dei reati che possono conseguire alle eventuali dichiarazioni non veritiere rese all'Ufficiale dello stato civile italiano da coloro che abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa ed alla surrogazione di maternità all'estero, indicati nelle fattispecie di cui agli artt. 495, secondo comma, e 567, secondo comma, del codice penale, cfr. LAURA FACCHINI, *La tormentata vicenda della procreazione medicalmente assistita eterologa: assolutismo legislativo e progressismo giurisprudenziale*, in *Ginst. pen.*, 2014, p. 303 ss.

del minore. Nel corso del giudizio i coniugi dichiaravano che il bambino era stato generato facendo ricorso alla maternità surrogata, in conformità con la legge ucraina che consente questa pratica. Il Tribunale accertava mediante consulenza tecnica che neppure il marito della coppia italiana era geneticamente padre del minore²⁰.

Il Tribunale osservava che la pratica della maternità surrogata, così come la fecondazione eterologa, in Italia sono vietate dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Inoltre, anche la legge ucraina era stata violata perché in quel Paese è consentita la maternità surrogata, ma a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del bambino provenga dalla coppia committente²¹.

Il Tribunale ne desumeva che il bambino avrebbe potuto essere soltanto adottato dai coniugi italiani e che la denuncia di filiazione da loro effettuata era perciò avvenuta in frode alla disciplina dell'adozione. Anche la Corte d'Appello, adita in sede di impugnazione, affermava che sebbene il certificato di nascita ucraino del minore risultasse formalmente regolare²², non poteva ugualmente essere trascritto in Italia, ai sensi dell'art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) essendo contrario all'ordine pubblico, «*atteso che la l. n. 40 del 2004 vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità e la stessa fecondazione eterologa*». Ne conseguiva inevitabilmente l'accertamento della condizione di abbandono - e dunque lo stato di adottabilità - del bambino, ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, dato che il minore, nato in Ucraina, non era assistito in Italia né dai genitori né da altri parenti.

I coniugi proponevano allora ricorso anche per Cassazione, che si pronunciava con la ricordata sentenza n. 24001 del 2014, confermando la decisione adottata dai giudici di merito. La prima sezione della Suprema Corte coglieva l'occasione per chiarire che la nozione di ordine pubblico indicata dai ricorrenti, secondo cui esso consiste nei «*valori condivisi della comunità internazionale*», è (quanto meno)

²⁰ In dottrina si è cercato di sintetizzare la vicenda scrivendo che ricorreva un'ipotesi di "maternità surrogata eterologa transnazionale commerciale per *gestazione*, che aveva comportato il coinvolgimento di cinque diversi soggetti: la c.d. *coppia d'intenzione*, due donatori anonimi di gameti, ed una madre gestante, vale a dire colei che, dietro pagamento di un corrispettivo, aveva portato in grembo l'embrione, consentendone la nascita", MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, articolo edito sulla rivista telematica *Genius*, 1/2015 p. 164, (i corsivi sono nel testo). Si osservi che l'A. evidenzia, tra l'altro, che nel caso in esame la disponibilità della madre gestante era stata acquisita mediante il pagamento di una somma di denaro. In altro passaggio si sottolinea che in questa ipotesi "ci troviamo in presenza di "tre madri potenziali": una madre biologica (anonima), una madre di grembo (che rifiuta la maternità) e una madre intenzionale che, al contrario, la rivendica sulla base di un atto pubblico straniero", *op. ult. cit.*, p. 167 s.

²¹ Restando poi da valutare il rilievo da attribuire nel diritto interno all'affermazione di un giudice nazionale secondo cui un provvedimento amministrativo straniero risulta invalido in base alla legge nazionale estera che avrebbe dovuto rispettare. L'osservazione acquisterebbe però un significato molto più pregnante qualora si ritenesse che, in base alla norme del diritto internazionale privato, la legislazione nazionale applicabile non dovesse essere quella italiana bensì quella ucraina. Ha osservato in proposito MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore ... cit.*, p. 168, n. 25, che se "l'accertamento dello *status filiationis*" avesse dovuto essere effettuato ai sensi della legislazione vigente nello Stato di nascita del bambino, lo stesso "non avrebbe potuto essere riconosciuto, stante l'inesistenza del rapporto di filiazione ai sensi della legge ucraina".

²² Pertanto debitamente appostillato.

incompleta. L'ordine pubblico, invece, se è vero che certamente non si identifica con le «*semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico*», è anche vero che, nell'accezione di ordine pubblico internazionale, rappresenta il «*limite che l'ordinamento giuridico nazionale pone alla rilevanza di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna*», pertanto «*non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili*».

La Suprema Corte, operata la riassunta premessa, ha ricordato che «*l'ordinamento italiano - per il quale madre è colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.²³) - contiene all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità ... il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico²⁴, come suggerisce già la previsione della sanzione penale ... vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in contrasto*»²⁵. Merita peraltro di essere anche ricordato che, come segnalato dalla dottrina, la coppia di coniugi in questione «aveva per tre volte avanzato domanda di adozione. Tali richieste erano state respinte per 'grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva'»²⁶.

²³ Osserva PAOLO ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 197 ss., che quando il codice civile - il quale contiene la previsione di cui all'art. 269, terzo comma, secondo cui la madre del bambino è colei che lo partorisce - è stato emanato, l'ipotesi che la partoriente potesse limitarsi ad accogliere in grembo l'embrione formato dalla coppia committente non era neppure immaginabile, ed attribuire in un simile caso la maternità a colei che partorisce non è una misura di giustizia, bensì una misura di dissuasione della surrogazione.

²⁴ Prima dell'adozione della legge n. 40 del 2004, invero, non sembra si fosse affermato in giurisprudenza che la surrogazione di maternità fosse una pratica contraria all'ordine pubblico. La giurisprudenza di merito, anzi, nell'ambito di una procedura cautelare era giunta ad affermare che l'accordo tra due coniugi che avrebbero fornito ovociti e seme, un ginecologo che avrebbe provveduto al concepimento *in vitro* ed una donna consenziente, nel cui utero l'embrione sarebbe stato impiantato ed avrebbe condotto fino al termine la gravidanza, fosse un patto lecito ed anche meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., cfr. Trib. Roma ord. 17.2.2000, in *Dir. fam.*, I, 2000, p. 706, con nota critica di LORENZO D'AVACK, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*. L'autore pone il problema della possibile contrarietà della pratica con l'ordine pubblico ed invita a distinguere l'ipotesi in cui la donna estranea alla coppia committente provveda alla funzione di madre surrogata o vicaria, svolgendo pure il ruolo di generatrice e divenendo quindi anche la madre genetica del bambino, dal caso in cui ella assuma soltanto il ruolo di gestatrice, apparendo più corretta parlare, in questo caso, di madre incubatrice o portante.

²⁵ La Suprema Corte prosegue, sul punto, osservando che soltanto all'istituto dell'adozione «governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici».

²⁶ MARCELLA DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore ... cit.*, p. 164. Peraltro non è noto se i coniugi avessero manifestato la disponibilità ad adottare il bambino anche in questo caso. L'A. osserva pure che, sia in considerazione dell'età avanzata della coppia, «sia per la difficoltà ad elaborare una sana genitorialità adottiva ... se la Suprema Corte avesse consentito in questo caso di aggirare i limiti previsti dalla disciplina dell'adozione ... avrebbe violato proprio quel superiore interesse» del minore «che si vorrebbe garantire, oltre a realizzare una disparità di trattamento con le coppie che in Italia attendono, nel rispetto della legge, di adottare un neonato»,

La vicenda appena riassunta presenta comunque delle peculiarità che la distinguono dalle altre analoghe sinora sottoposte all'esame delle Corti. In questo caso, infatti, il Giudice italiano ha affermato, a seguito di propria valutazione che il certificato di nascita del bambino di cui era stata domandata la trascrizione in Italia risultava invalido anche per la legge del Paese in cui era stato formato. Inoltre, in questa ipotesi di nascita a seguito di maternità surrogata, neppure l'uomo della coppia committente aveva fornito alcun contributo genetico utilizzato per il concepimento del bambino.

Il Giudice di legittimità ha pure sinteticamente rilevato che il divieto di pratiche di surrogazione di maternità non è suscettibile di entrare in conflitto con la tutela del superiore interesse del minore, perché «*il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce*».

4c. *Il matrimonio omosessuale*

Una tematica che presenta motivi di interferenza con la questione della possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero del bambino che è indicato quale figlio di due madri, ora decisa dal Giudice di legittimità, è quella che si ricollega alla qualificazione che deve attribuirsi nel diritto italiano al matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso.

Il problema della rilevanza nell'ordinamento interno di un simile matrimonio sembra essersi posto in sede giudiziaria²⁷ per la prima volta nel 2005, a seguito del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile del Comune di Latina, che era stato richiesto di procedere alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero da due omosessuali. Questi ultimi contestarono la scelta dell'Autorità comunale innanzi al Tribunale del luogo, che ritenne però corretta la valutazione operata dall'Ufficiale dello stato civile, perché *un simile matrimonio si pone in contrasto con l'ordine pubblico italiano*²⁸. I richiedenti la trascrizione non mancarono di ricorrere in appello, e la Corte di merito di Roma affermò che *il matrimonio omosessuale non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano perché è inesistente* per il nostro ordinamento²⁹, in quanto difetta di un requisito essenziale dell'istituto, che consiste nella diversità di sesso tra i coniugi. Sulla ennesima impugnativa proposta dagli interessati la Suprema Corte, con la sentenza 15.3.2012, n. 4184, ha affermato che *il*

MARCELLA DISTEFANO, *op. ult. cit.*, p. 171.

²⁷ A livello amministrativo, il Ministero dell'Interno aveva emanato il 26.3.2001, la circolare Miacel n. 2, nella quale veniva chiarito che "non è trascrivibile il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano, in quanto contrario alle norme di ordine pubblico". Sempre il Ministero dell'Interno ha poi emanato la circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, con la quale ha riaffermato che "il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno". Cfr., in proposito, RENZO CALVIGIONI, *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 86, il quale conclude manifestando l'opinione che il rifiuto alla trascrizione del matrimonio omosessuale contratto all'estero, opposto dalla maggioranza degli ufficiali dello stato civile, appare legittimo.

²⁸ Trib. Latina, decr. 10.6.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 1096.

²⁹ Corte d'Appello di Roma, decr. 13.7.2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 426.

*matrimonio omosessuale contratto all'estero non è inesistente per il diritto interno ma, non essendo normativamente previsto che esso possa sortire alcun effetto, lo stesso deve considerarsi inefficace*³⁰. È parso opportuno ricordare questa vicenda perché sembra esemplarmente rappresentativa delle diverse opinioni che sono state espresse in materia di riconoscimento di un matrimonio omosessuale celebrato all'estero.

Nel caso delle due madri deciso dalla Suprema Corte in esame, merita peraltro di essere evidenziato che la domanda (residua) verteva sulla possibilità di trascrivere l'atto di nascita di un bambino, e non l'atto di matrimonio delle due donne che sono indicate quali sue madri.

Dei limiti entro cui può trovare riconoscimento il matrimonio omosessuale si è occupata la Corte costituzionale già con sentenza n. 138 del 2010. La Consulta ha osservato che per formazione sociale «deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento (che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia) possa essere realizzata soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

La Corte costituzionale ha operato, pertanto, l'espreso riconoscimento del rilievo costituzionale, ex art. 2 Cost., delle unioni tra persone dello stesso sesso, intese quali formazioni sociali, ed ha ritenuto di dover rimettere al legislatore «nell'esercizio della sua piena discrezionalità, d'individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali», unitamente alla possibilità della Corte stessa d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (com'è avvenuto per le convivenze *more uxorio*).

A sua volta, la Suprema Corte, con la ricordata sentenza n. 4184 del 2012, investita del problema della possibilità di trascrivere nei registri d'anagrafe italiani un matrimonio omosessuale contratto all'estero, ha osservato che «il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici», in assenza di una specifica previsione legislativa. La Corte ha pure specificato che «nella specie, l'intrascrivibilità di tale atto dipende non già dalla sua contrarietà all'ordine pubblico, ai sensi del Dpr n. 396 del 2000, art. 18³¹ ... ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche

³⁰ Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2012, 1, p. 1691, con nota di FABIO CHIOVINI e MATTEO WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, ed in *Fam. dir.*, 7/2012, p. 678, con nota di MARCO GATTUSO, *Matrimonio "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la svolta della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Sullo sviluppo di questa vicenda giudiziaria, cfr. RENZO CALVIGIONI, *Il sindacato dell'ufficiale dello stato civile sulla trascrivibilità dei matrimoni conclusi all'estero*, in *Fam. dir.*, 1/2015, p. 81 s.

³¹ «Come, invece, originariamente affermato dall'ufficiale dello stato civile di Latina a giustificazione del rifiuto di trascrizione, in conformità con le ... circolari emanate dal Ministero dell'interno», ricorda la Suprema Corte. Merita anche di essere ricordato che, secondo il Tribunale di Latina originariamente investito del ricorso volto a conseguire la trascrizione dell'atto di matrimonio,

dall'ufficiale dello stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli, della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano. Ciò che, conseguentemente, esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per la loro contrarietà con l'ordine pubblico»³².

L'evoluzione della giurisprudenza del Giudice di legittimità in materia ha poi condotto, di recente, ad affermare espressamente che la trascrizione del matrimonio omosessuale non incontra nell'ordinamento giuridico italiano limiti di ordine pubblico³³.

In materia si è quindi pronunciato, con sentenza n. 4899 del 26.10.2015³⁴, anche il Consiglio di Stato, ed ha affermato che «anche escludendo, quindi, l'applicabilità alla fattispecie considerata del fattore ostativo previsto all'art. 18 Dpr» n. 396 del 2000, «non potendosi qualificare come contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso), la trascrizione dell'atto in questione deve intendersi preclusa proprio dal difetto di uno degli indispensabili contenuti dell'atto di matrimonio trascrivibile», la diversità di sesso tra i coniugi.

5. La decisione adottata dalla Suprema Corte, profili di criticità.

La prima sezione della Cassazione ha deciso il giudizio sul bambino figlio di due madri con sentenza 30 settembre 2016, n. 19599. Si tratta di una decisione meditata, lunga, articolata, che detta ben sette principi di diritto e non è agevole sintetizzare. Possono forse riassumersi le conclusioni scrivendo che gli ostacoli alla trascrizione dell'atto di nascita straniero del bambino figlio di due madri, poste dalla legislazione nazionale ed invocate dai ricorrenti, non deve ritenersi integrino principi dell'ordine pubblico italiano e non si risolvono perciò in ragioni sufficienti ad escludere la trascrizione del suo certificato di nascita, occorrendo assicurare la miglior tutela al preminente interesse del minore³⁵. In conseguenza la Suprema Corte ha confermato

l'intrascrivibilità dell'atto dipendeva (anche) dalla sua contrarietà con l'ordine pubblico internazionale (italiano), cfr. Trib. Latina, decr. 10.6.2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 86 ss., con nota critica di FRANCESCO BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*.

³² Cass. sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184 ... *cit.*, *loc. cit.*

³³ Cass. sez. I, sent. 9.2.2015, n. 2400, edita in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8/2015, 1, p. 649, con nota di TOMMASO AULETTA, *Ammissibilità del matrimonio tra persone del medesimo sesso*.

³⁴ Cons. st., sez. III, sent. dep. 26.10.2015, n. 4899 (ric. n. RG 4543/2015), edita *on-line* nel sito *ricercagiuridica.com*.

³⁵ Sembra peraltro meritare una considerazione, nel valutare quale sia il reale interesse del minore, il fatto che il progresso della scienza già oggi consentirebbe di provocare il concepimento di bambini che rechino in sé parte del corredo genetico di più persone. Appare allora opportuno porsi per tempo il problema di che cosa dovrà farsi in ordine alla richiesta di trascrizione del certificato di nascita di un bambino che taluno, in qualche parte del mondo - speriamo non per finalità eugenetiche - avrà fatto nascere componendo il materiale genetico di tre o quattro padri, semmai di più, ed altrettante madri. La verità pare essere che il superiore interesse del minore è un concetto elastico e, se i suoi limiti non sono attendibilmente definiti, «la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore», come ammonisce PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora*

il decreto della Corte di Appello di Torino che aveva ordinato la trascrizione del certificato di nascita del bambino nei registri dello stato civile italiano.

Non essendo possibile, nei limiti di questo contributo, esaminare tutti i principi di diritto espressi dalla Corte di legittimità sembra opportuno concentrare l'attenzione su almeno uno dei profili innovativi della decisione e poi, necessariamente, sulla nozione di ordine pubblico adottata dalla Cassazione, perché suscettibile di trovare applicazione in un numero di casi molto elevato.

Il Giudice di legittimità ricorda innanzitutto, in materia di definizione di che cosa debba intendersi per maternità surrogata (punto 10.2), che «*la legge n. 40 del 2004 non consente alle coppie dello stesso sesso di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 5) e punisce chi le “applica” con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, comma 2)*». Inoltre, «*di “surrogazione di maternità” e di “commercializzazione di gameti o di embrioni” parla l’art. 12, comma 6, che le vieta con una norma che – come sottolineato dalla Corte cost. n. 162 del 2004 (al p. 9) – è attualmente in vigore e le punisce con una sanzione penale detentiva nei confronti di “chiunque, in qualsiasi forma, [le] realizza, organizza o pubblicizza”*».

Tanto premesso, la Suprema Corte scrive che «*per surrogazione di maternità o maternità surrogata (o gestazione per altri) si intende la pratica con la quale una donna assume l’obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di altra persona o di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro: in tal caso, una donna utilizza il corpo di un’altra donna che presta il proprio al solo fine di aiutarla a realizzare il suo esclusivo desiderio di avere un figlio.*

Nel caso in esame, invece, una donna», la madre spagnola, «ha partorito un bambino (anche) per sé, sulla base di un progetto di vita della coppia costituita con la sua partner femminile ... quest’ultima non si è limitata a dare il consenso alla inseminazione da parte di un donatore di gamete maschile (evidentemente esterno alla coppia), ma ha donato l’ovulo che è servito per la fecondazione ed ha consentito la nascita» del bambino, partorito dalla madre spagnola e «frutto dell’unione di due persone coniugate in Spagna. E’ questa una fattispecie diversa e non assimilabile ad una surrogazione di maternità».

Sulla base di queste premesse la Corte di legittimità ha quindi dettato il principio di diritto secondo cui, in «*tema di PMA, la fattispecie nella quale una donna doni l’ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un’ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un’ipotesi di genitorialità realizzata all’interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l’una partorito e per avere l’altra trasmesso il patrimonio genetico)*».

A quanto sembra la decisione della Cassazione intende la maternità surrogata come un’ipotesi limitata alla gestazione di un nascituro con l’impegno da parte della gestante di consegnare poi il bambino ai committenti a seguito della nascita. Questa situazione non ricorrerebbe nel caso di specie perché la madre gestante ha condotto innanzi la gravidanza, cui non aveva assicurato un contributo genetico, intendendo consentire la nascita di un bambino (anche) proprio.

In che cosa consista la pratica della maternità surrogata non lo dice la legge n. 40 del 2004 e, sembra, la nozione non è definita neanche in altri testi legislativi. Nep-

?, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, p. 149.

pure la scienza sembra avere dettato sinora una definizione certa di che cosa debba intendersi quando si parla di maternità surrogata. La Cassazione ha ritenuto che, al fine di decidere la controversia sottoposta, occorresse comunque spiegare la pratica in che cosa consista, ma sembra opportuno osservare che la definizione proposta non è la sola ipotizzabile. In Spagna, ad esempio, si preferisce parlare della pratica indicandola come “gestazione per sostituzione”. Intesa la maternità surrogata come una gestazione per sostituzione - e, si badi, è solo uno delle ipotesi possibili, possono proporsi di ulteriori - rimane da dubitare che nel caso esaminato dalla Suprema Corte l'agire delle ricorrenti non abbia integrato la fattispecie. Di fatto una madre si è sostituita all'altra, che aveva donato il patrimonio genetico, nel portare innanzi la gravidanza. Se si pone l'accento sull'alterazione del ciclo naturale della nascita, qualsiasi gestazione per sostituzione potrebbe forse anch'essa qualificarsi come una surrogazione di maternità³⁶.

Particolare attenzione merita poi il concetto di ordine pubblico che la Cassazione ha ritenuto di indicare. La Suprema Corte ha dettato il principio di diritto (punto 7) secondo cui «*il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma degli artt. 16, 64 e 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 dPR n. 396 del 2000, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*».

La questione di che cosa debba intendersi per ordine pubblico non è semplice. E' complesso anche trovare un accordo sul se esista un solo ordine pubblico o se da questo debba distinguersi un ordine pubblico internazionale e, soprattutto, indicare in che cosa le due nozioni si differenziano.

Sicuramente condivisibile appare il rilievo che non ogni norma imperativa dell'ordinamento positivo integra un principio di ordine pubblico. Del resto, se così non fosse, non staremmo qui a parlare di “principi” di ordine pubblico, una nozione che, qualunque significato si intenda attribuirle, evidentemente si differenzia da quella di norme di legge.

La dottrina tradizionale afferma, e l'impostazione non pare meritevole di censura, che l'ordine pubblico si compone dei principi fondanti dell'ordinamento, desumibili dalla Costituzione e dalle leggi. Questo concetto permette di affermare che l'ordine pubblico deve desumersi dall'intero sistema dell'ordinamento positivo, considerato nel suo complesso, dovendo dallo stesso ricavarsi i principi fondamentali che lo reggono.

E' indubbiamente vero, poi, che il disposto di cui agli articoli 10 ed 11 della Costituzione impone di tener conto degli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale, e sembra possa condividersi pure l'opinione che dal diritto internazionale pattizio e consuetudinario possano desumersi principi che, in quanto recepiti nel nostro ordinamento, concorrono ad integrarne l'ordine pubblico. Ma è proprio questo il punto. Anche il diritto internazionale recepito costituisce un sistema di diritto vigente, ed è dall'intero sistema che sembra debbano desumersi i suoi principi.

³⁶ Ed incorrerebbe, pertanto, nei più volte ricordati divieti di legge.

La Cassazione scrive che l'ordine pubblico italiano deve ritenersi integrato, in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, dai principi desumibili dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e ben venga. Nell'ampia materia in considerazione, peraltro, non sembrano da trascurarsi i principi desumibili dalla Dichiarazione universale dei diritti umani adottata in sede ONU nel 1948. Inoltre, in ogni settore del diritto esistono anche norme convenzionali che, essendo state recepite, sono ormai parte dell'ordinamento interno. In materia di tutela dei minori, ad esempio, può farsi riferimento alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1959, alla Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, e non solo.

Sembra allora che pure queste norme convenzionali possano ritenersi parte del sistema da cui occorre desumere i principi vigenti dell'ordine pubblico italiano.

Resta poi fermo che occorre anche domandarsi, nell'ipotesi di contrasto tra un principio qualificabile fondamentale desumibile da norme internazionali con un principio, anch'esso qualificabile come fondamentale, che sia però previsto dall'ordinamento nazionale, a quale dei due debba assicurarsi prevalenza. Ove si ritenesse che sia sempre il principio desunto dal diritto internazionale a dover prevalere, l'intero ordinamento giuridico nazionale, compresi i suoi principi fondamentali, finirebbe per dover essere qualificato come un sistema giuridico meramente dispositivo. Il nostro ordinamento giuridico, infatti, potrebbe considerarsi in vigore fin quando le disposizioni del diritto internazionale, purché recepite, non si pongano in contrasto con le sue norme. Gli stessi principi su cui si fonda il diritto italiano dovrebbero (sempre) disapplicarsi quando contrastino con principi, da qualificarsi anch'essi come fondamentali, ma recepiti dall'ordinamento internazionale³⁷.

Pare ancora meritare una considerazione quello che sembra poter essere un problema, ma non ha ricevuto uno specifico esame da parte della Cassazione nella decisione in commento. Tradizionalmente si afferma che l'ordine pubblico è posto a presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento, onde evitare che atti stranieri, anche giudiziari, possano essere riconosciuti efficaci nel nostro Paese sebbene si pongano in contrasto con i suoi principi fondamentali. Nel caso in esame, del bambino con due madri, è la stessa Suprema Corte a ribadire più volte, nel corso della decisione in esame, che le pratiche sottese alla nascita del bambino sono vietate nel nostro ordinamento. Tuttavia le due madri si sono giovate dell'elasticità delle norme del diritto internazionale privato, che trova la sua ragion d'essere nel facilitare il ri-

³⁷ Tesi che non appare condivisa dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente affermato che il giudice comune, il quale rinvenga un contrasto insanabile tra la norma interna e quella internazionale recepita, deve proporre la questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., cfr. Corte cost., sent. 24.10.2007, n. 349, edita, tra l'altro, in *Giust. civ.*, 2008, p. 585, con nota di SALVATORE SALVAGO, *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992*, ed in *Riv. giur. urb.*, 4/2007, p. 373, con nota di FABIO CORVAJA, *Gli obblighi internazionali nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007: una partita tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni*. La Suprema Corte, inoltre, ha ribadito che deve rimanere "fermo il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea", Cass. SU, sent. 25.1.2017, n. 1946. Si osservi che, ad accogliere la diversa impostazione riassunta nel testo, si ingenererebbe pure il non agevole problema di individuare quale sia l'Autorità competente ad attribuire ad una norma - sia essa espressa, o meno - posta dall'ordinamento giuridico internazionale la qualifica di principio fondamentale.

conoscimento degli atti e delle decisioni straniere, per conseguire l'efficacia in Italia di un provvedimento che, in base alle leggi nazionali, non avrebbe potuto essere legittimamente adottato³⁸. Lo schema potrebbe essere riutilizzato più volte, anche in settori molto diversi dell'ordinamento, con conseguenze imprevedibili. Occorrerà pertanto individuare con attenzione quali siano gli atti ed i provvedimenti stranieri che tuttora non possono essere recepiti nel nostro Paese perché in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

In materia di maternità plurima, poi, suscita perplessità il fatto che, essendo il riconoscimento della stessa inibito dalla legislazione nazionale, si rischia l'insorgere di una discriminazione censuaria tra le aspiranti, perché non tutte le donne unite in una coppia posseggono disponibilità economiche tali da potersi recare all'estero al fine di porre in essere le pratiche necessarie per la nascita di un loro bambino.

Inoltre, qualora si ritenesse di seguire in uno Stato estero che lo consenta la medesima pratica, donazione dell'ovulo da parte di una donna e gestazione da parte dell'altra, nell'ambito di un rapporto trilaterale di cui sia parte anche un uomo conosciuto, padre genetico e semmai compagno di vita di una delle due, quanti saranno i genitori? Chi eserciterà la responsabilità genitoriale? Sulle decisioni di maggiore importanza nell'interesse del minore occorrerà raggiungere un accordo a tre, decidendo a maggioranza? Tanti interrogativi.

In questo settore, peraltro, il problema di definire con la massima precisione quali siano i limiti al riconoscimento degli atti stranieri posti dall'ordine pubblico nazionale sembra ancora meritevole di approfondimento, e si presenta come assai attuale. La giurisprudenza di merito ha esaminato il caso di due donne italiane, coniugate in Spagna, che hanno domandato la trascrizione del certificato di nascita spagnolo di un bambino nato a Barcellona, a seguito di fecondazione eterologa, del quale risultavano essere madri entrambe. La peculiarità del caso, rispetto a quello esaminato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, consiste nel fatto che una delle due donne indicate come madri nel certificato di nascita, non ha fornito l'ovulo utilizzato per la fecondazione e neppure ha portato avanti la gravidanza. Si tratta, in sostanza, di una donna che può forse definirsi come una co-madre sociale del bambino la quale, in base al diritto italiano, potrebbe al più accedere alla c.d. *stepchild adoption*³⁹, ma certo non potrebbe essere riconosciuta come madre del bambino. Il Tribunale di Napoli, con decreto depositato il 6.12.2016 ha ordinato all'Ufficiale dello stato civile di trascrivere anche questo atto di nascita straniero.

³⁸ Il Consiglio di Stato, nella ricordata sentenza n. 4899 del 2015, *loc. cit.*, ha sostenuto che, ad accogliere simili domande, si "finirebbe per ammettere, di fatto, surrettiziamente ed elusivamente" il riconoscimento di istituti senz'altro estranei al nostro diritto, se non anche incompatibili con lo stesso. Ove si ritenesse di condividere questa linea di pensiero occorrerebbe pertanto negare la compatibilità delle richieste di trascrizione nei nostri registri dello stato civile di simili atti formati all'estero, potendo esercitarsi nell'individuare quale tra le categorie giuridiche già note sia quella più idonea a qualificare la fattispecie, dalla frode alla legge all'abuso del diritto, non sembrando da escludere l'opportunità di individuare una nuova e più consona definizione.

³⁹ Cfr. Cass. sez. I, sent. 22.6.2016, n. 12962, edita, tra l'altro, in *Foro it.*, 2016, p. 2342, con nota di GEREMIA CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, in *Fam. dir.*, 11/2016, p. 1034, con nota di SILVIA VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2016, p. 1213, con nota di GILDA FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*,