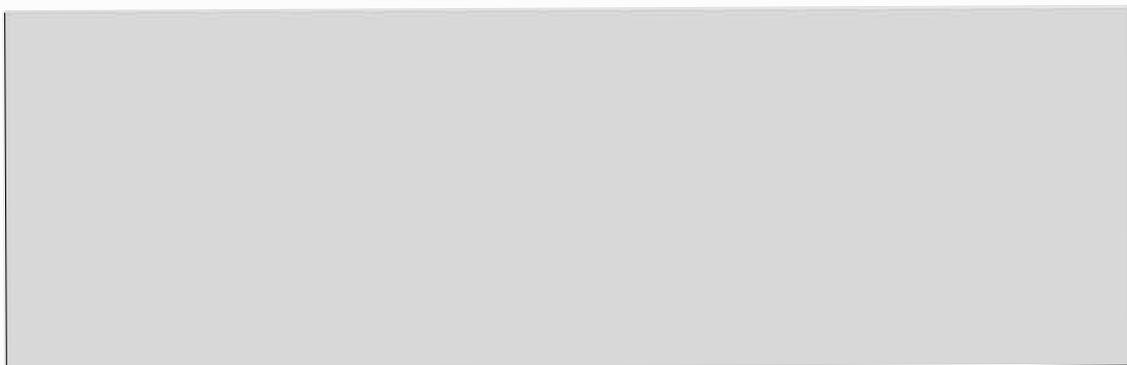


N. 8325/20

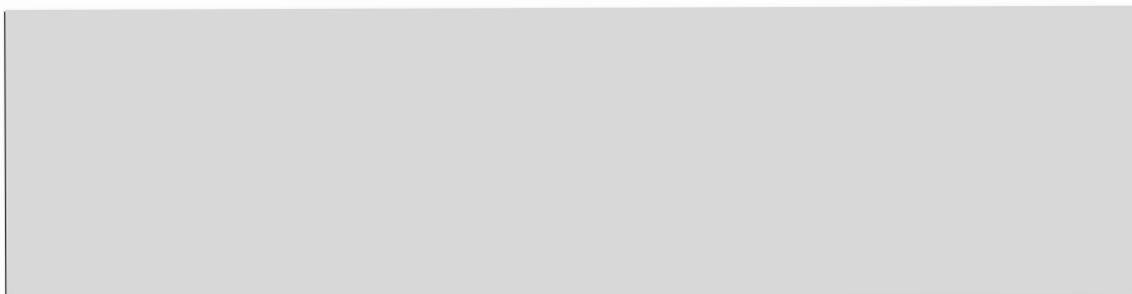


REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 dtgs. 196/03 in quanto:
 disposto da ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

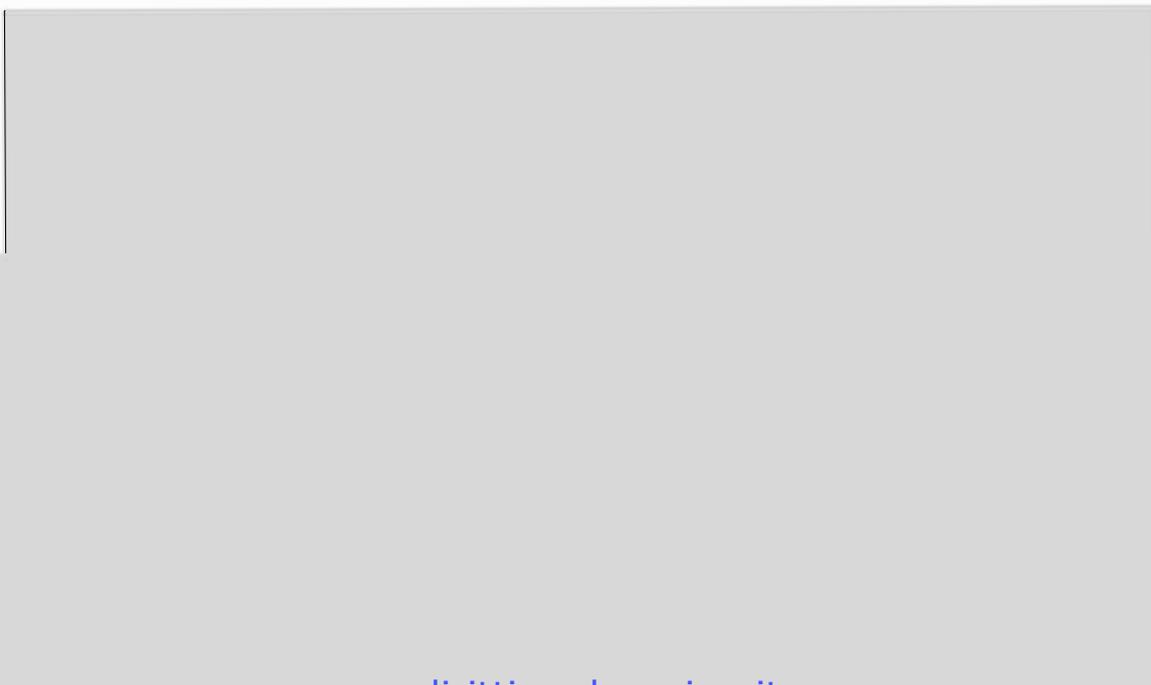


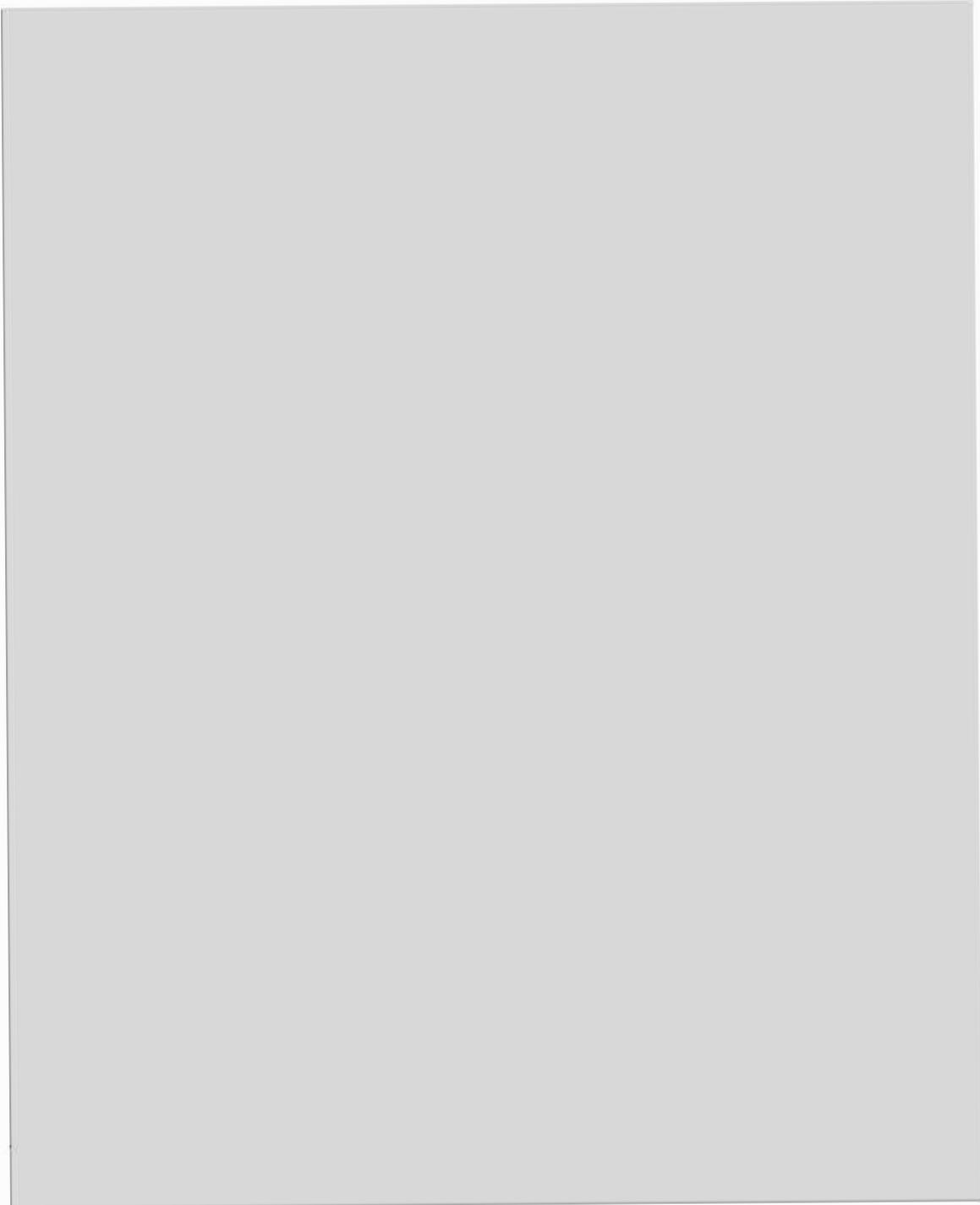
ORDINANZA
INTERLOCUTORIA



-ricorrenti -

contro





FATTI DI CAUSA

I sigg.ri [redacted] e [redacted] hanno proposto ricorso ex art. 702*bis* c.p.c. alla Corte di appello di Verona a seguito del rifiuto loro opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Verona, di trascrivere l'atto di nascita del minore [redacted], nato in Canada il [redacted], nel quale si attesta che il medesimo è il figlio dei ricorrenti.

Al riguardo, i ricorrenti, cittadini italiani, coniugati in Canada, con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili nel 2017, hanno allegato che: il bambino era nato con le modalità tipiche della gestazione per altri (cd. "maternità surrogata"), essendo la fecondazione avvenuta tra un ovocita di una donatrice anonima e i gameti di [REDACTED], con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino; al momento della nascita le Autorità canadesi avevano formato un atto di nascita nel quale era indicato, come unico genitore, [REDACTED], mentre né la donatrice dell'ovocita, né la cd. "madre gestazionale" erano dichiarate madri del minore. A seguito del ricorso presso la Suprema Corte della *British Columbia*, i ricorrenti avevano ottenuto, in data [REDACTED] una sentenza nella quale si dichiarava che entrambi erano genitori del minore con la conseguente modifica dell'atto di nascita. L'ufficiale di stato civile del Comune di Verona aveva però rifiutato la richiesta avanzata il [REDACTED], di rettificare l'atto di nascita, sia perché già esisteva un atto di nascita trascritto, sia per l'assenza di dati normativi certi e di precedenti nella giurisprudenza di legittimità favorevoli alla richiesta. Pertanto, i ricorrenti hanno chiesto, a norma dell'art. 67 l. 2.8.95 n. 218, l'esecutorietà in Italia della sentenza emessa in Canada nel 2017, al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore, invocando l'applicazione del combinato disposto degli artt. 33, 65 e 66 l. n. 218/95, e rilevando la non contrarietà all'ordine pubblico della suddetta sentenza canadese, già passata in giudicato, e la liceità delle condotte che hanno determinato la nascita del bambino secondo le leggi del Paese in cui sono state poste in essere.

L'Avvocatura dello Stato si è costituita per il Sindaco del Comune di Verona e per il Ministero dell'Interno, sollevando varie eccezioni preliminari e d'inammissibilità della domanda per contrarietà all'ordine

pubblico; parimenti il Pubblico Ministero è intervenuto opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza del 16.7.18, la Corte d'appello di Venezia, in accoglimento del ricorso, ha accertato che la sentenza emessa dalla Suprema Corte della *British Columbia* [redacted] - che aveva riconosciuto [redacted] quali genitori di [redacted] [redacted] - possedeva i requisiti per il riconoscimento a norma dell'art. 67 l. n. 218/95.

In particolare, la Corte territoriale veneziana nella sua motivazione osserva che: va preliminarmente riconosciuta la legittimazione processuale del Sindaco del Comune di Verona, nella veste di ufficiale di Governo, e del Ministero dell'Interno. Nel merito la circostanza che nel sistema delle fonti interne non sia previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e quindi che non sia concesso di attribuire automaticamente ad entrambi la responsabilità genitoriale del minore nato dalla procreazione medicalmente assistita, si risolve nell'evidenza di una diversità di discipline sostanziali, ma non è di per sé indice dell'esistenza di un principio superiore fondante e irrinunciabile dell'assetto costituzionale o dell'ordinamento dell'Unione europea. Nella materia in esame vige tra i diritti fondamentali la tutela del superiore interesse del minore in ambito interno e internazionale, come sancita dalle convenzioni internazionali. Nell'ambito di questo assetto l'ordine pubblico internazionale impone l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello *status* e dei mezzi di tutela di cui possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale. Né può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso

nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso con gli effetti di cui all'art. 4 l. n. 164/82. Quanto ai divieti di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita di cui alla l. n. 12, comma 2, l. n. 40/04, le scelte del legislatore italiano appaiono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico. Né può ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dal sesto comma dell'art. 12 della predetta legge che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la maternità surrogata dato che il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non può essere privato dello *status* legittimamente acquisito nel paese in cui è nato.

Ricorre in Cassazione l'Avvocatura dello Stato nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona, con quattro motivi.

[redacted] quali esercenti la responsabilità genitoriale sul minore [redacted] resistono con controricorso, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso; i controricorrenti propongono altresì ricorso incidentale affidato ad un unico motivo condizionato all'accoglimento di uno o più motivi del ricorso principale.

MOTIVI DI RICORSO

Con il primo motivo del ricorso principale si deduce il difetto assoluto di giurisdizione, a norma dell'art. 360, comma 1, c.p.c., in quanto nell'ordinamento giuridico nazionale non esiste una norma che legittimi una piena bigenitorialità omosessuale, come affermata dal giudice canadese.

Con il secondo motivo si denunzia violazione dell'art. 95 del d.p.r. n. 396/2000, essendo competente in materia il Tribunale in primo grado. La Corte d'appello ha erroneamente ritenuto che l'oggetto del procedimento fosse il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero nell'ordinamento italiano, mentre invece i

ricorrenti hanno richiesto la trascrizione dell'atto di nascita straniero ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. e), del d.p.r. n. 396/2000, impugnando il provvedimento con cui l'ufficiale di stato civile aveva rifiutato di trascrivere il suddetto provvedimento giurisdizionale canadese, venendo dunque in rilievo un'opposizione al rifiuto di trascrizione che, a norma del citato art. 95, è proponibile con ricorso innanzi al Tribunale.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n.4, c.p.c., avendo la Corte d'appello omesso di pronunciarsi sull'eccezione di difetto di legittimazione attiva del padre intenzionale [redacted] a rappresentare il minore.

Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 16 e 65 l. n. 218/95, 18 del d.p.r. n. 396/2000, 5 e 12, commi 2° e 6°, l. n. 40/05, in quanto l'ordinanza impugnata confligge con vari principi fondanti l'ordine pubblico, tra cui la nozione di filiazione intesa nell'ordinamento italiano quale discendenza da persone di sesso diverso, come disciplinata dalle norme in materia di fecondazione assistita, anche eterologa, nonché con il divieto della cd. "maternità surrogata", fattispecie costituente reato secondo la legge italiana.

L'unico motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 100 c.p.c. e 67 l. n. 218/95, avendo erroneamente la Corte d'appello considerato il Ministero e il Sindaco controricorrenti legittimati passivi, poiché il primo non aveva competenze in materia di stato civile, mentre il Sindaco non era titolare di un interesse proprio rispetto all'istanza di trascrizione.

Anzitutto, sono da esaminare i primi tre motivi del ricorso principale e l'unico dell'incidentale per il loro carattere logico-preliminare rispetto alla suddetta questione di legittimità costituzionale. Tali motivi sono infondati, anche alla luce della motivazione della recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 12193/19.

I primi due motivi possono inoltre essere esaminati congiuntamente poiché tra loro connessi.

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario adito, poiché il giudizio fonda la *causa petendi* sull'accertamento di diritti fondamentali (*rectius*, sulla prospettazione di tali diritti, e ciò basta a innescare la giurisdizione).

Il procedimento ex art. 67 della l. n. 218 del 1995 si differenzia da quello di rettificazione degli atti dello stato civile disciplinato dal d.P.R. n. 396 del 2000, in quanto, pur con esso concorrente, ha una più ampia portata, avendo per oggetto il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero. Ciò giustifica una lettura allargata della legittimazione a partecipare a tale giudizio

Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, dà luogo, se non determinato da vizi formali, a una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della l. n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile destinatario della richiesta di trascrizione, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento in causa e ad impugnare la decisione, in virtù della competenza ad esso attribuita in materia di tenuta dei registri dello stato civile.

Quanto al ricorso incidentale va ribadito che il Sindaco è l'organo il cui rifiuto di trascrizione dà origine alla controversia e come tale è direttamente interessato alle conseguenze e all'attuazione della pronuncia di delibazione; l'ordine di trascrizione (o di cancellazione della trascrizione già eseguita) riveste infatti un ruolo centrale e non accessorio nella decisione ex art. 67.

Dall'altro lato, il Sindaco è ufficiale di governo, organo periferico dell'Amministrazione statale dell'Interno, alla cui competenza il d.P.R.



n. 396 del 2000 ha trasferito le attribuzioni in materia di tenuta dei registri dello stato civile e contro la quale possono essere esperite tra l'altro le azioni di risarcimento di eventuali danni derivanti dalla (effettuata od omessa) trascrizione. Anche il Ministero dell'Interno ha pertanto un interesse autonomo, concreto e attuale a partecipare al giudizio, mentre tuttavia il Ministero dell'Interno interveniente ed essendo parte a pieno titolo del giudizio di riconoscimento può anche impugnare il provvedimento a sé sfavorevole.

Infine il terzo motivo del ricorso principale è infondato, in quanto è evidente che la Corte d'appello abbia pronunciato implicitamente sull'eccezione di difetto di legittimazione di [redacted] decidendo sulla domanda di quest'ultimo in ordine al diritto di essere inserito - quale "padre d'intenzione" - nell'atto di nascita del figlio di [redacted] [redacted], cui è legato da matrimonio celebrato in Canada.

Il quarto motivo di ricorso e la questione di legittimità costituzionale del divieto di trascrizione.

Il quarto motivo è il fulcro del ricorso principale e suscita una pluralità di questioni, affrontate e decise dalla recente sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite, che rivestono un rilievo costituzionale e sono decisive ai fini del riconoscimento o meno del provvedimento giudiziario canadese.

Il Collegio ritiene che ricorrano i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, 18 del d.p.r. n. 396/2000, 64, comma 1°, lett. g), l. n. 218/95, se interpretati alla luce della citata sentenza delle Sezioni Unite laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea generale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento, ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito- quale genitore d'intenzione - nell'atto di nascita del figlio della

persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri (cd. "maternità surrogata").

Al fine di prospettare tale questione di legittimità costituzionale, occorre muovere dalla motivazione della predetta sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019.

Il cardine di tale motivazione è fondato sul rilievo per cui il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione, nella specie cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione. Secondo le Sezioni Unite la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto con il genitore intenzionale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici e specificamente, nel nostro ordinamento, all'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983.

Le Sezioni Unite si sono confrontate direttamente con il divieto, sanzionato penalmente, dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, legge, quest'ultima, considerata "costituzionalmente necessaria". Tale divieto, secondo le Sezioni Unite, mostra con chiarezza che, anche dopo gli interventi della Corte costituzionale, la l. n. 40 del 2004 continua a distinguere tra fecondazione eterologa e maternità surrogata. Ne discende che il divieto penale contenuto in una legge siffatta va considerato espressivo di un superiore principio di ordine pubblico che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale con la



sentenza n. 272 del 2017, mira a sanzionare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità umana e fa dunque riferimento a valori superiori e fondanti. Ciò comporta che non può essere trascritto né riconosciuto in Italia il provvedimento giudiziale straniero che, riconoscendo implicitamente la validità dell'accordo di maternità surrogata attribuisce la paternità (o la maternità) anche al genitore intenzionale che non ha apportato alcuno contributo biologico alla procreazione.

Tale conclusione, secondo le Sezioni Unite, non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore: sia perché tale interesse non ha valore assoluto e può affievolirsi rispetto ad altri valori, rientrando tale valutazione bilanciata anche nel margine di apprezzamento che la Corte Europea dei Diritti dell'uomo comunque riconosce agli Stati ai fini della decisione di autorizzare o meno la pratica di maternità surrogata e gli effetti giuridici ad essa collegati; sia perché l'interesse del minore a restare nella coppia (anche dello stesso sesso) di cui fa parte il genitore d'intenzione è pur sempre tutelabile attraverso l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983, secondo l'orientamento inaugurato da Cass. n. 12962 del 2016. Alla luce di questa ricostruzione, le Sezioni Unite hanno concluso che gli effetti del riconoscimento del provvedimento straniero, di cui è stata chiesta la trascrizione, si pongono in contrasto con l'ordine pubblico ex art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995.

Il parere del 10 aprile 2019 della Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti Umani.

Successivamente, in data 10.4.19, è stato pubblicato il parere consultivo della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla richiesta preventiva della Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese (decisa con *arrêt interlocutoire* n. 638 del 5 ottobre 2018 e trasmessa con lettera del 12 ottobre 2018).



Tale parere è stato reso, per la prima volta, in esecuzione del Protocollo n. 16 allegato alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, entrato in vigore l'1 ottobre 2018 – ma non per l'Italia, che non lo ha ancora reso esecutivo-; al riguardo, nel rapporto esplicativo allo stesso Protocollo si evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1, del Protocollo, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della Convenzione, il quale sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale».

La dottrina ha chiarito che il parere reso dalla Grande Camera, nell'ambito del predetto protocollo, costituisce un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio ai giudici nazionali che potranno, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio.

La vicenda che ha portato alla richiesta di parere consultivo è nota inserendosi nella procedura di riesame del giudicato emesso dalla Corte di Cassazione francese dopo la decisione dei *leading cases Menesson e Labassée c. Francia* da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U., 26 giugno 2014, ric. nn.65192/11 e 65941/11). Con tali pronunce del 2011 la Corte di Strasburgo ha sancito la violazione da parte della Francia del diritto, tutelato dall'art. 8 della C.E.D.U., alla vita privata e familiare dei figli e la non adeguata considerazione del loro superiore interesse per effetto del diniego di riconoscimento della filiazione - legittimamente acquisita negli Stati Uniti in seguito a gestazione per altri – nei confronti del padre intenzionale e biologico. La giurisdizione francese è stata successivamente investita di una richiesta di riesame del giudicato per ciò che concerne il permanente rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile il riconoscimento della

filiazione anche nei confronti della madre intenzionale che non aveva contribuito al concepimento mediante donazione dei propri gameti.

La Corte di Cassazione francese ha formulato nei seguenti termini le questioni che ha inteso sottoporre alla Corte di Strasburgo con la propria richiesta di parere consultivo: a) se uno Stato parte della Convenzione, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante gestazione per altri, nella parte in cui tale atto designa come madre legale la madre intenzionale - mentre la trascrizione dell'atto di nascita è ammessa laddove designa come padre legale il padre intenzionale in quanto padre biologico - eccede il proprio margine di apprezzamento di cui dispone con riferimento all'articolo 8 della Convenzione E.D.U. e se deve distinguersi a seconda che il bambino sia stato concepito o meno con i gameti della madre intenzionale; b) nella ipotesi di una risposta positiva a uno dei precedenti quesiti se la possibilità per la madre intenzionale di adottare il figlio del suo coniuge, padre biologico, permette di rispettare le prescrizioni dell'art. 8 della Convenzione costituendo un modo alternativo di instaurazione del rapporto di filiazione nei suoi confronti.

Con il proprio parere consultivo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha risposto positivamente al primo quesito (non ritenendo attinente all'oggetto della procedura prevista dal protocollo n. 16 la questione sulla rilevanza della donazione dei gameti da parte della madre intenzionale) e, rispondendo al secondo quesito, ha affermato che l'adozione da parte della madre intenzionale può ritenersi accettabile, come modello alternativo di instaurazione del rapporto legale di filiazione, a condizione che le modalità previste dal diritto interno per l'adozione garantiscano la effettività e celerità del riconoscimento e che esso risulti conforme all'interesse superiore del minore.

Nel ritenere che tale risposta della Corte di Strasburgo si ponga in conflitto con il diritto vivente in Italia, così come si è venuto a



configurare all'esito della citata pronuncia delle Sezioni Unite, il Collegio considera particolarmente significativi i seguenti passaggi della motivazione del parere consultivo.

In primo luogo il richiamo alla Convenzione di New York del 1989, ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991, e, in particolare, ai suoi articoli 2, 3, 7, 8, 9 e 18 che disegnano lo statuto dei diritti inviolabili dei minori. La Convenzione in particolare sancisce: a) l'obbligo per gli Stati parti di rispettare e garantire i diritti enunciati nella Convenzione a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione, politica o altra, del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza; b) la tutela da ogni forma di discriminazione o di sanzione, motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari; c) la considerazione preminente dell'interesse superiore del minore in tutte le decisioni delle pubbliche autorità che lo riguardano; d) il diritto del minore alla registrazione immediata al momento della nascita e, da allora, a un nome, ad acquisire una cittadinanza e nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi, a veder preservata da ingerenze illegali la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge; e) il diritto a non essere separato dai suoi genitori, se non quando sia necessario nel suo preminente interesse, e di intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i genitori anche se risiedono in Stati diversi; f) il riconoscimento ad entrambi i genitori della responsabilità comune nei confronti del figlio per ciò che concerne la sua educazione e la cura del suo sviluppo.

In secondo luogo la Corte Europea ha affrontato immediatamente la questione del rapporto fra l'interesse superiore del minore – che, ha



ribadito la Corte, deve sempre prevalere quando è in discussione la sua situazione personale - e il margine di apprezzamento attribuito agli Stati nel riconoscere il rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale che non sia anche genitore biologico. A tal fine ha richiamato quanto già affermato nelle sentenze del 2011 e cioè che sebbene sia concepibile che la Francia possa desiderare di scoraggiare i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a un metodo di procreazione che proibisce nel proprio territorio, tuttavia gli effetti del mancato riconoscimento non investono solo le persone che hanno operato la scelta di adottare le modalità procreative non consentite dall'ordinamento francese. Invero, gli effetti del divieto di riconoscimento si ripercuotono sui minori che vedono gravemente inciso il diritto al rispetto della loro vita privata e familiare.

Il riferimento della Corte all'art. 8 della Convenzione europea viene subito circostanziato come impossibilità di conciliare l'interesse superiore del minore, che va valutato caso per caso, con le conseguenze di un divieto generale e assoluto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale in quanto tali conseguenze sono lesive della stessa identità del minore e del diritto alla continuità dello *status filiationis*, compromettendo il radicamento del minore nel contesto familiare in cui è nato; in sostanza sono lesive di tutti quei diritti che costituiscono, alla luce della Convenzione di New York, il nucleo inviolabile della sua protezione. Ciò a giudizio della Corte europea restringe il margine di apprezzamento degli Stati e impone al diritto interno di offrire la possibilità del riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale.

Tale riconoscimento deve essere reso sempre possibile e può essere negato solo se, in casi particolari, ciò corrisponda in concreto all'interesse superiore del minore ma la Corte europea ritiene che non necessariamente il riconoscimento debba coincidere con la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita legalmente formato



all'estero. Agli Stati parti della Convenzione, che attualmente adottano al riguardo soluzioni diverse, va riservato un più ampio margine di apprezzamento sulla possibilità di predisporre modalità alternative alla trascrizione dell'atto di nascita e la adozione da parte del genitore d'intenzione ben può essere una modalità alternativa al riconoscimento. Tuttavia la Corte fissa due condizioni perché l'adozione possa considerarsi un mezzo ugualmente rispettoso dell'art. 8 della Convenzione. Le condizioni previste per l'adozione devono essere idonee a garantire l'effettività del riconoscimento del legame di filiazione e la procedura deve essere rapida e non esporre il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica circa il riconoscimento del legame. Se la Convenzione non impone agli Stati di riconoscere *ab initio* un legame di filiazione con il genitore intenzionale ciò che richiede l'interesse superiore del minore – da valutare in concreto, caso per caso – è che questo legame costituito legalmente all'estero venga riconosciuto non oltre il momento della sua concretizzazione. Accertamento quest'ultimo che non può che essere compiuto dalle Autorità nazionali competenti le quali potranno valutare, tenendo conto delle circostanze particolari del caso di specie, se e quando tale legame si sia concretizzato.

Alla luce della motivazione del parere consultivo della Corte di Strasburgo si intravedono chiaramente due profili di conflitto non superabili con la attuale situazione del diritto vivente in Italia come configurato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite.

Il primo di tali profili è l'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto.

Una tale configurazione, che si basa sulla rilevanza del divieto di gestazione per altri, sancito penalmente dall'art. 12 della legge n. 40



del 2004, si scontra, in primo luogo, con la constatazione della Corte europea per cui, se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, anche se tali misure incidano sulle situazioni soggettive di coloro che mettano in pratica tale intendimento, tuttavia non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. Diritti che risultano definitivamente fissati dall'atto di nascita legalmente formato nell'ordinamento del paese in cui il minore è nato.

In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione.

In questa prospettiva anche la predisposizione di mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero assume nella motivazione della Corte europea la valenza di una diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione o la utilizzazione di uno strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito.

Ciò evidenzia il secondo inconciliabile profilo di conflitto con l'attuale configurazione del diritto vivente che, alla stregua della pronuncia delle Sezioni Unite, ritiene adeguata alla tutela dell'interesse del minore la

presenza nel sistema normativo di una modalità alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita e cioè la possibilità per il genitore di intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) della legge n. 184/1983. Un istituto che per le ragioni che si esporranno in prosieguo non risulta affatto idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte di Strasburgo le condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore.

Rilevanza del parere consultivo e impossibilità di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme.

Il Collegio ritiene che nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019. Tuttavia la impossibilità di una opzione interpretativa in contrasto con quello che allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità, direttamente chiamata a pronunciarsi su una questione di massima importanza, e, per altro verso, la impossibilità di confermare una linea interpretativa che, per quanto si è detto sinora, si ritiene in contrasto con la posizione espressa dalla Corte Europea sullo stesso tema, induce a sollevare la questione di costituzionalità degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, della legge n. 218 del 1995, nonché dell'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non

biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico. Si ravvisa infatti il contrasto di tale interpretazione con l'art. 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite nonché all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Al riguardo, a parere del giudice rimettente, non è possibile una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme in questione attraverso un'esegesi adeguatrice. Se è vero che una tale verifica è un obbligo del giudice *a quo* perché la prospettazione d'incostituzionalità delle norme costituisce sempre una *extrema ratio* tuttavia, nella fattispecie in esame, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, la soluzione conforme a Costituzione e alla C.E.D.U. non è praticabile, se non contraddicendo la recente statuizione delle Sezioni Unite. Parallelamente la verifica della rispondenza del diritto vivente ai principi costituzionali in relazione a quelli convenzionali non potrebbe che avvenire mediante la richiesta, che anche le Sezioni Unite sarebbero tenute a prospettare, di un intervento interpretativo del Giudice delle leggi, o che, eventualmente, si estrinsechi in una pronuncia additiva o manipolativa delle norme che s'intendono sottoporre al vaglio di costituzionalità.

In particolare, va osservato che la sentenza delle Sezioni Unite, per l'autorevolezza dell'organo giudiziario da cui promana - la cui funzione è appunto quella di assicurare con le sue decisioni nel territorio nazionale l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione delle norme di diritto, vale a dire la cosiddetta funzione nomofilattica della Suprema Corte- ha certamente formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme applicate nella fattispecie concreta da cui il giudice *a quo* non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme delle medesime norme.

E' noto che nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, in conformità di autorevole insegnamento dottrinale, il tenore letterale della norma o il diritto vivente sono, in astratto, riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Ma al riguardo, il collegio rimettente non ignora anche che, in particolare, l'eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione normativa è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata "facoltà" e non "obbligo" per il giudice *a quo* (v. Corte Cost., sent. n. 350 del 1997).

Nel caso concreto, però, non appare possibile che il Collegio decida la causa fornendo un'interpretazione della fattispecie astratta che si contrapponga e superi quella adottata dalle Sezioni Unite, essendo ciò precluso, per quanto esposto, dalla natura della pronuncia che è ontologicamente orientata a radicare il diritto vivente al fine di garantire la certezza e l'uniformità dell'applicazione del diritto, quale bene fondamentale dell'ordinamento giuridico. Ciò appare viepiù evidente se si considera che le Sezioni Unite, nel pronunciare la sentenza predetta, sono state espressamente investite da una sezione semplice della Suprema Corte al fine di affermare il principio di diritto nella complessa materia in esame.

Ora, tenuto anche conto del sopravvenuto parere espresso dalla Grande Camera della CEDU- come sopra illustrato- il Collegio ritiene che la formulazione delle disposizioni normative applicate nella fattispecie offra una resistenza insuperabile ad essere interpretata in modo conforme alla Convenzione e alla Costituzione, se interpretate secondo la citata sentenza delle Sezioni Unite e del diritto vivente così formatosi.

Al riguardo, in conformità di quanto ritiene la dottrina, a norma dell'art. 374, comma 3, c.p.c., va osservato che il Collegio della sezione semplice della Suprema Corte non è posto di fronte alla secca

alternativa tra l'uniformare la propria decisione al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite – per dirimere un contrasto o una questione di massima di particolare importanza– e la rimessione con ordinanza interlocutoria del ricorso alle Sezioni Unite, esponendo le ragioni del dissenso. Il Collegio della sezione semplice può sottrarsi a questa alternativa attivando l'incidente suscettibile di condurre a una declaratoria di incostituzionalità, e quindi alla rimozione, della disposizione sottostante al principio enunciato dalle Sezioni Unite.

La stessa Corte costituzionale ha convalidato questo percorso interpretativo con la sentenza n. 3 del 2015, esaminando la questione sollevata dal giudice *a quo* il quale aveva prospettato l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme impugnate attesa la sussistenza del diritto vivente formatosi a seguito di una sentenza delle Sezioni Unite.

Conflitto con i principi d'inviolabilità dei diritti fondamentali del minore, d'uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità.

Il contrasto del diritto vivente appare peraltro a questo Collegio sussistere anche in relazione ai principi fondamentali affermati dalla Carta e dalla giurisprudenza costituzionale italiana in materia di diritti inviolabili del minore e diritto d'eguaglianza correlato ai rapporti di filiazione e pertanto il Collegio intende altresì prospettare questione di legittimità costituzionale delle stesse disposizioni citate in precedenza per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione se interpretate secondo la sentenza n. 12193/19 delle Sezioni Unite.

I principi di uguaglianza e di non discriminazione, specificamente in relazione alla nascita, sono consacrati nella Costituzione negli articoli 2, 3, 30 e 31. Al riguardo, va osservato che l'interpretazione- fatta propria dalle Sezioni Unite- secondo cui il riconoscimento del provvedimento straniero di inserimento del padre d'intenzione nello

stato di nascita del minore è precluso dal limite dell'ordine pubblico, sulla base del disvalore espresso dalla sanzione penale comminata per la fattispecie della gestazione per altri (cd. maternità "surrogata"), si pone in contrasto con gli artt. 2, 30 e 31 Cost. Invero, l'interpretazione delle Sezioni Unite è d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta Costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d'intenzione. E' evidente che la tutela del diritto del minore alla propria identità e alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della propria famiglia, legittimamente costituitasi in conformità della legge canadese, sia infirmata da un riconoscimento parziale dell'atto di stato civile che escluda il padre d'intenzione sulla base di considerazioni estranee alla tutela del minore.

Al riguardo, il Collegio intende sottoporre al Giudice delle leggi la questione di costituzionalità anche sotto il profilo del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, che, a giudizio del Collegio, è stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio e la compressione dell'interesse superiore del minore in una ottica incompatibile con il dettato costituzionale (cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 236 del 2018) e comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona. Occorre, in proposito, muovere dal rilievo che l'ordine pubblico internazionale costituisce, anche secondo l'orientamento di una autorevole dottrina, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante

dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità.

Invero, la stessa nozione di ordine pubblico recepita dalle Sezioni Unite, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) passi necessariamente in secondo piano, secondo il principio ermeneutico di bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali.

E' quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. *ordine pubblico discrezionale*) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. *ordine pubblico costituzionale*).

Invero, come è stato rilevato da autorevole dottrina, la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a



concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano.

In questo contesto di principi fondanti dell'ordinamento costituzionale italiano la legislazione e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria hanno delineato progressivamente la unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità con le quali viene a istituirsi il rapporto di filiazione. Né può affermarsi che sia principio generale del nostro ordinamento giuridico che lo stato di filiazione sia esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio; invero, l'adozione e la legittimità dell'accesso alle tecniche di procreazione eterologa smentiscono tale assunto.

Per altro verso la possibilità per la donna di partorire anonimamente e di non costituire il legame di filiazione smentisce un nesso indissolubile fra genitorialità biologica e giuridica.

Né tale compressione del diritto del minore alla sua identità personale e sociale può trovare la sua legittimazione in quanto espressiva della rilevanza del principio di dignità della donna come elemento anche esso costitutivo e indefettibile dell'ordine pubblico. Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di "maternità surrogata" - la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame - ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell'identità del figlio, acquisite insieme alla cittadinanza canadese, e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia che ha pieno riconoscimento sia nell'ordinamento canadese, in cui si consente il matrimonio fra persone dello stesso sesso e la gestazione per altri, sia nell'ordinamento italiano in cui tale riconoscimento è già concretamente in atto come unione civile. Un



bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l'interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna appare pertanto del tutto improprio. Nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che, come si è detto, lede invece gravemente il figlio. Lo Stato tutela la dignità della donna vietando la gestazione per altri nel suo ordinamento ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, che è nato all'estero e vi ha acquisito legalmente il proprio status e la propria identità personale, come conseguenza di un improprio bilanciamento dei diritti inviolabili del minore con la propria legittima volontà di scoraggiare i propri cittadini a recarsi all'estero per eludere il divieto della gestazione per altri. Come ha affermato chiaramente nel suo parere consultivo la Corte di Strasburgo, seguendo una linea interpretativa pienamente aderente ai nostri valori costituzionali, la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento.

L'interpretazione ostativa al riconoscimento appare dunque in contrasto con l'art. 2 e l'art. 3 Cost., in quanto il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla cd. "maternità surrogata" alla tutela del diritto del minore alla pienezza del suo *status*, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Oltre a questa lesione del principio di non discriminazione che ha una chiara codificazione nella Costituzione italiana, nella C.E.D.U., nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, come si è detto, nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti dei minori, l'interpretazione appare irragionevole perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento

straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione. Infatti, se alla base della interpretazione seguita dalle Sezioni Unite vi è la ricognizione del disvalore della maternità surrogata e della rilevanza della sanzione penale comminata dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004, appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione il quale è rimasto estraneo a tale condotta.

L'affermazione della esclusione in via generale e aprioristica del riconoscimento, attribuita, da parte delle Sezioni Unite, alla scelta sanzionatoria del legislatore non tiene inoltre in alcun conto la legislazione del paese in cui è avvenuta la nascita e il riconoscimento. Invero, non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la "maternità surrogata" altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo *status* di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale. Situazioni, queste ultime, che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi, alle quali invece – seguendo la linea interpretativa che ricostruisce in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico – si è costretti ad accordare il medesimo trattamento.



Seguendo l'interpretazione sin qui contestata il risultato ottenuto dall'opposizione del limite dell'ordine pubblico alla trascrizione è in definitiva quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato e sul soggetto che non ha contribuito alla procreazione mentre alcuna tutela viene ad essere attribuita alla donna che ha portato a termine la gestazione nell'esercizio di un potere di autodeterminazione che le è riconosciuto dal proprio ordinamento. Si tratta in sostanza di un bilanciamento fra diritti e interessi che non hanno alcuna attinenza con i soggetti che ne sono titolari e con le loro condotte.

Secondo le Sezioni Unite il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore, nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata, e il genitore d'intenzione, munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità che è qualificabile come principio di ordine pubblico, anche in quanto posto a tutela del valore fondamentale rappresentato dall'istituto dell'adozione. Ma anche questa ragione di bilanciamento che determina l'affievolimento dell'interesse del minore non si sottrae a una critica sotto i profili ampiamente esaminati in precedenza della astrattezza del giudizio di prevalenza attribuito al legislatore e della compressione dei diritti inviolabili del minore. Né appare rispondere a un criterio di ragionevolezza e proporzionalità attribuire al ricorso alla maternità surrogata un attentato all'istituto dell'adozione. L'attribuzione dello *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale non biologico dipende, allo stesso modo di quanto avviene per la fecondazione eterologa, dalla attuazione di un progetto genitoriale che appartiene alla coppia legata da vincolo matrimoniale. Né può affermarsi che nell'ordinamento italiano sia presente un principio assoluto di *favor adoptionis* e anzi questo è da escludere per le coppie dello stesso sesso cui è preclusa l'adozione. Per quanto

riguarda poi la sottrazione a un giudizio preventivo sull'idoneità genitoriale il raffronto dell'accesso a una forma di procreazione medicalmente assistita con l'adozione appare improprio perché l'idoneità genitoriale è attribuita per principio, e salva una verifica giudiziale conseguente a comportamenti pregiudizievoli per il minore nel corso della relazione familiare, a qualsiasi persona e si estende necessariamente al coniuge per garantire il pieno inserimento del futuro nato nella discendenza e nella vita familiare. Un tale giudizio preventivo sull'interesse del minore a veder riconosciuto lo *status filiationis* nel nostro ordinamento non è comunque estraneo al procedimento di delibazione secondo l'indicazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ritiene ineliminabile una valutazione caso per caso intesa a verificare la realizzazione in concreto dell'interesse del minore alla trascrizione.

Infine, di non minore rilevanza appare la lesione delle norme costituzionali che tutelano la vita familiare e l'esplicazione della personalità nelle formazioni sociali. Disposizioni che, per i profili che qui interessano, vengono sempre più strettamente ricollegate dalla Corte Costituzionale all'art. 8 della Convenzione E.D.U. e alla giurisprudenza della Corte Europea. L'accezione dell'endiadi "vita privata e familiare" va intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona ed anche del diritto all'identità dell'individuo. In questa prospettiva si è sempre più chiaramente affermata una valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e di bigenitorialità affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano.

Ora, richiamando quanto sopra esposto circa il parere espresso dalla Grande Camera il 10.4.19, occorre evidenziare che esso ha valorizzato



tali parametri, che ha ritenuto decisivi, evocando specificamente il migliore interesse del minore ed il ridotto margine di apprezzamento riservato ai Paesi contraenti in materia, ribadendo il carattere sopraordinato del primo e le ragioni delle restrizioni del secondo. A parere del Collegio, tale ultimo rilievo appare rivestire un'inequivoca decisività nell'orientare ogni interpretazione del giudice nazionale nel senso di considerare la discrezionalità del singolo Paese come recessiva laddove essa si esprima attraverso norme che non garantiscano, come si è detto, la tutela piena dei diritti del minore alla propria identità ma anche alla piena fruizione ed espressione della propria vita familiare. L'applicazione della sanzione penale- che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, anche in ordine al reato di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, comma secondo, codice penale (*Cass. penale, sezione V n. 13525 del 10.3.2016 e Cass. penale, sezione VI n. 48696 del 10.3.2016*) - e la predisposizione di misure dissuasive per la sua elusione non può legittimare altresì la incisione dei rapporti familiari successivi alla condotta sanzionata. Un limite questo che costituisce un principio generale e fondamentale dell'ordinamento italiano per come si è configurato attraverso le più importanti riforme in materia familiare che hanno inteso eliminare qualsiasi discriminazione dei figli in relazione alla loro nascita e realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto con i figli, finalità che sono una chiara espressione dei valori riconosciuti dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla Unione Europea oltre che dalle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito sin dall'immediato dopoguerra, nello spirito che attraversa tutta la Costituzione, di piena adesione alla nuova rilevanza dei diritti umani anche nella sfera dei rapporti internazionali.

Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con

ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio e subisce una grave menomazione *ex post* della relazione con il genitore intenzionale e gli effetti negativi di una artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito come entrambi suoi genitori. In questa prospettiva appare quanto mai pertinente l'utilizzazione nel suddetto parere consultivo della CEDU dell'espressione "concretizzazione" del legame come momento in cui viene in essere la irreversibilità del diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis*. In altri termini l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzioni del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore. Ciò che si è concretizzato deve essere riconosciuto pienamente alla stregua di quello che si realizza con la trascrizione dell'atto di nascita. Il margine di discrezionalità per gli Stati è ampio per ciò che concerne la scelta delle modalità del riconoscimento, ma estremamente limitato per ciò che concerne il contenuto del riconoscimento che deve essere effettivo e tempestivo per non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato. Al riguardo, giova evidenziare che l'opzione ermeneutica formulata dalle Sezioni Unite, secondo la quale la pretesa sanzionatoria dello Stato deve prevalere sui diritti e sull'interesse del bambino, attraverso il filtro dell'ordine pubblico, non trova conferma nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che in varie pronunce ha affermato con chiarezza che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento di *status*, né per quanto riguarda le relazioni personali. Al riguardo, va richiamato qui quell'importante filone giurisprudenziale della Corte costituzionale formatosi in riferimento agli automatismi legislativi (cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 31 del 2012, e n. 7 del

2013): esso, pur riguardando ipotesi differenti da quella qui in discussione, viene comunque in rilievo perché il Giudice delle leggi ha censurato proprio sotto il profilo della ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., congegni normativi che, al pari di quello al centro dell'odierna questione, precludono al giudice *"ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto"*.

Infatti, con tali pronunce la Corte Costituzionale ha, rispettivamente, escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato o di soppressione di stato giustifichi, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

Si pensi, inoltre, nell'ambito del medesimo orientamento, alla sentenza n. 494 del 28.11.2002, che dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 278 cod. civ. abr. che, in ordine all'incesto, impediva le indagini sulla paternità e la maternità.

Può dunque dirsi che, in materia di *status* il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria; invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti riprovata dall'ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto, negli esempi sopra riportati), non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio.

Incostituzionalità del divieto di trascrizione dell'atto di nascita in mancanza di un modo alternativo e conforme alle prescrizioni dell'art. 8 C.E.D.U. di riconoscimento dello status filiationis.

Alla luce di queste considerazioni non può ritenersi adeguato alle prescrizioni del parere consultivo del 9 aprile 2019 il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione ex art. 44 lett. d) della legge n. 184/1983.

In primo luogo, va osservato che tale forma di adozione non crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico.

L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett. d) non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti.

In sostanza vi è – sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente – una sorta di declassamento (*downgrade*) della relazione genitoriale e dello *status filiationis* che non può legittimarsi in alcun modo paragonandolo a quello del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile previsto dal legislatore del 2016. In quest'ultimo caso la riqualificazione del rapporto non crea alcuna arbitraria discriminazione all'interno del nucleo familiare e preserva comunque i diritti e doveri derivanti per il diritto civile italiano dal matrimonio. Né una legittimazione può essere ricercata dall'essere il vincolo matrimoniale instaurato fra persone dello stesso sesso, che nel nostro ordinamento non possono accedere alle tecniche di procreazione assistita. La stessa condizione di non riconoscibilità da parte del genitore intenzionale non biologico riguarda anche le coppie eterosessuali e una ipotetica differenziazione del regime di trascrizione degli atti di nascita sulla base della eterosessualità dei coniugi o della loro omosessualità incontrerebbe comunque la preclusione nei principi, a cui si è fatto riferimento in precedenza, di non discriminazione nei confronti del minore e dei suoi

genitori e nel carattere inviolabile dei diritti fondamentali del minore alla identità e alla vita familiare. Ne consegue, allora, che l'unica giustificazione rinvenibile del diniego di riconoscimento del provvedimento dello Stato canadese legittimante l'inserimento del padre d'intenzione nell'atto di nascita del minore è appunto quella di un effetto espansivo della sanzione penale nei confronti del minore e del genitore intenzionale non biologico, ma si tratta di una giustificazione della quale ci si è ampiamente occupati sinora evidenziando il suo conflitto con le norme costituzionali, convenzionali e internazionali.

Per altro verso, l'istituto non corrisponde al requisito della tempestività trattandosi di un procedimento finalizzato ad un provvedimento che richiede un lungo e complesso *iter* processuale e decisionale perché non consiste in una delibazione di una pronuncia giurisdizionale straniera che, se pure effettuata con riferimento all'interesse superiore del minore e quindi con una attenzione specifica al caso concreto, comporta come esito finale il recepimento di uno *status* già codificato in una statuizione giurisdizionale da dichiarare efficace nel nostro ordinamento. Il procedimento di adozione è invece finalizzato a una creazione di una situazione soggettiva *ad hoc* e specificamente propria del nostro ordinamento. Pertanto, tale procedimento comporta una articolazione e complessità decisamente superiore rispetto al procedimento di delibazione di una sentenza straniera, esponendo pertanto il minore a un lungo periodo di incertezza giuridica sulla propria condizione personale e determinando una preclusione o, comunque, una serie di ostacoli gravi all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore intenzionale che la richiede.

Inoltre, l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) è soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e quindi lascia aperta la sua possibilità di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel paese

in cui il minore è nato; ipotesi questa che potrà verificarsi specificamente nel caso di crisi della coppia genitoriale. Più grave è, per altro verso, la condizione inversa e cioè la soggezione dell'adozione ex art. 44 lett. d) all'assenso all'adozione da parte del genitore biologico che potrebbe venir meno in caso di separazione o divorzio, ma anche di sopravvenuto decesso.

In definitiva, il Collegio non ritiene esistenti nel sistema normativo italiano attuale istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato mediante ricorso all'estero alla pratica della gestazione per altri. Conformemente alla *ratio* sottesa al parere consultivo della Corte di Strasburgo sembra potersi affermare che l'istituto dell'adozione in casi particolari potrebbe semmai costituire una forma di tutela del rapporto affettivo insorto con il genitore intenzionale nei casi particolari in cui il pieno riconoscimento dello *status filiationis* non si dimostri concretamente rispondente all'interesse del minore.

Anche sotto questo profilo relativo al *deficit* di istituti alternativi vanno pertanto sollevate le precedenti questioni di legittimità costituzionale. In definitiva, le valutazioni che precedono inducono a prospettare al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del d.P.R. n. 396/2000 (che vieta la trascrizione negli atti dello stato civile degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico), perché in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1- in relazione all'art. 8 CEDU- della Costituzione, se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente



costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico.

P.Q.M.

Letti gli artt. 134 e 137 Cost., 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948 n.1, e art. 23 della legge costituzionale 11 marzo 1953 n.87.

DICHIARA

rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396/2000, e 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/95, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del cd. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Dispone che la presente ordinanza sia notificata alle parti, al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati. Dispone che, all'esito, il fascicolo sia trasmesso, unitamente alla prova delle eseguite notificazioni e comunicazioni, alla Corte Costituzionale. Dispone che sia omessa l'indicazione dei nominativi e dei dati identificativi delle parti.

Sospende il giudizio.

Dispone che sia omessa l'indicazione dei nominativi e dei dati identificativi delle parti.

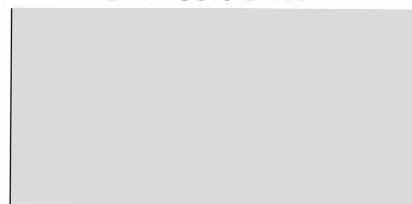
Sospende il giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 dicembre 2019.

Il Giudice relatore



Il Presidente



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Primo Presidente Civile

Uffici in cancelleria

il 29-04-2020

