

Il caso del figlio nato da due madri

L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico

di Gabriella Luccioli

1. Con decreto del 4 dicembre 2014 la Corte di Appello di Torino, riformando la decisione adottata dal Tribunale per i Minorenni il 21 ottobre 2013, ha ordinato la trascrizione nei registri dello stato civile del certificato di nascita di un minore nato in Spagna che risultava dall'atto figlio di due madri, la prima delle quali, cittadina italiana, aveva fornito l'ovulo, mentre la seconda, cittadina spagnola, aveva gestito la gravidanza e dato alla luce il bambino.

Il giudice di primo grado aveva invece ritenuto che detto certificato presentasse profili di incompatibilità con l'ordine pubblico, atteso che nell'ordinamento italiano è madre solo colei che ha partorito.

I due ricorsi per cassazione proposti dal Procuratore Generale della Corte di Appello e dal Ministro dell'Interno sono stati decisi dalla Suprema Corte con la recente sentenza n. 19599/16, che ne ha pronunciato il rigetto dandosi carico di enunciare i pertinenti principi di diritto.

In estrema sintesi, la Corte ha affermato che nel valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia il giudice italiano deve verificare se quell'atto 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.

Ha inoltre sancito che il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in Spagna, non contrastano con l'ordine pubblico per il

solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie nel territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell' interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all' estero.

Ha altresì statuito che la regola secondo la quale è madre colei che ha partorito, dettata dal terzo comma dell' art. 269 c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale ostativo al riconoscimento in Italia dell' atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino è figlio di due madri.

Tale decisione suscita molte perplessità.

Mi limiterò a svolgere alcune riflessioni, o meglio a porre alcuni interrogativi, sui tanti temi di dibattito che la sentenza prospetta, ben consapevole della opinabilità di ogni conclusione.

2. La Cassazione dedica nella sua prima parte molte pagine alla definizione del concetto di **ordine pubblico internazionale**, che come è noto secondo il disposto degli artt. 65 della legge n. 218 del 1995 e 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 costituisce limite alla riconoscibilità dei provvedimenti stranieri. Di tale concetto la Corte di legittimità offre un contenuto estremamente circoscritto, assumendo il legame pur necessario con l' ordinamento nazionale come limitato ai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali della UE, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell' uomo, ossia ai principi che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario.

Tale limitazione del concetto di ordine pubblico internazionale segna un significativo mutamento di rotta rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale, che pur in una progressiva e costante riduzione della sua portata rispetto al passato, secondo una linea del tutto coerente con la storicità della nozione, si era attestato nel ritenere che l' ordine pubblico internazionale vada inteso come il complesso dei principi fondamentali che distinguono l' ordinamento interno, anche se privi di copertura costituzionale, e costituisca limite che l' ordinamento nazionale pone all' ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua

coerenza interna.

E' dunque certamente vero, secondo tale risalente indirizzo, che non si può identificare l'ordine pubblico internazionale con quello interno, ossia con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento nazionale, atteso che una simile identificazione comporterebbe l'applicazione delle norme di conflitto solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali identiche a quelle italiane, cancellando le diversità tra i vari sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato.

E' altrettanto vero che il nostro Paese fa parte di una comunità internazionale con la quale è chiamato a confrontarsi anche sul piano dei principi e che l'apertura internazionalistica del concetto di ordine pubblico consente l'affrancamento da ogni posizione di tipo difensivo, la permeabilità del nostro sistema a valori esogeni e la riduzione a situazioni estreme dell'ambito del contrasto.

E' ancora da condividere il pensiero di chi afferma che i principi nei quali l'ordine pubblico si sostanzia non sono immutabili nel tempo, come un rapido sguardo alla storia di numerosi istituti giuridici conferma, dipendendo tale evoluzione dai mutamenti verificatisi nell'ordinamento nazionale e nel sentire collettivo.

E tuttavia tale nozione aperta dell'istituto non esclude ma richiede, secondo quanto ritenuto dalla consolidata giurisprudenza, di verificare la compatibilità dell'atto straniero con il *complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico o fondati su esigenze di garanzia, comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo* (così Cass. 2013 n. 19405).

In questo senso è puntuale il richiamo a Cass. 2006 n. 27592, lì dove ha sancito che l'ordine pubblico internazionale è *formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale... tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia.*

Ciò vale a dire che se è vero che il limite dell'ordine pubblico

internazionale svolge una funzione di garanzia della tenuta complessiva e della coerenza interna dell'ordinamento, non può essere consentito l'ingresso nel sistema di norme, atti o pronunce emessi in Paesi terzi che risultino del tutto confliggenti con i principi fondamentali ed i valori che formano ed informano il nostro ordinamento.

Non appare pertanto condivisibile la sentenza in commento nel punto in cui afferma che i valori rispetto ai quali va verificata la compatibilità dell'atto straniero sono identificabili soltanto con quelli direttamente desumibili da norme costituzionali e sovranazionali inderogabili, ben potendo a mio avviso ravvisarsi principi e valori che, pur non direttamente enunciati in Costituzione, segnano in modo essenziale, nell'ambito del quadro costituzionale, il nostro sistema interno.

Ed il caso del divieto della maternità surrogata potrebbe essere un esempio in tale direzione.

Ma è soprattutto con il diritto di Stati che risentono dell'influenza di religioni assolutistiche e totalitarie o addirittura fanno propri i precetti religiosi islamici in materia di famiglia, recependo ad esempio la limitazione della capacità matrimoniale della donna, la poligamia o il ripudio, che il criterio dell'ordine pubblico internazionale deve necessariamente confrontarsi: è evidente che seguendo la tesi restrittiva della Cassazione si dovrebbe ritenere possibile il riconoscimento in Italia, ad esempio, di un atto di matrimonio contratto da un cittadino all'estero in regime di poligamia, ovvero di un atto di ripudio, ovvero anche di un atto di nascita di un minore che risulti figlio di una coppia il cui matrimonio sia stato sciolto vari anni prima, in forza della c.d. *teoria dei feti dormienti* del diritto islamico, che consente di attribuire al marito la filiazione in base alla riconosciuta possibilità di una gestazione latente nel ventre materno protratta sino a sette anni.

Io credo che la discrezionalità del legislatore in materia non costituzionalizzata non sia assoluta, ma possa e debba trovare limiti nella disciplina di istituti che hanno solo un indiretto riferimento nel quadro costituzionale e si radicano nella nostra tradizione giuridica e nella nostra identità culturale, così che quel determinato prodotto giudiziale straniero, ove introdotto nel sistema, risulterebbe abnorme o quanto meno totalmente dissonante all'interno dell'ordinamento italiano.

Non si tratta di adottare una posizione antistorica e nazionalistica di chiusura nei confronti di istituti propri di ordinamenti diversi a tutela della nostra identità giuridica e culturale, contrastante con la visione di una società aperta, tollerante e democratica, ma di verificare se il recepimento di un istituto che nega un valore fondativo del nostro ordinamento metta in crisi la coerenza complessiva del sistema.

Va d'altro canto considerato che l'armonia interna dell'ordinamento è un valore perseguito anche a livello internazionale, tanto che tutte le convenzioni internazionali prevedono la clausola di compatibilità dell'ordine pubblico, nonostante la normativa pattizia sia ispirata al diverso valore dell'armonia internazionale.

Analoga previsione è riscontrabile nei regolamenti adottati dalle istituzioni europee in ambito internazionalistico, pur a fronte del clima di reciproca fiducia che ispira la normativa dell'Unione Europea.

3. La sentenza in commento, al termine di una lunga disamina del concetto di ordine pubblico internazionale ed in chiaro collegamento logico con essa, passa a valutare **l'interesse superiore del minore**, in questo ravvisando la *ratio* principale del decreto impugnato.

Tale collegamento suscita ulteriori perplessità. In realtà il criterio del superiore interesse del minore non attiene all'ordine pubblico, costituendo piuttosto un parametro imprescindibile di riferimento, secondo un principio dettato non solo dalla normativa italiana, ma anche da quella internazionale, in ogni questione e decisione che attenga alla vita dei minori. Quelli di ordine pubblico e di interesse del minore sono concetti diversi, che presidiano valori diversi e che vanno tenuti distinti, pur nel loro possibile interferire.

E se è vero che l'interesse superiore del minore deve avere per oggetto il singolo minore ed essere valutato in concreto, sulla base della situazione data, e non in astratto, mi sembra giuridicamente non corretto ricondurne la rilevanza nell'ambito dell'ordine pubblico internazionale, che per definizione si fonda su criteri generali ed astratti.

Né il canone del superiore interesse del minore può porsi, in mancanza di specifica previsione normativa, come controlimite nella valutazione del contrasto con l'ordine pubblico del riconoscimento dell'atto di nascita in

discorso: ed invero l' art. 23 del Regolamento CE n. 2201 del 2003 impone di considerare detto interesse ai fini del riscontro della contrarietà all' ordine pubblico solo nel caso di riconoscimento di *decisioni*, e quindi di pronunce giudiziali, *relative alla responsabilità genitoriale*; inoltre, e soprattutto, lo stesso Regolamento esclude espressamente all' art. 1, co. 3, lett. a) dal proprio ambito di applicazione le decisioni *relative alla determinazione o all' impugnazione della filiazione*.

Ma anche il sostenere che nel caso di specie il superiore interesse del minore si identifichi nel diritto a conservare lo *status filiationis* riconosciuto da un atto validamente formato in un altro paese appare argomentazione opinabile, in quanto del tutto priva di elementi di concretezza, svincolata com' è da ogni riferimento alla vita di quel minore ed alla attualità dei suoi rapporti interpersonali ed ancorata soltanto al dato giuridico della acquisizione di uno *status* all' estero.

E' evidente che secondo tale prospettiva l' interesse superiore del minore viene concepito in termini generali ed astratti e si risolve in una presunzione assoluta preclusiva di una effettiva valutazione in concreto. Ancor prima, a me sembra che identificare l' interesse superiore del bambino, a prescindere dalla sua età e dalla sua storia personale, nella conservazione di uno *status* sia frutto di pura ideologia.

Non può in ogni caso omettersi di considerare che l' ordinamento italiano offre altri strumenti, come quello dell' adozione, per garantire al minore la conservazione di rapporti affettivi e materiali.

4. Ma il problema di fondo, che soltanto nella parte finale della lunga motivazione la Corte di Cassazione affronta, riguarda la compatibilità con l' ordine pubblico internazionale di un certificato di nascita che attribuisce la maternità, nell' accezione che le è propria di maternità naturale, a due donne, l' una per aver portato a termine la gravidanza e messo al mondo il figlio, l' altra per aver fornito l' ovulo fecondato da un donatore rimasto ignoto.

Si tratta allora di stabilire se il principio secondo il quale è madre colei che partorisce, espressamente enunciato nel terzo comma dell' art. 269 c.c., ma sotteso a numerose altre disposizioni del codice civile e di leggi speciali, integri un principio fondamentale di ordine pubblico, nel senso

innanzi precisato, o si risolva in una mera opzione del legislatore italiano, suscettibile di essere modificata in un momento successivo.

Pur nella consapevolezza, ancora una volta, dell'opinabilità di ogni soluzione, che resta certamente influenzata dalla maggiore o minore estensione del concetto di ordine pubblico internazionale che voglia assumersi, ma forse anche dalla diversa sensibilità dell'interprete nell'affrontare una tematica così delicata, io credo che a tale quesito si debba rispondere nel primo senso, non solo perché detto principio appare sotteso al divieto, rafforzato da sanzione penale, di pratiche di surrogazione di maternità, ma anche perché credo che l'unicità della maternità naturale appartenga al patrimonio condiviso di valori e sentimenti della nostra collettività.

E' certamente vero che l'attuale formulazione dell'art. 269 c.c. risale ad un tempo in cui pratiche come quella in esame non erano neppure ipotizzabili, non essendo allora concepibile una scissione tra la figura della gestante e di colei che ha trasmesso il patrimonio genetico; e tuttavia resto convinta che il principio di unicità della madre che partorisce, secondo il disposto del terzo comma dall'art. 269 c.c., non attiene alla prova della maternità, come pure si è sostenuto da certa dottrina, ma costituisce un principio fondamentale del nostro sistema giuridico, tale da non consentire una duplicazione di figure genitoriali materne tra madre gestante e madre genetica e da imporre la risoluzione di ogni conflitto tra l'una e l'altra riconoscendo l'unicità della madre uterina.

E se pure è altrettanto vero che nell'ordinamento si configurano diverse situazioni in cui il vincolo genitoriale genetico non risulta o viene meno e la genitorialità è riconosciuta in capo al soggetto che intenda e che sia in grado di assumerla, è parimenti vero che tale riconoscimento di un'altra genitorialità non incide sulla unicità quale madre naturale di colei che ha partorito.

Tale principio di unicità è tanto immanente nel sistema che nel caso di adozione ed anche nell'ipotesi in cui la partoriente abbia esercitato il diritto di non essere nominata la legge dispone che il figlio possa conoscere, da adulto, la verità sulle sue origini: il comma 5 dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 consente all'adottato ultraventicinquenne di *accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei*

propri genitori biologici ed il comma 7 dello stesso art. 28, che precludeva l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che avesse dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 278 del 2013.

Va altresì ricordato che il diritto alla conoscenza delle proprie origini trova ampi riconoscimenti nelle fonti sovranazionali, tra le quali l'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e l'art. 30 della Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, ratificata con legge n. 476 del 1998.

Né può omettersi di considerare la peculiarità del legame che si instaura durante la gravidanza tra la madre ed il bambino. Studi recenti in ambito genetico ed endocrinologico hanno evidenziato l'importanza della fase intrauterina, nella quale il feto si predispone ad entrare in rapporto con l'ambiente esterno e comincia ad esprimere la capacità di provare emozioni: in particolare è stato accertato che sin dal terzo mese di gestazione il feto è dotato di sensorialità, che via via si sviluppa nei mesi successivi.

Va inoltre rilevato che ai sensi dell'art. 9 comma 3 della legge n. 40 del 2004 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.*

In conclusione, l'apporto di materiale genetico da parte dell'altra donna non mi sembra sufficiente per poter configurare una seconda genitorialità che si affianca a quella della donna che ha portato in grembo il bambino, finendo così per attenuare la fondamentale rilevanza di quest'ultima.

Credo insomma che possano esserci nel nostro ordinamento una madre naturale ed una madre sociale, ma non due madri naturali o biologiche, che forse potrebbero diventare anche di più nel caso di multipli apporti di materiale genetico, come sembra sia accaduto in una circostanza di cui la stampa ha di recente parlato. *

Gabriella Luccioli

* Testo rielaborato di parte della relazione svolta il 26 gennaio 2017 a Torino nell'ambito del seminario su *Nuove famiglie e nuove*

responsabilità, tra diritti e responsabilità, promosso dalla Formazione Decentrata della Corte di Appello di Torino e dall' Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia.