

**CO-GENITORIALITA', ORDINE PUBBLICO,
INTERESSE DEL MINORE**

Commento a Cass. S.U. n. 38162/2022

Luigi Fadiga

Sommario: 1. Il precedente.- 2. Il caso in esame.- 3. La sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale. - 4. La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 38162/2022.- 5. La regola del caso singolo in attesa di un intervento legislativo.- 6. Conclusioni.

1. Il precedente

Sconforto. È lo stato d'animo che devono aver provato i giudici delle Sezioni Unite quando hanno dovuto nuovamente affrontare la questione dello status del bambino frutto di maternità surrogata nato all'estero da cittadini italiani entrambi di sesso maschile.

Per capire e condividere le ragioni di quello sconforto è utile ripercorrere le tappe della vicenda umana e giudiziaria che ha portato all'intervento della S.C. già nel 2019.

Tizio e Caio, cittadini italiani di sesso maschile legati da unione civile, contraggono matrimonio in Canada nel 2008 e decidono di avere un figlio. Tizio fornisce i gameti e in conformità della legge canadese ricorre alla maternità surrogata, riconoscendo poi il nato e prendendosene cura insieme a Caio. Il riconoscimento di Tizio viene dichiarato efficace in Italia in base all'art. 65 della l. 218/1995, e l'atto viene trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Trento.

Successivamente anche Caio chiede che sia dichiarato efficace e trascritto il provvedimento della Corte di Giustizia dell'Ontario che attribuisce anche a lui la paternità sul nato, pur in assenza di un legame genetico. L'Ufficiale di stato civile del Comune di Trento il 31 maggio 2016 rifiuta di trascrivere l'atto per contrarietà all'ordine pubblico.

Contro il rifiuto Caio ricorre alla Corte di appello di Trento ai sensi dell'art. 67 della predetta legge. Intervengono il Procuratore generale, il Sindaco e il Ministero dell'interno. La Corte, con ordinanza del 23 febbraio 2017, accoglie la domanda ritenendola compatibile con l'ordine pubblico internazionale così come delineato

dalla più recente giurisprudenza di legittimità ed anche in considerazione dell'interesse superiore del minore.

Contro l'ordinanza della Corte di appello ricorrono per Cassazione il P.G., il Ministero dell'interno e il Sindaco di Trento.

La Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza 2019 n. 12193 (R.G. 10101/2017), cassa l'ordinanza della Corte trentina del 2017 ed enuncia il principio di diritto secondo cui il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero da maternità surrogata e il “genitore di intenzione non biologico” trova ostacolo nel divieto previsto dall'art. 12 co. 6 della legge 2004 n. 40 qualificabile come principio di ordine pubblico posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante. Ciò non esclude però la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale utilizzando altri strumenti giuridici quali l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 comma 1, lettera *d*) della legge n.184 del 1983, e questo può ormai considerarsi diritto vivente.

2. Il caso in esame

La Prima sezione civile della Corte di cassazione, nuovamente investita della questione con ricorso proposto dal Ministero dell'interno e dal Sindaco di Verona avverso l'ordinanza 16 luglio 2018 della Corte di appello di Venezia ¹ (R.G. 30401/2018), non è convinta. Il diritto vivente definito dalle Sezioni Unite (che cioè l'adozione in casi particolari è idonea e sufficiente a dare rilievo giuridico al rapporto del minore col genitore di intenzione non biologico) non pare a quei giudici in armonia con i principi costituzionali. Di conseguenza ne va verificata la legittimità costituzionale.

Pertanto, con ordinanza del 29 aprile 2020 la Prima sezione solleva questioni di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 1, lettera g) della legge n. 218 del 1995, dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, e dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 nella parte in cui non consente che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. “genitore d'intenzione” nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”).

¹Con ordinanza 16 luglio 2018 la Corte di appello di Venezia accoglieva il ricorso proposto ex art. 702 – bis cpc dal genitore biologico e dal genitore di intenzione avverso il rifiuto dell'Ufficiale di Stato civile del Comune di Verona di provvedere alla rettifica dell'atto di nascita del figlio, facendo figurare anche il genitore di intenzione e ciò sulla base del provvedimento emesso nel 2017 dalla Corte Suprema della British Columbia che riconosceva entrambi i ricorrenti come genitori del bambino.

3. La sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale

La Corte costituzionale con la sentenza 2021 n. 33 dichiara inammissibile il ricorso della Prima sezione. Infatti, motivano i giudici delle leggi, la questione in gioco è se il diritto vivente espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 2019/12193 sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice rimettente. E dunque vanno tutelati gli interessi del bambino nato da maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia che ha sin dall'inizio condiviso il percorso per il concepimento e la nascita e lo ha quindi portato in Italia per accudirlo e prendersene quotidianamente cura. Tra questi interessi vi è certamente la protezione del suo rapporto col genitore di intenzione.

Orbene, l'adozione in casi particolari, così come disciplinata nella legge 1983 n. 184, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore significativa, ma non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. Essa, infatti, non attribuisce la genitorialità all'adottante, e pur essendo ormai idonea a costituire rapporti di parentela in virtù del nuovo art. 74 cod. civ. (legge 10 dicembre 2012, n. 219), richiede per il suo perfezionamento l'assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983). Quel consenso potrebbe non essere prestato in caso di sopravvenuta crisi della coppia. Il bambino sarebbe così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Per rendere la normativa coerente con i principi costituzionali è possibile un ventaglio di scelte, che però spettano soltanto al legislatore. A questo, infatti, deve essere riconosciuto il potere/dovere di individuare fra le molte possibili una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco. E dunque la Corte costituzionale deve necessariamente arrestarsi, e cedere il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'insufficiente tutela degli interessi del minore.

Pertanto, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le questioni di legittimità dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento

dello stato civile), sollevate dalla Prima sezione della Corte di cassazione.

4. La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 38162/2022

Riprende così il giudizio davanti alla Prima sezione, sulla proposta della quale il Primo presidente della Corte dispone l'assegnazione alle Sezioni Unite fissando l'udienza dell'8 novembre 2022 per la discussione. Il 30 dicembre 2022 la sentenza viene pubblicata (Cass. S.U. n. 38162/2022).

La motivazione delle Sezioni Unite prende le mosse riaffermando quanto deciso nella sentenza 2019/12193, che stabiliva non potersi riconoscere per violazione dell'ordine pubblico il provvedimento straniero che riconosce la paternità del genitore di intenzione. La Corte constata però che la disciplina vigente non regola la sorte del bambino nato malgrado il divieto, e ciò ha dato luogo a un "turismo procreativo" da parte di coppie (di sesso diverso come dello stesso sesso) che si prendono cura di lui e lo accudiscono in modo continuativo, esercitando nei suoi confronti una specie di responsabilità genitoriale di fatto. Non riconoscere rilevanza giuridica a tale situazione finirebbe col pregiudicare l'interesse del minore e il suo diritto al rispetto della vita privata.

E poiché la Corte costituzionale ha riconosciuto che spetta al legislatore il compito di bilanciare la dignità della gestante e la tutela dei diritti del bambino scegliendo fra le diverse opzioni possibili, anche la funzione nomofilattica delle S.U. deve restare in attesa.

Ma fino ad ora, come severamente sottolinea la Corte, il Parlamento "è rimasto inerte, e il monito giace inascoltato."

5. La regola del caso singolo in attesa di un intervento legislativo

Questo stato di cose, evidente sul piano della normazione primaria, non toglie però al giudice comune il dovere di individuare e dedurre la regola del caso singolo, ricavandola dalle norme e dal sistema nel quadro di quell'equilibrio dei valori già indicato dalla Costituzione. A parere delle Sezioni Unite, i limiti che rendevano l'adozione particolare insufficiente per tutelare il minore sono stati rimossi. Si è in qualche modo delineata una "nuova" adozione in casi particolari. Infatti:

- per effetto della sentenza 79/2022 della Corte costituzionale l'impedimento alla costituzione di rapporti civili con i parenti dell'adottante è scomparso;
- per la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 2015/18575 e

2018/18827) l'effetto ostativo del dissenso del genitore dell'adottando deve essere valutato in funzione della sua conformità all'interesse del minore, così come accade per il dissenso al riconoscimento.

Per quanto concerne l'ordine pubblico internazionale, la sua funzione si è allargata alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione Europea, dalla Carta dei Diritti fondamentali e dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Tra questi è compreso il principio dell'interesse preminente del minore e il rispetto della continuità affettiva e relazionale.

In attesa di una migliore disciplina per via legislativa, la situazione del caso in esame, caratterizzato da condivisione del progetto, assunzione di responsabilità genitoriale comune, accudimento e cura continuativa della prole, possono costituire la chiave interpretativa ottimale in concreto per l'interesse del minore.

Conseguentemente è stato accolto il ricorso del Ministero dell'interno e del Sindaco di Verona, e l'ordinanza della Corte di appello di Venezia è stata cassata con rigetto della domanda di riconoscimento del provvedimento straniero, ma con possibilità di utilizzare la "nuova" adozione in casi particolari.

6. Conclusioni

Si possono fare a questo punto alcune considerazioni.

Perdura e si consolida quella che Carlo Moro chiamava la atonia del legislatore, mentre la normativa sovranazionale già percepisce la persona di minore età come un soggetto giuridico titolare di diritti. Nella nozione di ordine pubblico ha fatto ingresso il principio del *best interest of the child*, introdotto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo del 1989. Pertanto, quella nozione ha acquistato funzioni positive che favoriscono l'ingresso nell'ordinamento di nuove relazioni genitoriali come quella di genitore intenzionale non biologico.

Il legislatore avrebbe quindi una griglia su cui avviare il lavoro.

Nondimeno, l'iter giudiziario sin qui percorso è durato cinque anni. Tanti, infatti, ne sono trascorsi dal rifiuto dell'Ufficiale di stato civile di Verona di provvedere alla rettifica dell'atto di nascita del minore e dalla ordinanza della Corte di appello di Venezia del 16 luglio 2018 di accoglimento del ricorso. Né si può dire che l'iter sia concluso. Non risulta infatti che il procedimento di adozione in casi particolari sia terminato, mentre si intuisce che il minore coinvolto – nato nel 2015 - ha ormai compiuto sette anni, tutti vissuti nell'incertezza e nell'attesa.

Il costo umano dell'atonia del legislatore è stato dunque elevatissimo. Ma già in tema di adozione si profila un ulteriore problema. L'art. 27 della legge 1983 n 184 stabilisce nel terzo comma che "con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine". La Prima sezione della Suprema Corte con ordinanza interlocutoria depositata il 5 gennaio 2023 (n. 230/2023) ha eccepito la costituzionalità di quella disposizione nella parte in cui esclude la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli secondo modalità stabilite dal giudice, in prospettiva di una adozione legittimante aperta, che in via interpretativa la formulazione dell'art. 27 non consentirebbe.

Non resta dunque che attendere gli ulteriori sviluppi.