

Status e capacità

Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata

Corte d'appello di Bari
Sezione civile per la famiglia
Sentenza 13 febbraio 2009

Presidente Iacovone; Relatore Labellarte

La massima

Status e capacità - Accordo di maternità surrogata senza corrispettivo - Contratto stipulato in Inghilterra - Adozione del parental order - Richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile italiano - Rifiuto - Illegittimità del rifiuto - Obbligo di trascrizione - Assenza di contrarietà all'ordine pubblico internazionale - Interesse superiore del minore. (Legge 218/1995, articoli 64, 65 e 67)

Un provvedimento inglese, con il quale è attribuita la maternità alla madre legale e non a quella biologica a seguito di un accordo di maternità surrogata, deve essere trascritto nei registri dello stato civile italiano per assicurare l'applicazione effettiva dell'interesse superiore del minore, considerato parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale. Non vi è contrarietà all'ordine pubblico internazionale nella trascrizione del provvedimento inglese che assicura anche il rispetto del diritto comunitario garantendo un'unicità dello status del minore e la libera circolazione delle persone.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato l'8 ed il 9 febbraio 2008, (A), conveniva dinanzi a questa Corte suo marito (B), nonché il Comune di (X) - in persona del Sindaco *pro tempore*, rassegnando le seguenti conclusioni: «I. Accertare e dare atto che sussistono i requisiti per il riconoscimento nello Stato Italiano dei cd. "parental order" resi in (XA) dalla (XB) Family Proceedings Court, per il "caso n. (K)" riferito al piccolo (C), in data xx/xx/1998, nonché per il "caso n. (KA)", riferito alla piccola (D), in data xx/xx/2001. 2. Per l'effetto, ed ove occorra, ordinare al Comune di (X) - Uffici - Ripartizione Servizi Demografici Elettorali e Statistici, in persona del Sindaco *pro tempore*, di provvedere alle conseguenti trascrizioni, e/o iscrizioni e/o annotazioni e/o rettifiche dei Pubblici Registri dell'Anagrafe in ordine alla indicazione di maternità dei due minori in modo che (C) e (D) risultino figli, per parte di madre, della sig.ra (A). 3. Con ogni consequenziale ulteriore provvedimento anche in ordine alle spese di giudizio. In via istruttoria si chiede: l'assunzione, ex art. 14 della L. n. 218/1995, di informazioni presso il Ministero di Grazia e Giustizia e/o la nomina di esperti o istituzioni specializzate al fine di effettuare eventuali occorrendi accertamenti del sistema giudiziario di diritto inglese ed in particolare in ordine alla non conoscenza nello stesso dell'apposizione della formula di passaggio in giudicato di una sentenza».

Il Sig. Avvocato Generale presso questa Corte, in data 21/2/2008, rassegnava parere scritto, nel quale instava per l'accoglimento della domanda.

All'udienza del 13/6/2008, il Comune di (X) - ritualmente e tempestivamente evocato in giudizio, non si costituiva, né compariva, così come non si costituiva, né compariva, il convenuto (B), anch'egli ritualmente e tempestivamente citato.

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 24/10/2008, si costituiva (B), con comparsa in pari data, e instava, mediante deduzioni inserite nel verbale di udienza, per il rigetto della domanda.

Indi, sentite le conclusioni dei difensori della (A) e del (B), la causa, veniva riservata per la decisione, all'esito della scadenza dei termini di legge - ridotti a metà - per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Motivi della decisione

Rileva questa Corte che la domanda di riconoscimento nello Stato italiano dei due provvedimenti indicati in narrativa, emanati dall'A.G. britannica ex art. 64, 65 e 67 della legge n. 218 del 1995, deve essere accolta.

Preliminarmente, deve essere dichiarata la contumacia del Comune di (X), per le ragioni indicate in narrativa, nonché anche la contumacia del convenuto (B).

Invero, la sua costituzione in giudizio è radicalmente nulla.

La comparsa di costituzione - in palese violazione dell'art. 167 c.p.c. (secondo cui nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende

Status e capacità

valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni) - è così formulata: «Con la presente comparsa si costituisce il Sig. (B)».

Null'altro è scritto in detto atto.

Esso, quindi, è del tutto privo dei propri elementi costitutivi, ed è, quindi, nullo (arg. ex Cass. Civ., 12/6/2008, n. 15707).

Né detta nullità può ritenersi sanata dal fatto che il difensore del (B) abbia svolto deduzioni e difese a verbale, in quanto soltanto nel vecchio sistema processuale - anteriore alla riforma che ha abolito l'ufficio pretorile - era possibile costituirsi, davanti al Pretore, anche mediante deduzioni inserite nel verbale di udienza (Trib. Cagliari, 25/10/1993, Sarnelli C. Usl n. 20, in Riv. Giur. Sarda, 1994, 593).

Infatti, il deposito di memoria sottoscritta da un avvocato debitamente investito di *ius postulandi* è requisito formale, imprescindibile e non suscettibile di forme sostitutive, ai fini della rituale costituzione del convenuto nel procedimento davanti al tribunale, pur nella fase cautelare che si svolge precedentemente all'inizio del giudizio di merito. È, pertanto, affetta da nullità la costituzione avvenuta senza il deposito della comparsa di risposta, nonostante il convenuto sia comparso in udienza a mezzo di avvocato munito di procura alle liti, versata nel fascicolo di ufficio unitamente ad altra documentazione (Trib. Napoli, 26/4/2000, Fall. soc. Desa C. Credito it., in Giur. napoletana, 2000, 324).

Pertanto, la nullità, ex art. 156 c.p.c., della comparsa di costituzione (rilevabile anche di ufficio, come insegna Cass. civ., Sez. III, 13/12/2005, n. 27450), ai sensi dell'art. 159, 1° comma, c.p.c., estende i suoi effetti, a tutti gli atti successivi (che sono da essa dipendenti), e cioè alle deduzioni della difesa del (B) inserite nel verbale di udienza, ed alla comparsa conclusionale ed alla memoria di replica del (B).

Conseguentemente, va dichiarata la contumacia non solo del Comune di (X), ma anche del convenuto (B).

Quanto al Comune di (X), inoltre, rileva questa Corte, che detto Ente non è, comunque, passivamente legittimato, atteso che l'ordine di trascrivere l'eventuale sentenza di riconoscimento delle sentenze straniere, oggetto della domanda proposta dalla (A) contro il Comune, discende dalla legge.

Ciò posto, rileva questa Corte che l'atto di citazione della (A) è così formulato:

«Fatto

1. in data 3 settembre 1990 in (X) la sig.ra (A) contrasse matrimonio concordatario con il sig. (B) nato a (XC) (XD) il 14/8/1960, cittadino inglese.

2. A meno di un anno dal matrimonio fu diagnosticato alla sig.ra (A) un tumore al collo dell'utero e ciò comportò l'intervento chirurgico di isterectomia. Una volta

completamente guarita, nell'autunno dell'anno 1996, visto che il marito era contrario all'adozione e desiderava un figlio geneticamente proprio, acconsentì ad intraprendere accordi di "surrogazione eterologa di maternità" in (XA), in modo che i coniugi avrebbero avuto figli geneticamente almeno del sig. (B). E ciò comunque anche perché la diversa scelta di una fecondazione omologa, a mezzo utilizzazione di ovuli della sig.ra (A), avrebbe comportato rischi per la vita della sig.ra (A), secondo quanto i medici le avevano riferito.

3. Coticché a mezzo dell'organizzazione di volontariato del (XA) (KB) che, in (XA), mette in contatto coppie e madri naturali, i coniugi (A)-(B) si incontrarono con la sig.ra (E), anch'ella cittadina inglese, che si offrì loro come "madre surrogata".

4. In data xx/xx/1997, quindi, in (XE), nello (XF), nacque il piccolo (C) ed in data xx/xx/2000, sempre in (XE), nacque la piccola (D).

(D), anche lei figlia naturale del sig. (B) e della sig.ra (E) (che nel frattempo aveva mutato il cognome in (Ee). In entrambi i casi la sig.ra (E) affidò i bambini ai coniugi (A)-(B) immediatamente, a pochi giorni dalla nascita, e gli stessi furono subito portati in Italia, quali figli naturali del sig. (B).

5. Successivamente, al fine di ottenere la dichiarazione di maternità in favore della sig.ra (A), i coniugi (A)-(B), secondo le intese intercorse con la madre surrogata, assunte nel rispetto delle linee guida della disciplina giuridica inglese in materia (art. 30 della "Human Fertilisation and Embriology Act - 1990" ovvero della Legge sulla fecondazione ed embriologia umana del 1990), intrapresero presso la Croydon Family Proceedings Court i relativi giudizi (per (C) caso n. (K) e per (D) caso n. (KA) che si sono conclusi rispettivamente con un "parental order" del 30 giugno 1998 e con un "parental order" del 15 giugno 2001, a mezzo cui è stata attribuita, ad ogni effetto dalla legge britannica, alla sig.ra (A) la maternità rispettivamente del piccolo (C) e della piccola (D), in sostituzione della sig.ra (E) che vi aveva formalmente rinunciato, come risulta dai provvedimenti in parola (prodotte nel fascicolo di parte). Detti "provvedimenti parentali" non sono stati impugnati e sono divenuti pertanto definitivi (si confronta la dichiarazione resa dal Legai Advisor prodotta nel fascicolo di parte).

6. Coticché, la sig.ra (A) a tutti gli effetti giuridici in (XA) è la madre dei piccoli (C) e (D) e tanto risulta anche all'anagrafe di (XE), luogo di nascita di (C) e (D), ove è stata eseguita la nuova registrazione della maternità (si confrontino i certificati prodotti nel fascicolo di parte).

7. I piccoli (C) e (D), sin dai primi giorni successivi alla nascita, hanno stabilmente vissuto in Italia con il

Status e capacità

sig. (B) e con la sig.ra (A), presso il domicilio familiare in (X) - (XF), alla (XG), costituendo un normale nucleo familiare. Sempre a (X) i piccoli (C) e (D) hanno frequentato e frequentano tuttora la scuola (prima quella materna e, allo stato, quella elementare) ed ivi hanno instaurato i loro rapporti di amicizia e di affetto anche al di fuori della famiglia.

I sig.ri (A) e (B), pur avendo avuto, nel corso del rapporto matrimoniale, costantemente in animo di far provvedere al riconoscimento in Italia delle sentenze rese dalla Corte di (XB), non vi hanno mai provveduto, senza che ciò fosse da ascrivere ad alcuna specifica ragione ostativa, sicché all'Anagrafe del Comune di (X), ove è censito il nucleo familiare, i piccoli (XC) e (XD) risultano ancora come figli, per parte di madre, della sig.ra (E).

8. Senonché, nel frattempo, la relazione matrimoniale tra i coniugi è naufragata e gli stessi sono stati dichiarati separati con sentenza parziale; allo stato pende dinanzi al Tribunale di (X), I Sezione, G.I. già dott.ssa (F) (n. (KC)), il giudizio di separazione tra i coniugi, chiamato all'udienza del 18/2/2008 per l'adozione dei provvedimenti in via istruttoria.

9. A seguito dell'udienza di comparizione dei coniugi il Presidente del Tribunale di (X), nell'adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse degli stessi coniugi e della prole, ha reso l'ordinanza del 18-20 luglio 2005 nella quale ha fatto propria la convenzione parziale di separazione *medio tempore* intercorsa fra i sig.ri (A) e (B), in data 12/7/2005, a mezzo cui ebbero a concordare l'affidamento congiunto dei piccoli (C) e (D), con le modalità di attuazione ivi stabilite. E così, accade che, da allora, i piccoli (C) e (B) vivono congiuntamente con la sig.ra (A) ed il sig. (B) trascorrendo con ciascuno di loro settimane alterne.

10. È evidente allo stato - anche in previsione dei provvedimenti che il Giudice della separazione dovrà adottare in via definitiva circa l'affidamento di (C) e (D) - l'esigenza di dare certezza formale in Italia a (C) e (D) circa il loro *status* di figli della sig.ra (A), in modo da evitare la surreale situazione per cui gli stessi risultano, sul piano formale, figli di madri diverse in Regno Unito ed in Italia.

11. In ragione di ciò, in applicazione del principio generale stabilito dalla legge del 31/5/1995 n. 218 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale" che sancisce il riconoscimento automatico degli effetti delle sentenze e dei provvedimenti resi da autorità straniere, è stata inoltrata, previa la faticosa acquisizione della idonea documentazione, al Comune di (X) - Ripartizione Servizi Demografici Elettorali e Statistici, presso cui il nucleo familiare (A)-(B) è censito, la richiesta del riconoscimento degli effetti dei citati "provvedimenti

parentali" ai fini della conseguente rettifica degli atti anagrafici. Il Comune di (X), con nota prot. n. 185171 del 28/6/2007, ha ritenuto che i "provvedimenti parentali" emessi dalla Corte di (XC) "non siano trascrivibili per le seguenti motivazioni: 1. nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista l'attribuzione della maternità a seguito di un accordo di 'surrogazione eterologa di maternità', né è disciplinata alcuna fattispecie analoga; 2. non risulta soddisfatto il requisito di cui alla lettera d) dell'art. 64 della L. 218/95, anche alla luce della considerazione che non è stata prodotta alcuna documentazione rilasciata dagli organi competenti attestante l'equiparazione tra quanto previsto dalla disciplina legislativa inglese e quella corrispondente italiana, in materia di passaggio in cosa giudicata delle sentenze". Tale posizione del Comune di (X) non ha mutato successivamente, atteso che - con nota prot. n. 261457 del 3/10/2007 - ha confermato il diniego già espresso, nonostante che la sig.ra (A), ad integrazione della documentazione già prodotta, abbia successivamente fatto acquisire al Comune di (X) la circostanza del "passaggio in giudicato" delle sentenze in esame, avendo prodotto la dichiarazione del Cancelliere della Corte, mister (G) del 29/6/2007, il quale attesta: "Avverso questi provvedimenti non è stato appello e di conseguenza sono provvedimenti da considerarsi definitivi ed inoppugnabili" (documento prodotto nel fascicolo di parte). In ragione di ciò, la sig.ra (A) ha interesse a che codesta ecc.ma Corte d'Appello accerti i requisiti per il riconoscimento in Italia degli effetti delle sentenze rese in (XA) dalla (XC) Family Proceedings Court, sia per il "caso n. (K)", riferito al piccolo (C), sia per il "caso n. (KA)", riferito alla piccola (D), con i provvedimenti del xx/xx/1998 e del xx/xx/2001, in virtù dei quali in (XA) si è "attribuita" definitivamente la maternità di (C) e (D) alla sig.ra (A). A tal fine si sottopongono all'attenzione della ecc.ma Corte d'Appello i seguenti rilievi in Diritto.

Come è noto, principio generale sancito dalla legge di riforma del sistema italiano di diritto privato n. 218 del 1995 per l'efficacia di sentenze e provvedimenti stranieri in Italia - si è già detto - è quello del loro automatico riconoscimento: tanto sia attraverso la disciplina di ordine generale, valida per tutti i tipi di controversie previste dall'art. 64 della ridetta legge, sia attraverso quella più agile prevista dall'art. 65 della stessa legge - allargata alla categoria dei "provvedimenti" e riservata all'esclusivo ambito delle materie della capacità delle persone, dei rapporti di famiglia e dei diritti della personalità - la quale richiede soltanto il concorso dei presupposti della "non contrarietà all'ordine pubblico" e dell'avvenuto "rispetto dei diritti essenziali della difesa" esigendo, tuttavia, il requisito che i provvedimenti in

Status e capacità

questione siano stati assunti dalle autorità dello Stato la cui legge sia quella richiamata dalle norme di conflitto (così molto efficacemente: Cass. 28/5/2004 n. 10378). La eventuale contestazione del riconoscimento legittima poi "chiunque vi abbia interesse" a chiedere alla Corte d'Appello del luogo di attuazione, l'accertamento dei requisiti del riconoscimento (art. 67 L. 218/1995). Tanto schematicamente riepilogato, l'Ecc.ma Corte d'Appello vorrà considerare quanto in appresso, al fine di ritenere sussistenti i requisiti per il riconoscimento dei provvedimenti resi dalla Court of Family of (XC).

I. Sulla sussistenza dei requisiti ex art. 65 della L. 218/1995. La fattispecie in esame trova la propria naturale disciplina nello schema più semplificato - ispirato al *favor* per il riconoscimento dei provvedimenti relativi allo *status* delle persone - della norma dell'art. 65 della L. 218/1995 che configura una deroga *ratione materiae* rispetto alla disciplina più generale dell'art. 64 della stessa legge, anche in riferimento all'espressione "provvedimenti" usata evidentemente per "prevenire" l'insorgere di difficoltà in funzione di una possibile diversa qualificazione (rispetto a quella di sentenza) dei provvedimenti in questione (Mosconi-Campiglio "Diritto Internazionale Privato e Processuale", UTET, 2007, p. 341 e segg.; ed anche: Cass. 28/5/2004 n. 10378). Ciò precisato, in ordine alla sussistenza dei requisiti di riconoscibilità di cui al citato art. 65 L. 218/1995, si osserva.

1. Le sentenze in esame sono state legittimamente pronunciate dalla Corte di (XC), autorità giudiziaria del (XA) la cui legge nazionale è richiamata dall'art. 33, co. I, della L. n. 218/1995 che, nel disciplinare la genesi del rapporto di filiazione, indica quale criterio di collegamento innanzitutto "la legge nazionale del figlio al momento della nascita". E della circostanza che (C) e (D) siano cittadini inglesi non vi è dubbio, e lo sono *ius sanguinis*, posto che il sig. (B) è cittadino inglese; e lo sono anche *ius soli*, visto che peraltro, gli stessi sono nati in (XE), nello (XF), in (XA). Alla stessa conclusione si giunge anche considerando l'ulteriore criterio di collegamento di cui all'art. 33, co. 2, della L. n. 218/1995, costituito dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio, visto che, come già detto, il sig. (B) è cittadino britannico; cosicché si deve ritenere sussistente il requisito della coincidenza tra Autorità giudiziaria estera che ha reso i provvedimenti in esame e quella richiamata dalla norma di conflitto applicabile.

2. Devono altresì ritenersi sussistenti i requisiti della "non contrarietà all'ordine pubblico" del "rispetto dei diritti essenziali di difesa", ove si consideri quanto in appresso.

A. Quanto alla "non contrarietà all'ordine pubblico" va

innanzitutto evidenziato che - come emerge dalla lettera della norma - essa va verificata non già rapportando ai valori di fondo dell'ordinamento che si intende tutelare la sentenza in se stessa (né l'attività processuale che a detta sentenza ha condotto) ma l'effetto che le sue disposizioni produrrebbero in Italia. In altri termini "non ha rilevanza ai fini del riconoscimento la regola in base alla quale la sentenza straniera è stata resa" (così Mosconi-Campiglio, UTET cit. p. 338 e seg.), ma il risultato concreto che a seguito del riconoscimento si produce nell'ordinamento che compie il relativo sindacato di ammissibilità. E tanto trova conforto anche nella formulazione letterale dell'art. 16 della L. n. 218/1995 il quale esprime il medesimo concetto. Come è noto, peraltro, agli effetti che qui interessano, il concetto di ordine pubblico "non si identifica con il cd. ordine pubblico interno - e cioè con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile - bensì con quello di ordine pubblico internazionale costituito dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico - giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico" (Cass. 6/12/2002 n. 17349; ed anche Cass. 23/2/2006 n. 4040). Si tratta dei valori condivisi dalla comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare facendo in modo che ciò avvenga senza pregiudicare il complesso dei principi del sistema interno. In ambito comunitario, peraltro, l'ordine pubblico dovrebbe venire in considerazione solo in casi eccezionali dato che i principi generali di diritto sono sostanzialmente condivisi tra gli Stati membri della CE tra cui si postula una reciproca fiducia. Si dovrà tener conto inoltre che non basta ad integrare la contrarietà all'ordine pubblico una qualunque differenza tra normativa italiana e straniera, non potendo peraltro ritenere sufficiente per addivenire alla determinazione della violazione dell'ordine pubblico, la mera esistenza di norme interne sottratte alla disponibilità delle parti. Ciò precisato si vorrà considerare che gli effetti in senso stretto del riconoscimento dei provvedimenti in questione attengono al riconoscimento dello *status* dei piccoli (C) e (D), quali figli per parte di madre della sig.ra (A), tenendo presente che ciò ha già ottenuto riconoscimento giuridico nello stato estero e che in Italia costituisce situazione di fatto consolidata ormai per circa dieci anni. Si vorrà ulteriormente considerare che la valutazione di contrarietà all'ordine pubblico non può legittimamente essere effettuata *sic et simpliciter* alla luce della normativa da ultimo adottata in Italia *ex lege* n. 40/2004 nella materia della procreazione medicalmente assistita ed in riferimento allo specifico divieto della fecondazione eterologa: adottare in via esclusiva detto parametro di valutazione appare evidentemente estremamente riduttivo, anche ove si consideri - in parti-

Status e capacità

colare e tra l'altro - che all'epoca in cui furono generati (C) e (D), i sig.ri (B) e (A) agirono senza nemmeno violare uno specifico divieto della disciplina italiana in materia, atteso che nel nostro ordinamento vi era, all'epoca, un vuoto legislativo in materia. Non si tratta, insomma, di ratificare un accordo *illo tempore* pattuito, solo all'attualità in deroga alla disciplina da ultimo introdotta nel nostro ordinamento in tema di procreazione assistita: non è questo l'effetto principale e diretto della richiesta sentenza di accertamento dei requisiti di cui alla legge n. 218/1995, quanto, piuttosto, quello di tutelare formalmente i diritti quesiti della filiazione, dovendo considerare la vicenda della fecondazione eterologa soltanto un antecedente di fatto, privo ormai di effettive conseguenze, anche per eventuali casi futuri, proprio alla luce della nuova circostanza dell'entrata in vigore in Italia della inderogabile disciplina in materia. L'ecc.ma Corte d'Appello non potrà trascurare gli aspetti peculiari della vicenda in esame e le conseguenze che - come è agevole prevedere - si profilano di estrema delicatezza per le verosimili ripercussioni che l'emananda sentenza è suscettibile di produrre nella vita dei piccoli (C) e (D), nel momento in cui andrà ad incidere in una situazione ormai consolidata nel tempo in cui, la maternità di fatto della sig.ra (A) è un dato incontrovertibile per i piccoli (C) e (D), non è contrastata da alcuno e, soprattutto, non è contrastata da pretese di altra donna che rivendichi lo stesso ruolo ed i conseguenti diritti. Cosicché al di là ed indipendentemente da valutazioni in ordine alla validità o meno degli accordi di surrogazione, a questi bambini dovrà pur essere consentito di continuare ad avere - anche secondo diritto - la madre che dalla nascita hanno ritenuto di avere, che da sempre si è comportata come tale e che è l'unica consenziente allo *status*. In sostanza, senza giungere ad affermare che le ragioni della volontà privata e delle circostanze di fatto debbano essere ritenute in assoluto prioritarie rispetto alle ragioni della legalità, si tratta solo di stabilire se, in riferimento al caso concreto, l'eventuale giudizio di illiceità dell'accordo di surrogazione di maternità all'epoca intercorso debba-possa in qualche modo o in assoluto determinare la soluzione della vicenda o se non si debba far valere prioritariamente altro ordine di "superiori" principi giuridici ed anche etici di tutela effettiva dei minori che sono determinati dal *favor filiationis* e/o dal *favor minoris*, a cui si sono da sempre ispirati l'ordinamento nazionale e quello internazionale. Diversamente si intenderebbe l'ordine pubblico in un'ottica grettamente poliziesca piuttosto che nella più ampia e più equa visione di ordine pubblico internazionale, inteso - si ripete - come il complesso dei principi di civiltà essenziali ad un dato ordinamento e come la proiezione normativa dei diritti

inviolabili dell'uomo. La stessa Corte di Cassazione - seppure in riferimento ad una diversa fattispecie - ha chiarito che i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale non coincidono con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano "ma devono essere rinvenuti in esigenze comuni a diversi ordinamenti statali di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale" (Cass., sez. lavoro, 23/2/2006 n. 4040). E ciò tenendo presente che le dichiarazioni/o convenzioni internazionali sono fortemente ispirate alla protezione del fanciullo ed alla tutela della filiazione e, tra esse, la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20/11/1989, (ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 27/5/1991 n. 176), dichiara che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli/e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente". Così in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, espressamente specifica che la valutazione della "non contrarietà all'ordine pubblico" debba essere effettuata "tenendo conto dell'interesse superiore del figlio" (art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003).

Non si può trascurare altresì il complesso dei principi desumibili dalla Carta Costituzionale - che, in particolare, all'art. 31 sancisce il principio di protezione della maternità e dell'infanzia - principi che fondano il cardine della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia. Il principio del criterio del prevalente interesse del minore è peraltro espresso dalla nostra giurisprudenza (prevalentemente del Tribunale di Roma tra cui ordinanza del 17/2/2000 e della Corte d'Appello di Salerno 25/2/1992) e da autorevoli autori della dottrina (tra cui R. Clarizia "Inseminazione artificiale, contratto di sostituzione di maternità, interesse del minore" in Foro it. 1989, parte IV, 298) ove ha trovato pieno accoglimento proprio in riferimento al confronto con valutazioni sulla validità degli accordi di maternità. Si è infatti precisato che, una volta che il contratto di maternità surrogata ha avuto esecuzione e il bambino è nato (e, peraltro, come nel caso di specie è vissuto per diversi anni nel nucleo familiare che si chiede di mantenere), ciò che è veramente indispensabile è continuare ad assicurare i genitori che ha avuto sin dalla nascita. In questi termini - a parere di chi scrive - va correttamente formulata la valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti dei provvedimenti di cui si chiede il riconoscimento ed alla luce di ciò si deve ritenere sussistente il relativo requisito di riconoscibilità.

Status e capacità

B. Quanto alla sussistenza del requisito del rispetto dei diritti essenziali di difesa, risulta *per tabulas* - e precisamente dai documenti processuali e dalla motivazione dei provvedimenti in esame - il pieno rispetto del principio del contraddittorio e del diritto della difesa nello svolgimento dei relativi giudizi. La sentenza resa dalla Court of (XC) in riferimento al piccolo (C) (caso n. (K) del xx/xx/1998), nella parte "Reperimento delle Prove-Fatti e Motivazioni" (copia conforme certificata dal Cancelliere David Richard in data 19/5/2005 con traduzione giurata del 16/11/2006), dà atto precisamente che "Questo Tribunale ha accertato che la presente istanza è stata presentata entro 6 mesi dalla nascita di (C) e che alla sig.ra (E) è stata notificata l'istanza medesima". Ed ancora: "Il Tribunale ha letto una lettera di grande sostegno scritta dalla sig.ra (E)". Allo stesso modo risulta nella sentenza resa in riferimento alla piccola (D) (caso (KA) del xx/xx/2001), sempre nella parte "Reperimento delle Prove-Fatti e Motivazioni", (copia conforme certificata dal Cancelliere David Richard in data 19/5/2005 con traduzione giurata del 16/11/2006) che "Questo Tribunale ha accertato che la presente istanza è stata presentata entro 6 mesi dalla nascita di Francesca e che alla sig.ra (Ee) è stata notificata l'istanza medesima". Si dà allo altresì nella sentenza che "la sig.ra (Ee) (è la stessa sig.ra (E) che nel frattempo aveva chiesto ed ottenuto il cambiamento di cognome) non è presente e non è legalmente rappresentata dato che ha prestato il suo consenso alla richiesta di questo provvedimento". Ed inoltre che "Entro un'ora dalla nascita il sig.re e la sig.ra (B) avevano intrapreso l'accudimento di (D) con il pieno consenso della sig.ra (Ee)". Ed infine la Court of (XC) dà atto che la sig.ra (Ee) "È soddisfatta di essere conosciuta come madre surrogata dei bambini ma non intende interferire in alcun modo nelle loro vite". Si evidenzia inoltre che risulta sempre *per tabulas*, dallo stesso testo della motivazione di entrambe le sentenze, che la Court of (XC) dà espressamente atto che alla madre genetica (Ee) (e successivamente al mutamento del cognome, (Ee) risultava notificata l'istanza introduttiva dei giudizi.

Cosicché si deve ritenere che la madre surrogata sia stata resa formalmente resa edotta dei giudizi in corso, nonostante la sua formale assenza dagli stessi. È il caso di aggiungere che la stessa normativa inglese subordina l'emissione dei provvedimenti di "parental order" - per consentire che il bambino nato a seguito di accordo di surrogazione venga considerato figlio dei "genitori committenti" a tutti gli effetti - al controllo di specifici requisiti stabiliti dal citato art. 30 dello "Human Fertilisation of Embryology Act del 1990" tra cui il consenso libero anche della madre surrogata all'emissione del relativo provvedimento. Per tutte le ragioni innanzi

espresse, l'ecc.ma Corte d'Appello vorrà ritenere sussistenti i requisiti di legge stabiliti ai termini dell'art. 65 della L. n. 218/1995 ai fini del riconoscimento degli effetti dei "parental order" di cui si tratta.

11. Sulla sussistenza dei requisiti ex art. 64 della L. 218/1995. Ad ogni buon conto, fermo restando quanto sin qui esposto, l'ecc.ma Corte d'Appello vorrà considerare che in riferimento al caso di specie sussistono anche i requisiti richiesti dall'art. 64 della L. 218/1995. E precisamente.

Sussiste il requisito sub lett. a) relativo alla competenza giurisdizionale: i provvedimenti stranieri in questione infatti sono stati emessi dal giudice di un ordinamento col quale la causa presentava una significativa connessione e più precisamente una di quelle connessioni - concernenti le parti o la materia del contendere - che, in casi analoghi, avrebbe determinato la giurisdizione internazionale del giudice italiano. La competenza giurisdizionale della Court of (XC) trova infatti fondamento nella cittadinanza inglese dei minori ed anche in quella del sig. (B) alla luce dell'art. 37 L. 218/1995 (giurisdizione in materia della filiazione).

- Sussistono i requisiti sub lett.re b e c) che, unitariamente considerati, attengono rispetto dei diritti essenziali di difesa, come risulta *per tabulas* e come meglio innanzi evidenziato sub cap. I relativo all'art. 65 L. 218/1995.

- Sussiste il requisito sub lett. d) in quanto risulta la mancata formulazione di impugnazione e la conseguente definitività ed inoppugnabilità dei provvedimenti in esame, così come ha dichiarato il Senior Legal Advisor (ovvero il cancelliere) della Court of Croydon, mister Barker, nella nota del 29 giugno/16 luglio 2007 (prodotta in allegato al fascicolo di parte). La circostanza trova conferma, inoltre, ove si consideri che le sentenze in esame hanno avuto già esecuzione nell'ordinamento del Regno Unito ove (come risulta dai certificati di nascita prodotti) la competente autorità amministrativa ha provveduto alla "riregistrazione" all'anagrafe dei piccoli (C) e (D), come figli della sig.ra Iacobone. In ogni caso si evidenzia che la formula del passaggio in giudicato della sentenza è sconosciuta all'ordinamento inglese il cui sistema di common law non ha recepito il relativo principio civilistico romano. Sul punto, ove occorra, si chiede che l'ecc.ma Corte d'Appello vorrà assumere informazioni presso il Ministero di Grazia e Giustizia e/o nominare enti o istituzioni specializzate, ai sensi dell'art. 14 della Legge n. 218/1995.

- Sussistono i requisiti sub lett.re e) ed f) vale a dire che le sentenze in esame non sono contrarie ad altre sentenze pronunziate da un giudice italiano passate in giudicato ed inoltre che non pende alcun processo davanti ad un giudice italiano per il medesimo oggetto e

Status e capacità

fra le stesse parti, come ha dichiarato la sig.ra (A), sotto la propria responsabilità, in data 18/6/2007, ai sensi dell'art. 47 d.p.r. n. 445/2000 (prodotta nel fascicolo di parte).

– Sussiste il requisito sub lett. g) circa la non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti delle riconoscendo sentenze, si richiama quanto innanzi argomentato nel capitolo relativo ai requisiti di cui all'art. 65 L. n. 218/1995. L'eccezionale Corte d'Appello vorrà pertanto ritenere che sussistono, anche ai sensi dell'art. 64 della Legge n. 218/1995, i requisiti per il riconoscimento in Italia dei provvedimenti resi dalla Court of Family (XC) in data 30/6/1998 ed in data 15/6/2001.

Tutto ciò premesso la sig.ra (A), come innanzi rappresentata e difesa cita il Comune di (X), in persona del Sindaco *pro tempore*, “nonché il Sig. (B), ...quest'ultimo nella mera veste di soggetto nella sfera giuridica del quale l'emananda sentenza potrebbe produrre effetti rilevanti, a comparire dinanzi alla Corte d'Appello di (X) all'udienza del 26 maggio 2008, alle ore 10,00, con invito a costituirsi in giudizio nel termine di venti giorni prima della udienza suindicata, ai sensi e nelle forme stabilite dall'art. 166 c.p.c. e con avvertimento che la costituzione oltre il termine di legge implica le decadenze di all'art. 167 c.p.c., ovvero che in caso di mancata costituzione si provvederà in loro contumacia, per ivi sentir accogliere le seguenti conclusioni: I. Accertare e dare atto che sussistono i requisiti per il riconoscimento nello Stato Italiano dei cd. “parental order” resi in (XA) dalla (XB) Family Proceedings Court, per il “caso n. (K)” riferito al piccolo (C), in data xx/xx/1998, nonché per il “caso n. (KA)”, riferito alla piccola (D), in data xx/xx/2001. 2. Per l'effetto, ed ove occorra, ordinare al Comune di (X) - Uffici - Ripartizione Servizi Demografici Elettorali e Statistici, in persona del Sindaco *pro tempore*, di provvedere alle conseguenti trascrizioni, e/o iscrizioni e/o annotazioni e/o rettifiche dei Pubblici Registri dell'Anagrafe in ordine alla indicazione di maternità dei due minori in modo che (C) e (D) risultino figli, per parte di madre, della sig.ra (A). 3. Con ogni conseguenza ulteriore provvedimento anche in ordine alle spese di giudizio. In via istruttoria si chiede: l'assunzione, ex art. 14 della L. n. 218/1995, di informazioni presso il Ministero di Grazia e Giustizia e/o la nomina di esperti o istituzioni specializzate al fine di effettuare eventuali *occorrendi* accertamenti del sistema giudiziario di diritto inglese ed in particolare in ordine alla non conoscenza nello stesso dell'apposizione della formula di passaggio in giudicato di una sentenza...».

Le questioni sottoposte al vaglio di questa Corte sono complesse e, al tempo stesso, assai delicate, in quanto afferenti il tema della filiazione.

Il primo profilo di complicazione riguarda la disciplina applicabile al caso di specie, da rinvenire in una serie di

fonti: - a) costituzionale; - b) comunitaria; - c) di diritto interno; - d) di diritto internazionale privato.

Ciò posto, occorre procedere per gradi, onde giungere alla risoluzione delle molteplici questioni che la fattispecie in esame pone sul tappeto.

Il punto centrale e nodale della fattispecie qui in esame, è quello della verifica, da effettuarsi ai sensi degli artt. 64, lett. g), 65 e 67, della legge n. 218/1995 (Così formulati: «64. Riconoscimento di sentenze straniere. 1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico. 65. Riconoscimento di provvedimenti stranieri. 1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. 67. Attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento. 1. In caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera o del provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla corte d'appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. 2. La sentenza straniera o il provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, unitamente al provvedimento che accoglie la domanda di cui al comma 1, costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata. 3. Se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio...», degli effetti che l'eventuale riconoscimento dei due provvedimenti dell'A.G. britannica in

Status e capacità

narrativa indicati, produrrebbe nello Stato italiano, prendendo, come parametro di riferimento, l'ordine pubblico.

Solo se si riscontrasse la non contrarietà all'ordine pubblico, si dovrà esaminare la sussistenza degli altri requisiti stabiliti dalla legge per effettuare il riconoscimento.

Orbene, si tratta di verificare gli effetti, nel nostro Stato, dei due provvedimenti dell'A.G. straniera, che hanno attribuito alla (A), la maternità di ciascuno dei due minori, nati in (XA), ed a costoro lo *status* di figli, *ex matre*, della (A), benché, sotto il profilo biologico e naturalistico, essi siano stati partoriti, non dalla (A), ma da una cittadina britannica, in forza di un contratto, (nella specie, gratuito - La Corte inglese, in entrambi i provvedimenti, allegati agli atti, e tradotti in lingua italiana, ha esaminato tale profilo, riconoscendo che alla madre surrogata, è stato erogato solo un rimborso spese, nonché, e solo con riguardo al piccolo (C) - per il periodo in cui essa non ha lavorato, su espressa richiesta dei committenti, onde portare avanti la gravidanza - una somma espressamente dichiarata come parzialmente compensativa del mancato guadagno derivante alla madre surrogata dalla interruzione dell'attività lavorativa. Tutte le predette somme, sono state ritenute congrue dalla Corte inglese, che ha avuto cura di definirle nei sensi testè indicati, sì che - in assenza di locupletazione alcuna da parte della madre surrogata - i due contratti di maternità, sono da considerarsi gratuiti. Né questa Corte può effettuare una diversa valutazione sul punto), di cd. "maternità surrogata", che è l'accordo con il quale una donna si impegna a ricevere l'embrione di una coppia sterile, al fine di farlo sviluppare e, dopo il parto, riconsegnarlo alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e i doveri propri dei genitori senza nessuna ingerenza da parte della madre sostituita. Questa è in sostanza la definizione che il Tribunale di Monza, occupatosi per primo in Italia della materia dei contratti di maternità surrogata (Secondo il Tribunale: «È nullo il contratto con cui una donna consente, verso compenso, a ricevere il seme di un uomo e a portare a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre» (Trib. Monza, 27/10/1989, Valassina C. Bedjaoui, in Foro It., 1990, I, 298; in Dir. Famiglia, 1990, 173, in Giur. di Merito, 1990, 240; in Nuova Giur. Civ., 1990, I, 355; in Giur. It., 1990, I, 2, 296; in Giust. Civ., 1990, I, 478). Sulla base di tale principio, è stata respinta l'istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed esclusa la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata), ha dato.

In particolare, per surroga di maternità si intende, come è noto, l'accordo ai termini del quale una donna (madre surrogata) porta in gestazione un bambino per

conto di un'altra donna (madre committente) alla quale si impegna a consegnarlo appena nato: l'embrione impiantato nella madre surrogata deriva di solito da fecondazione (omologa o eterologa) dell'ovocita della committente (comunemente ci si riferisce a questa come ad un'ipotesi di "utero in affitto" o più propriamente di contratto di maternità per sola gestazione), ma non è escluso che l'ovocita fecondato appartenga alla surrogata (contratto di maternità per concepimento e gestazione) o addirittura a una terza donna, donatrice.

Nel caso qui in esame - in conseguenza della patologia neoplastica che affliggeva la (A), che impediva l'utilizzazione dei suoi ovociti ed a seguito dell'intervento chirurgico di isterectomia (Tecnica chirurgica di asportazione dell'utero) - l'ovocita fecondato dal seme del (B), in entrambe le gestazioni, apparteneva alla donna inglese, sì che si tratta di «contratto di maternità per concepimento e gestazione».

Può qui già anticiparsi una differenza, di non poco momento, tra il caso deciso nel 1989 e quello qui in esame, dato dal fatto che, in quest'ultimo non è stato né previsto, né erogato alcun corrispettivo alla madre "sostituita".

La legislazione britannica, a seguito dell'emanazione de "Human Fertilisation and Embryology Act" del 1990, ammette la maternità surrogata, e prevede che il Giudice possa - dopo avere verificato una serie di requisiti - emettere un provvedimento che dichiari il bambino nato a seguito della gestazione della madre che ha ceduto gratuitamente il suo utero, figlio della madre committente.

Ciò si è verificato nella specie qui in esame, atteso che dagli atti risulta che i due bambini sono entrambi stati partoriti dalla stessa donna inglese (che li ha immediatamente consegnati, dopo la nascita, alla madre - committente, rinunciando ad ogni diritto su di essi), e che l'A.G. britannica ha emesso due distinti provvedimenti (uno per ciascuno dei bambini), che hanno dichiarato la (A) madre dei minori, e questi figli di costei.

In Italia, soprattutto a seguito della citata sentenza del Tribunale di Monza, e prima della promulgazione della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, si è sviluppato un ampio e vivace dibattito dottrinario sul tema, fra gli altri, della maternità surrogata.

Gran parte della dottrina italiana (i cui autori non possono essere citati, stante il divieto di cui all'art. 118, 3° comma, disp. att. c.p.c.) ritiene che il rapporto di parentela si instauri con colei che abbia partorito il figlio a prescindere da chi abbia fornito il materiale genetico, argomentando dalla convinzione della maggiore rilevanza ed intensità del rapporto che si instaura tra la madre ed il nascituro durante la gestazione, e trovando una giustificazione giuridica sia nel principio costituzionale della responsabilità sociale assunta dalla partoriente rispetto al nato sia nell'art. 269 c.c., secondo il quale prova della maternità è il parto.

Status e capacità

Per quanto riguarda l'orientamento giurisprudenziale bisogna partire dal primo caso di "madre su commissione", deciso dal Tribunale di Monza, in cui la madre partorienti si era rifiutata di dare il bambino alla coppia "committente", non ottemperando così al contratto stipulato, il quale prevedeva anche la corresponsione di un corrispettivo regolarmente dato: le difficoltà in cui è incorso l'organo giudicante sono dovute al fatto che, oltre a mancare una espressa disciplina della fattispecie, la riforma del diritto di famiglia del 1975 è basata sul presupposto della nascita attraverso un rapporto sessuale tra uomo e donna.

Secondo il ragionare dell'organo giudicante il combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost. viene interpretato dalla Consulta nel senso che lo stesso «assume a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisarsi in primo luogo nella famiglia d'origine e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva».

Per il tribunale di Monza, quindi, la Carta Costituzionale ha affermato l'infungibilità dei doveri morali ed economici per i genitori cd. "di sangue"; il diritto del minore a crescere in questa famiglia e solo nel caso di una loro mancanza o incapacità a ricercare una famiglia "sostitutiva"; il diritto di qualunque figlio ad un solo *status filiationis*; il diritto all'identificazione dei genitori biologici; l'assenza di un diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generico diritto della persona.

Dall'analisi delle norme civilistiche l'organo giudicante arriva a negare, ugualmente, l'esistenza di un diritto a diventare genitori, argomentando sia dalle norme in tema di adozione, che presuppongono la nascita dell'adottato, sia dalla constatazione che con un contratto di maternità si verrebbe a violare l'art. 5 c.c. nel punto in cui si permette alla madre uterina di disporre del proprio corpo per partorire un figlio non suo, configurando così un'ipotesi di obbligazione contraria all'ordine pubblico e al buon costume, se previsto un corrispettivo per la prestazione.

Sulla base di queste argomentazioni è stata respinta la domanda con cui la coppia "committente" chiedeva il riconoscimento del rapporto di parentela con il bambino, incentrandosi la motivazione della sentenza sulla inammissibilità, da un punto di vista morale e sociale, della commercializzazione di una funzione così elevata e delicata come la maternità, arrivando così a sposare la tesi sostenuta dalla dottrina: il rapporto di parentela si instaura con la madre uterina, mentre al marito, padre biologico, è "concessa" come unica alternativa quella di riconoscere il figlio della madre surrogata ex art. 250 c.c., chiederne la legittimazione per provvedimento del

giudice (art. 284 c.c.) e l'inserimento nella sua famiglia legittima (art. 252/2 c.c.); la madre sociale, di conseguenza, potrà chiedere solamente l'adozione del minore ex art. 44 lett. b), L. n. 184/83.

Parte della dottrina ha contestato le conclusioni a cui sono pervenuti i precedenti studiosi ed operatori del diritto, partendo da un rinnovato e rinforzato riconoscimento della preminente tutela del minore.

Premesso che alcuni sono giunti addirittura a riconoscere come valido un contratto gratuito di maternità surrogata, paragonato ad una donazione di organi tra vivi in cui la liberalità è ravvisata nella volontà di procurare una discendenza a chi ne è privo, si è fatto strada un orientamento che ha cercato di risolvere il problema della individuazione della donna a cui deve essere attribuita la maternità partendo dalla massima soddisfazione dell'interesse del minore.

L'evoluzione legislativa nel diritto di famiglia, e la conseguente interpretazione giurisprudenziale, hanno sempre più riconoscendo maggiore importanza alla volontà di rivestire il ruolo di genitori per garantire un corretto sviluppo della personalità del minore.

L'opinione secondo cui la legge attribuisce la maternità alla donna che ha partorito è messa in discussione da quegli studiosi del diritto, secondo i quali a questa soluzione si era giunti in un'epoca in cui era inimmaginabile l'esistenza contemporanea di una madre sociale, una genetica ed una uterina.

La scelta dovrebbe essere fatta, invece, secondo tale tesi, tenendo conto dell'interesse del minore e, quindi, la madre, per questa teorica, dovrebbe essere quella genetica. Vi è stato anche chi, nonostante abbia riconosciuto una tutela privilegiata alla madre uterina, ha ammesso la maternità di quella genetica qualora la prima non voglia occuparsi del bambino, essendo più rispondente all'interesse del minore l'inserimento nella famiglia della madre genetica piuttosto che l'adozione da parte di estranei.

Infine un'ultima teoria, avallata da una sentenza della I Sezione civile della Corte di Cassazione (del 16 marzo 1999, n. 2315 - La citata sentenza è così massimata: «Il marito, che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione». È opportuno riportare, qui di seguito, alcuni passi della motivazione, che danno risalto all'aspetto volontaristico della procreazione: «Il marito, concordando ed attuando con la moglie la fecondazione eterologa, effettua e consuma detta valutazione e detta opzione. Un successivo ripensamento, a prescindere da apprezzamenti di ordine etico, difetta della *ratio* su cui si fonda l'azione di disconoscimento, perché rinnega una scelta già espressa con l'assun-

Status e capacità

zione di una paternità presunta nonostante la piena convezza della sua non rispondenza alla paternità biologica. Detto ripensamento, del resto, ove ammissibile, sfuggirebbe a limitazioni, e dunque tradirebbe le finalità per le quali il disconoscimento è contemplato, perché assegnerebbe al marito un *quid pluris* rispetto all'alternativa sopra evidenziata, vale a dire l'anomala licenza di rivedere la propria anteriore decisione, anche se siano rimasti fermi tutti i dati a suo tempo noti ed apprezzati, ovvero siano sopravvenute circostanze non certo meritevoli di tutela in pregiudizio del bambino già nato (quali il dissidio con il coniuge, il superamento dell'impotenza o l'insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione). Se il parametro della predominanza del *favor veritatis* dovesse avere forza tale da permettere al marito un contegno "ondivago", con l'esercizio dell'azione di disconoscimento anche dopo una meditata (e probabilmente sofferta) decisione di aderire all'intento della moglie di praticare la fecondazione assistita, si dovrebbe pervenire, in via generale, ad ammettere la rivedibilità di ogni scelta, solo perché divergente dalla realtà, consentendo ad esempio pure la possibilità del marito, vittorioso nel giudizio di disconoscimento, di rivendicare successivamente la qualità di padre del minore in precedenza disconosciuto, deducendo e dimostrando fatti contrari a quelli anteriormente allegati; l'illogicità di tale risultato conferma che l'azione di disconoscimento non può competere solo perché vi sia una verità difforme dalla presunzione legale, richiedendosi la concorrente presenza delle specifiche circostanze fattuali delineate dall'art. 235 cod. civ. e delle esigenze e finalità in funzione delle quali le circostanze stesse si appalesano giustificative della rimozione dello *status* determinato da quella presunzione. Il "bene-verità", quindi, in tema di disconoscimento, ha una priorità non assoluta, ma relativa, in quanto può prevalere per effetto di una valutazione preferenziale effettuata dagli interessati, dovendo invece definitivamente cedere il passo al "bene presunzione" dopo un'opzione di segno opposto (situazione del resto contemplata nella "vicina" materia del riconoscimento del figlio naturale ai sensi dell'art. 250 cod. civ.). Le citate disposizioni costituzionali eliminano poi, in senso negativo, ogni residuo dubbio sulla possibilità di estendere od applicare in via analogica l'art. 235 cod. civ. alla fattispecie in esame. Tali disposizioni, attinenti alla protezione dei diritti inviolabili della persona, e in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in cui si trovi collocato per scelta altrui, sono le linee guida che devono orientare, come considerato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 347 del 1998, non solo il legislatore ordinario, ove colmi la lacuna attualmente esistente nell'ordinamento in materia di fecondazione assistita, ma anche l'interprete, in sede di "ricerca nel complessivo sistema normativo dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana".

L'attribuzione dell'azione di disconoscimento al marito, anche quando abbia a suo tempo prestatato assenso alla fecondazione artificiale della moglie con seme altrui, priverebbe il bambino, nato anche per effetto di tale assenso, di una delle due figure genitoriali, e del connesso apporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo per atto del giudice in "figlio di nessun padre", stante l'insuperabile impossibilità di ricercare ed accertare la reale paternità a fronte del programmato impiego di seme di provenienza ignota. La nascita di tale figlio senza padre può essere subita dall'ordinamento, ove discenda da vicende di vita non controllabili e non più emendabili. La norma che permettesse detta condizione, per mezzo di una statuizione giudiziale resa proprio su istanza del soggetto che abbia determinato o concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, eluderebbe i menzionati cardini dell'assetto costituzionale e il principio di solidarietà cui gli stessi rispondono. Il frutto dell'inseminazione, infatti, verrebbe a perdere il diritto di essere assistito, mantenuto e curato, da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglierlo quale padre "di diritto", in ossequio ad un parametro di prevalenza del *favor veritatis*, che è privo, come si è detto, di valore assoluto, e non può comunque compromettere posizioni dotate di tutela prioritaria. Il sacrificio del *favor veritatis*, a fronte di libere determinazioni dell'adulto che incidano sullo *status* del minore, è del resto regola portante dell'adozione legittimante, ove la decisione degli adottanti di acquisire una veste genitoriale "legale", non coincidente con la maternità e la paternità effettive, è irrevocabile; la diversità del relativo istituto, esattamente sottolineata dalla Corte di Brescia, non preclude di cogliere nella disciplina dell'adozione la conferma della presenza nell'ordinamento di un canone d'irreversibilità degli effetti degli atti determinativi dello *status* della persona rispetto allo stesso soggetto che li abbia compiuti (con volontà non affetta da vizi). Infine, va considerato che buona fede, correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei rapporti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento. L'ammissione del disconoscimento della paternità, rispetto al frutto dell'inseminazione artificiale eterologa voluta da entrambi i coniugi, entrerebbe in evidente conflitto con quei doveri, e comunque porterebbe a ravvisare nell'art. 235 cod. civ. una plateale deroga, perché, come si è rilevato, determinerebbe l'esperibilità della relativa azione indipendentemente dalla ragione del ripensamento, e quindi anche per motivi pretestuosi e non degni di tutela. Conclusivamente, si deve affermare che il marito, dopo aver validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita

Status e capacità

della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione», ha ritenuto che abbia una prevalenza sulle altre la donna che abbia espresso il proprio consenso alla fecondazione propria, o di una terza persona, riconoscendo così un'autonoma rilevanza giuridica alla volontà di procreare.

A questa conclusione si è giunti sia dopo un'analisi del testo di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 26 Maggio 1999, il quale ha previsto che «i nati a seguito di fecondazione artificiale sono figli legittimi o acquistano lo stato di figli riconosciuti dalla madre o dalla coppia che ha espresso la "volontà" di ricorrere alle tecniche medesime»; sia dopo una decisione della Suprema Corte, nella quale è stato riconosciuto determinante del rapporto di parentela tra il nascituro e il marito della donna sottoposta a fecondazione artificiale eterologa, il consenso irrevocabile di quest'ultimo.

In quest'ultima ipotesi, quindi, il rapporto di parentela si verrebbe ad instaurare tra il bambino e la linea della madre sociale o genetica, con evidente contrasto con quello che afferma la dottrina tradizionale sulla base delle disposizioni codicistiche.

Come si vede da questo breve *excursus*, sul tema della liceità della maternità surrogata non si è giunti a soluzioni univoche, soprattutto nei casi in cui la prestazione della madre surrogata è gratuita (come nella fattispecie qui in esame): anzi, la Cassazione - se pure in ambito affine - ha stabilito che il principio del *favor veritatis* non è inderogabile, e, in alcuni casi, deve cedere il passo al *favor filiationis*, avendo come parametro di riferimento il superiore interesse del minore, che ha diritto ad alla figura paterna (e, *a fortiori*, a quella materna).

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» si è colmato il vuoto legislativo, e nel nostro ordinamento interno è stata vietata ogni forma di maternità surrogata, stabilendo detta legge, al 6° comma dell'art. 12, che «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Va subito rilevato, a tal proposito, però, che, al momento della nascita dei due bambini (1997 e 2000), come si è visto, vi era un vuoto normativo in materia, sì che nessuna norma penale italiana vietava e puniva la tecnica procreativa della maternità surrogata.

Ciò comporta che, ai sensi dell'art. 25, 2° comma, della Costituzione e del 1° comma, dell'art. 2 c.p. (secondo il quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato), le condotte realizzate in (XA) dalla (A) e dal (B), non sono punibili.

Invero, nella specie, il (B) è cittadino britannico, così come lo sono i figli minori (e ciò sia *ius sanguinis*, essendo figli di cittadino britannico, sia *ius soli*, essendo nati nel (XA).

Quanto alla (A), cittadina italiana, rileva questa Corte che non risulta dagli atti se la stessa abbia acquistato anche la cittadinanza britannica, a seguito del matrimonio, contratto, in data 3 settembre 1990, in (X), col (B).

Se la attrice avesse acquistato anche la cittadinanza britannica, all'epoca del predetto matrimonio, la cittadinanza era regolata dalla legge n. 555 del 1912 (la successiva legge n. 91 del 1992 è entrata in vigore il 15/8/1992), e l'art. 10 della legge del 1912 stabiliva che la donna maritata non poteva assumere una cittadinanza diversa da quella del marito anche se esista separazione personale fra coniugi.

Detto articolo, inoltre, prevedeva, al 3° comma, che la donna cittadina che si maritava a uno straniero perdeva la cittadinanza italiana, ma la Corte Costituzionale, ha stabilito che l'art. 10, terzo comma, della legge 13 giugno 1912, n. 555 - nella parte in cui prevede(va) esclusivamente nei riguardi della donna che si mariti con uno straniero la cui cittadinanza le si comunichi a seguito del matrimonio, la perdita della cittadinanza italiana - crea(va) un'ingiustificata e non razionale disparità di trattamento fra i due coniugi; crea(va), inoltre, un'ingiustificata disparità di trattamento fra le stesse donne italiane sposate a stranieri, facendo dipendere la perdita automatica o la conservazione della cittadinanza italiana dall'esistenza o meno di una norma straniera che preveda l'acquisto della cittadinanza del marito da parte della moglie; pone(va), infine, la donna in uno stato di evidente inferiorità, privandola automaticamente, per il solo fatto di matrimonio, dei diritti di cittadina italiana, e nuoce(va) all'unità familiare in quanto poteva indurre la donna a non compiere l'atto giuridico del matrimonio o a scioglierlo una volta compiuto. Detta disposizione è pertanto è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 3 e 29 Cost., nella parte in cui prevede(va) la perdita della cittadinanza italiana indipendentemente dalla volontà della donna (Corte cost., 16/4/1975, n. 87).

La (A), quindi, potrebbe avere o la doppia cittadinanza, britannica ed italiana, ovvero solo la cittadinanza italiana. Analogamente, non risulta dagli atti se anche il (B), a seguito del matrimonio, abbia acquistato anche la cittadinanza italiana, trasmettendola, così, *iure sanguinis*, anche ai figli, che - in detta ipotesi - avrebbero la doppia cittadinanza.

Nella presente fattispecie, viene in rilievo il rapporto di filiazione e l'art. 33 della legge n. 218 del 1995, stabilisce: «1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. 2. È legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio.

Status e capacità

3. La legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio. Lo stato di figlio legittimo, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge».

Pertanto, nella specie, poiché i due bambini hanno la cittadinanza britannica, lo stato di figlio legittimo è regolato dalla legge inglese e non può essere contestato che alla stregua di tale legge.

A tal proposito, va evidenziato che la S.C. ha stabilito che, ai sensi dell'art. 33 della legge 31 maggio 1995 n. 218, lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio stesso al momento della nascita. Poiché lo *status* di figlio dipende dai provvedimenti accertativi e dalle statuizioni giurisprudenziali dello Stato estero di cui è cittadino, è vietato al giudice italiano sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazioni estranee o nazionali (Cass. civ., Sez. I, 14/1/2003, n. 367, Obajuwana C. Ministero degli affari esteri, in Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc., 2004, 1, 262).

Ciò posto, però, resta sempre il limite dell'ordine pubblico, di cui all'art. 16 della legge n. 218/1995, richiamato dagli artt. 64 e 65 della medesima legge (Cass. Civ., Sez. I, 10/10/2003, n. 14545).

A questo punto deve stabilirsi a che tipo di nozione ordine pubblico debba aversi riguardo, e cioè deve stabilirsi se venga in rilievo l'ordine pubblico "interno", ovvero quello "internazionale".

Orbene, la giurisprudenza, da tempo, con riferimento alla nozione di ordine pubblico, di cui all'art. 797, n. 7) c.p.c. (abrogato dall'art. 73 della legge n. 218 del 1995), è sempre stata orientata nel senso che, al fine della delibazione di una sentenza resa dal giudice straniero, l'indagine sulla contrarietà o meno all'ordine pubblico italiano, implica una valutazione delle ragioni della decisione con criteri diversi a seconda che essa riguardi cittadini italiani ovvero sia stata emessa soltanto fra stranieri: nel primo caso, l'ordine pubblico da considerare è quello interno, emergente dai principi essenziali dell'ordinamento nazionale; nel secondo caso, l'ordine pubblico da considerare è quello internazionale, risultante dai principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (Cass. civ., 14/1/1982, n. 228, Alarcia Castella C. Hengstenberg, in Dir. Famiglia, 1982, 454; Cass. civ., 1/3/1983, n. 1539, Dahmstrom C. Weber, in Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc., 1984, 531).

Da ciò deriva che, stante la cittadinanza inglese dei minori, già secondo la giurisprudenza testè citata, il parametro di riferimento sarebbe costituito dall'ordine pubblico internazionale, venendo in considerazione il rapporto di filiazione dei minori.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995, la S.C. è intervenuta più volte sul tema dell'ordine pubblico, stabilendo che:

«La nozione di ordine pubblico, ai fini dell'applicazione del limite posto dall'art. 31 delle preleggi all'applicazione della legge straniera, non può essere individuata esclusivamente sulla base dell'assetto interno, in modo da ridurre l'efficacia della legge straniera ai soli casi in cui detta legge sia più favorevole al lavoratore di quella italiana; i parametri di conformità all'ordine pubblico internazionale non coincidono con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano poste a tutela del lavoratore, ma devono essere rinvenuti in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale» (Cass. civ., Sez. lavoro, 23/2/2006, n. 4040).

Ancora, la S.C., ha stabilito che: «L'ordine pubblico, che, ai sensi dell'art 16 comma 1, n. 218 del 1995, costituisce il limite all'applicabilità della legge straniera in Italia e che si identifica in norme di tutela dei diritti fondamentali, deve essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari, con riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì "ai suoi effetti", cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'eventuale adeguamento di essa all'ordine pubblico. Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato» (Cass. civ., Sez. lavoro, 4/5/2007, n. 10215).

Pertanto, non v'è dubbio che, nella specie, debba farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale e che, il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi (ma non quando i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il sol fatto che essa è ispirata al principio (tra l'altro, tendenziale, e, in taluni casi, derogabile, per quel che si è detto), della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca - La legge greca del 2002 detta una disciplina assolutamente originale della surroga di maternità. Il trasferimento nell'utero di una donna di ovociti fecondati provenienti da un'altra donna è autorizzato dal giudice sulla base di precedente accordo - di maternità per sola gestazione - scritto tra le parti (i genitori committenti, la madre surrogata e l'eventuale marito di costei), a condizione che non sia previsto alcun compenso, che la committente sia fisiologicamente incapace di concepire e che la surrogata goda di buona salute: il giudice procede su richiesta della committente. L'aspetto più singolare della normativa greca tuttavia è la presunzione di maternità in

Status e capacità

capo alla madre committente. Viene cioè disattesa la regola per cui madre è la donna che partorisce (*mater semper certa est*), regola ribadita anche dal Consiglio d'Europa tanto nel «Rapporto sulla procreazione artificiale umana» (principio 14 par. I) quanto nel «Libro bianco sui principi relativi allo stabilimento e alle conseguenze giuridiche della parentela» (principio 1). Il legislatore greco ammette, peraltro, il superamento della presunzione e dunque la prevalenza del dato biologico/ostetrico su quello sociale, a seguito azione di contestazione di maternità (proposta entro sei mesi dalla nascita del bambino) vuoi dalla committente vuoi - e questa sarà presumibilmente l'ipotesi più frequente - dalla surrogata. Se si prova che è la madre biologica, la surrogata sarà considerata madre del bambino con effetto retroattivo) che prevedono deroga a tale principio.

Inoltre, la valutazione che è demandata a questa Corte deve farsi carico degli effetti che "in concreto", e non già "in astratto", spiegherebbero, nel nostro ordinamento, i due provvedimenti stranieri di cui qui si chiede il riconoscimento, valutati, comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attorea.

Infatti, questa Corte non è richiesta di applicare la legge inglese, ma è chiamata a valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale, e a valutare gli effetti e le ricadute concreti, del rigetto, ovvero dell'accoglimento della domanda di cui all'atto di citazione.

Si è, infatti, già visto che la formulazione del limite dell'ordine pubblico internazionale guarda alla valutazione in concreto degli effetti di cui all'art. 64 lett. g) della legge n. 218/1995 e non alla valutazione astratta della compatibilità di detti effetti con i principi dell'ordinamento statale.

La situazione, giuridica, e di fatto, in cui versa la "famiglia anagrafica", costituita dall'attrice, dal convenuto (B) e dai minori, è quella descritta dalla (A).

I piccoli (C) e (D), sin dai primi giorni successivi alla nascita, hanno stabilmente vissuto in Italia con il sig. (B) e con la sig.ra (A), presso il domicilio familiare in (X) - (XF), costituendo un normale nucleo familiare.

Sempre a (X) i piccoli (C) e (D) hanno frequentato e frequentano tuttora la scuola, ed ivi hanno instaurato i loro rapporti di amicizia e di affetto anche al di fuori della famiglia.

Presso l'Anagrafe del Comune di (X), ove è censito il nucleo familiare, i piccoli (C) e (D) risultano ancora come figli, per parte di madre, della sig.ra (E). Senonché, nel frattempo, la relazione matrimoniale tra i coniugi è naufragata e gli stessi sono stati dichiarati separati con sentenza parziale; allo stato pende dinanzi al Tribunale di (X), I Sezione, G.I. già dott.ssa (F) (n. KC), il giudizio di separazione tra i coniugi, chiamato all'udienza del 18/2/2008 per l'adozione dei provvedimenti in via istruttoria. A seguito dell'udienza di comparizione dei coniugi il

Presidente del Tribunale di (X), nell'adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse degli stessi coniugi e della prole, ha reso l'ordinanza del 1820 luglio 2005 nella quale ha fatto propria la convenzione parziale di separazione *medio tempore* intercorsa fra i sig.ri (A) e (B), in data 12/7/2005, a mezzo cui ebbero a concordare l'affidamento congiunto dei piccoli (C) e (D), con le modalità di attuazione ivi stabilite. Da allora, i piccoli (C) e (D) vivono congiuntamente con la sig.ra (A) ed il sig. (B) trascorrendo con ciascuno di loro settimane alterne. È evidente allo stato - anche in previsione dei provvedimenti che il Giudice della separazione dovrà adottare in via definitiva circa l'affidamento di (C) e (D) - l'esigenza di dare certezza formale in Italia a (C) e (D) circa il loro *status* di figli della sig.ra (A), in modo da evitare la paradossale situazione per cui gli stessi risultano, sul piano formale, figli di madri diverse in (XA) ed in Italia. A ciò va aggiunto il fatto - di non poco momento - che la madre surrogata ha espressamente rinunciato ad ogni diritto (e dovere) parentale nei confronti di (C) e (D) e che, ove venisse rigettata la domanda qui proposta dalla (A), al giudice della separazione non resterebbe che revocare l'affidamento condiviso alla (A) ed al (B) di (C) e (D), e, a quel punto, il Tribunale di (X) potrebbe seguire due vie: - o affidare i minori solo al padre, prevedendo il diritto di visita della madre biologica; - o affidarli anche alla sig.ra (E), non solo dimorante all'estero, ma - secondo la legge inglese - da considerare una perfetta estranea per i minori, con i quali vi è solo un vincolo biologico, ed in mancanza, in base alla *lex loci*, di qualunque vincolo sia giuridico, che sociale con la stessa. Scartata, ovviamente, la soluzione testè indicata, per la sua assoluta irragionevolezza, anche la prima soluzione porterebbe ad una situazione altrettanto paradossale: due bambini che hanno sempre vissuto con la madre "sociale", e che, in punto di fatto, sono legati a lei da un vincolo affettivo ed interrelazionale per nulla diverso da quello che lega i figli legittimi alla loro madre, non potrebbero più avere, perlomeno fino al raggiungimento della maggiore età, contatti con la (A), che, per loro, è la "mamma". Né la paradossale situazione muterebbe, ove - per avventura - il giudizio di separazione venisse abbandonato, eventualmente ed anche, a seguito di riconciliazione tra i coniugi (A) - GREEN.

I minori vivrebbero ugualmente col padre e con una persona, cui sono legati come testè detto, che non è la loro madre per il nostro ordinamento, aprendo - così - la possibilità, in astratto, che il (B), o anche il P.M., possano investire il Giudice Tutelare competente, onde ottenere provvedimenti conseguenti alla presenza, nel nucleo familiare anagrafico, di un estraneo alla famiglia.

Va, a tal proposito, posto in rilievo che la S.C., con sentenza n. 2654 del 13/4/1997 - sia pure con riguardo all'azione di riconoscimento della filiazione naturale - ha

Status e capacità

stabilito che la contemporanea presenza della figura materna e di quella paterna, ed i connessi diritti relativi all'educazione, istruzione e mantenimento dei minori, vanno apprezzati in concreto, attraverso una completa valutazione dei loro interessi materiali e morali, tenendo presente che l'esigenza di evitare turbamenti o conflittualità psicologiche pregiudizievoli all'armonioso sviluppo della personalità del minore deve in ogni caso prevalere sul fatto oggettivo della generazione.

È, quindi, del tutto evidente il gravissimo pregiudizio che (C) e (D) (che oggi hanno, rispettivamente, 11 ed 8 anni) subirebbero ove la domanda della (A) venisse respinta, a fronte del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi vivono, come figli di (A).

Venendo, a questo punto, all'esame della normativa internazionale e comunitaria (e quest'ultima ha diretta efficacia nell'ordinamento nazionale, e prevale sul diritto interno, come insegna, *ex plurimis*, Cass. 10/12/2002, n. 17564), rileva questa Corte che, nell'atto di citazione sono state correttamente indicate le norme internazionali che tutelano e riconoscono i diritti del fanciullo.

In particolare, si è richiamata la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York il 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 27/5/1991 n. 176, la quale dichiara che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli/e di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente», e, in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, si è fatto cenno all'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, che espressamente stabilisce che la valutazione della «non contrarietà all'ordine pubblico» debba essere effettuata «tenendo conto dell'interesse superiore del figlio». Venendo, più specificamente, al profilo del diritto comunitario, in aggiunta a quanto sin qui evidenziato, non può revocarsi in dubbio che, nella valutazione del profilo riguardante la nozione di ordine pubblico internazionale, rientra indubbiamente l'interesse dei figli minori ad avere il riconoscimento giuridico di filiazione con la loro madre sia che essi si trovino in (XA), sia che essi vivano in Italia.

Infatti, nella presente fattispecie, vi è un profilo che riguarda il diritto alla libera circolazione delle persone tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea.

Ciò, sia per la (A) che, per vedere riconosciuta la sua maternità, sarebbe «obbligata» a trasferirsi nel (XA) piuttosto che vivere in Italia, sia con riguardo agli ostacoli, frapposti alla libera circolazione dei figli minori, che si troverebbero nella condizione di vivere in uno Stato in cui non viene riconosciuto loro il legame di filiazione con la

madre non biologica, legame riconosciuto da altro stato dell'unione, del quale hanno la cittadinanza.

Possono, qui richiamarsi, alcune pronunce della Corte di Giustizia della Comunità Europea, che - pur non riguardando il tema specifico qui in esame - indicano la tendenza della giurisprudenza comunitaria a valorizzare la tutela del diritto della libera circolazione delle persone in ambito comunitario, tendenza espressa dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, sia nel caso "Garcia-Avello", che nel caso "Grunkin", qui di seguito riportati, in massima. «Costituisce discriminazione in base alla nazionalità e, come tale, violazione del diritto comunitario, sulla base del combinato disposto degli artt. 12 e 17 del Trattato CE, il sistematico rifiuto, da parte dell'autorità amministrativa di uno Stato membro, della domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in tale Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro. Uno Stato membro non può limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Paese comunitario prevedendo, in base alle norme di diritto internazionale privato del proprio ordinamento, la prevalenza della propria cittadinanza. Il diritto comunitario può incidere sulle scelte effettuate nelle disposizioni di conflitto laddove queste ultime provochino conseguenze sull'applicazione del trattato e siano incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento europeo. Anche se le leggi in materia di attribuzione di cognome riguardano gli ordinamenti di uno Stato, è una violazione del principio di non discriminazione e della libera circolazione, conseguenza della cittadinanza europea, stabilire l'esclusione dell'applicazione di una cittadinanza e la prevalenza di quella del proprio Stato se a un cittadino europeo è preclusa la possibilità di registrare all'anagrafe il figlio secondo le disposizioni del proprio Stato in materia di trasmissione del cognome» (Corte giustizia comunitaria Europea, 2/10/2003, n. 148, Carlos Garcia Avello C. Stato Belga, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 5, 437).

«L'art. 18 trattato 25 marzo 1957 (Trattato CE) osta a che le autorità di uno Stato membro, in applicazione del diritto nazionale, rifiutino di riconoscere il cognome di un figlio così come esso è stato determinato e registrato in un altro Stato membro in cui tale figlio - che, al pari dei genitori, possiede solo la cittadinanza del primo Stato membro - è nato e risiede sin dalla nascita» (Corte giustizia comunitaria Europea, Grande Sezione, 14/10/2008, n. 353, Stefan Grunkin e altri C. Standesamt Niebüll, *Massima redazionale*, 2008).

È vero che, nell'ipotesi in cui la (A), i due minori ed il (B) (tutti e/o alcuni di essi) avessero la doppia cittadinanza, britannica ed italiana, dovrebbe considerarsi il disposto di cui al 2° comma della legge n. 218/1995, (secondo

Status e capacità

cui: «se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale»), ma è altrettanto vero che, per quel che si è fin qui detto, detto principio, nella specie, deve recedere sia di fronte ai principi di diritto comunitario testè enunciati in tema di libera circolazione delle persone fisiche e della cittadinanza, sia - e soprattutto - di fronte al fatto che i minori (che sono al centro di ogni valutazione in questa sede) possiedono comunque la cittadinanza britannica.

Invero, proprio nel caso Garcia - Avello, testè citato, la Corte europea ha stabilito la prevalenza del diritto comunitario rispetto alle norme di diritto internazionale privato degli stati membri, statuendo che: «Uno Stato membro non può limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Paese comunitario prevedendo, in base alle norme di diritto internazionale privato del proprio ordinamento, la prevalenza della propria cittadinanza. Il diritto comunitario può incidere sulle scelte effettuate nelle disposizioni di conflitto laddove queste ultime provochino conseguenze sull'applicazione del trattato e siano incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento europeo. Anche se le leggi in materia di attribuzione di cognome riguardano gli ordinamenti di uno Stato, è una violazione del principio di non discriminazione e della libera circolazione, conseguenza della cittadinanza europea, stabilire l'esclusione dell'applicazione di una cittadinanza e la prevalenza di quella del proprio Stato se a un cittadino europeo è preclusa la possibilità di registrare all'anagrafe il figlio secondo le disposizioni del proprio Stato in materia di trasmissione del cognome». In conclusione, sul punto, l'eventuale doppia cittadinanza (che, in base all'art. 19, 2° comma, della legge n. 218/1995, farebbe scattare la prevalenza della cittadinanza italiana), cederebbe senz'altro il passo alla giurisprudenza comunitaria in tema di libera circolazione delle persone in ambito comunitario e ad analogia conclusione si porrebbe ove la (A) avesse solo la cittadinanza italiana.

Sul versante dottrinario, da alcuni studiosi di diritto comunitario, si è rilevato che: - benché gameti, embrioni e utero sono considerati *res extra commercium* e dunque, non essendo prodotti valutabili in termini pecuniari, non siano qualificabili come merci, sì che non sono pertanto applicabili le norme comunitarie relative alla libera circolazione delle merci e, per analogia con i servizi, i divieti di restrizioni a tale libertà; - benché il «Rapporto sulla procreazione artificiale umana», del Consiglio d'Europa del 1989 vieti il commercio di gameti (principio 9) e di maternità (principio 13), in quanto contrario alla dignità umana; - benché la convenzione sui diritti umani e la biomedicina sancisca che «il corpo umano e le sue parti, in quanto tali, non possono essere fonte di guadagno»

(art. 21), la surroga di maternità può, in talune ipotesi, presentare un fine nobile.

A tal proposito, si evidenzia che il «Rapporto sulla procreazione artificiale umana» fa riferimento, a titolo esemplificativo, al caso in cui una donna si rivolga ad una amica o parente per realizzare il proprio sogno di maternità o alla donna che risulti nei fatti incapace di accettare l'impianto di un embrione altrimenti destinato alla distruzione. In questi casi la surroga di maternità può essere consentita dallo Stato purché la madre surrogata non ne ricavi alcun vantaggio economico.

Nel caso qui in esame, la prestazione della donna inglese è stata resa gratuitamente, non v'è stato commercio di embrioni e gameti, ed l'odierna attrice e suo marito si sono indotti a ricorrere alla maternità surrogata, perché la (A), a seguito dell'isterectomia, conseguente all'accretata neoplasia, non avrebbe mai potuto avere figli, neppure attraverso la fecondazione dei propri ovociti.

Conclusivamente, rileva questa Corte che, alla luce delle considerazioni sin qui fatte, possono enuclearsi i seguenti punti fermi: - *a*) la nozione di ordine pubblico internazionale, applicabile nella specie, è più ristretta rispetto a quella di ordine pubblico interno, e non coincide con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ma deve essere rinvenuta in esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale (Cass. Civ. n. 4040/2006); si tratta, in sostanza, dei valori condivisi dalla comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare facendo in modo che ciò avvenga senza pregiudicare il complesso dei principi del sistema interno. - *b*) la maternità surrogata è ammessa da alcuni Stati dell'Unione Europea, sì che non è contraria all'ordine pubblico internazionale, essendo evidente che essa non collide con le esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale; - *c*) nel caso di specie, l'utilizzo della tecnica della maternità surrogata, in quanto avvenuto in epoca in cui non era vietata in Italia, costituisce un dato storico, che ha creato una situazione consolidata da oltre 10 anni (Autorevole dottrina, infatti, ha evidenziato che, una volta che il contratto di maternità surrogata ha avuto esecuzione e il bambino è nato (la difesa dell'attrice, esattamente, sul punto, ha evidenziato che: «...nel caso di specie è vissuto per diversi anni nel nucleo familiare che si chiede di mantenere), ciò che è veramente indispensabile è continuare ad assicurare i genitori che ha avuto sin dalla nascita); - *d*) anche non volendo aderire all'opzione interpretativa di cui alla lett. *b*) che precede, nella valutazione degli effetti, nel nostro ordinamento, del riconoscimento, o del mancato riconoscimento, dei provvedimenti giurisdizionali stranie-

Status e capacità

ri più volte citati, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore dei minori (art. 3 della legge 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, secondo il quale in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente), costituente anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale; - e) l'interesse superiore dei minori è, nella situazione data, senz'altro quello di vedere riconosciute, nel nostro Stato, le predette sentenze straniere; - f) il mancato riconoscimento lederebbe certamente il diritto di libertà di circolazione, all'interno della Comunità Europea, dei cittadini degli stati - membri, quali la (A) ed i minori (C) e (D); - g) la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha enunciato non solo il principio che le decisioni giudiziarie debbono avere, come punto di riferimento, l'interesse superiore dei minori, ma anche il principio secondo cui, in taluni casi, il *favor veritatis* è recessivo rispetto al *favor filiationis*.

Si potrebbe però obiettare, da un lato, che il riconoscimento darebbe luogo al deprecabile fenomeno del cd. "turismo procreativo" (Che ricorre nel caso di una coppia di italiani che vanno nel Regno Unito o in un altro Stato "liberale" ed accedano a tecniche procreative vietate in Italia), e, dall'altro lato, che la (A) potrebbe anche in Italia, vedere riconosciuto un vincolo giuridico con i due minori, instaurando una procedura di adozione degli stessi, ai sensi dell'art. 44, lett. b) della legge n. 184 del 1983, secondo cui può disporsi l'adozione dei minori a favore del coniuge (A) nel caso in cui il minore sia figlio, anche adottivo, dell'altro coniuge (B) (L'argomento, invero, è stato utilizzato dal Tribunale di Monza, nella sentenza sopra citata).

Entrambi gli argomenti sono privi di pregio.

Il primo non tiene conto, innanzitutto, del fatto che, all'epoca della nascita dei due minori, nessun divieto era posto dalla legge italiana ed, inoltre, non considera che, nella presente fattispecie, c'è un legame con l'ordinamento giuridico inglese (cittadinanza) per cui il rischio che l'accoglimento della decisione dia l'occasione a questo fenomeno è praticamente inesistente.

Il secondo è, in realtà, suggestivo, ma fuorviante, in quanto qui si è in presenza del rapporto di filiazione, così come riconosciuto dall'ordinamento inglese, e non già al cospetto del vincolo dell'adozione.

Ancora, potrebbe obiettarsi che il riconoscimento dei provvedimenti stranieri avrebbe l'effetto di incidere, per via giudiziaria, sul dato biologico e naturalistico della filiazione, intesa come discendenza dalla madre che ha partorito, ex art. 269 c.c. Va detto che, in realtà, l'obiezio-

ne non è fondata, giacché la nostra legislazione interna conosce già un analogo effetto, previsto dalla legge 14/4/1982 n. 164, recante norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale, con sentenza 24/5/1985, n. 161. Pertanto i provvedimenti giurisdizionali stranieri, di cui la (A) chiede il riconoscimento, non sono contrari all'ordine pubblico internazionale, ed essi possono essere riconosciuti, in quanto - come documentato in atti - sussistono tutti gli altri requisiti di cui all'art. 65 della legge n. 218/1995, per le ragioni analiticamente indicate nell'atto di citazione, che qui si abbiano per integralmente riportate. In ragione della contumacia del (B), e, soprattutto, della delicatezza e - per quel che consta a questa Corte - della novità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare interamente le spese processuali. Ai sensi dell'art. 49 del D.P.R. n. 396 del 2000, va ordinata la trascrizione della presente sentenza nei registri dello Stato Civile del Comune di (X) e, trattandosi di una pronuncia costitutiva di uno *status*, in relazione alla quale non sono applicabili gli artt. 283 e 373 c.p.c. un tema di provvisoria esecutività delle sentenze (arg. ex Cass. civ., Sez. III, 10/11/2004, n. 21367), detta trascrizione e le altre annotazioni, avverranno non appena (e se) la presente sentenza passerà in cosa giudicata.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta, con atto di citazione notificato l'8 ed il 9 febbraio 2008, da (A), nei confronti di (B), nonché del Comune di (X) - in persona del Sindaco pro tempore, così provvede: - 1) Dichiarare la contumacia di (B), a seguito della nullità della comparsa di risposta dallo stesso depositata in atti, e di tutte le eccezioni, deduzioni e difese scritte successive; - 2) Dichiarare la contumacia del Comune di (X), in persona del Sindaco pro tempore; - 3) Dichiarare il difetto di legittimazione passiva del Comune di (X); - 4) Accoglie la domanda attorea come proposta nei confronti di (B) e, per l'effetto, accerta e dà atto che sussistono i requisiti di cui agli artt. 64, 65, 67 della legge n. 218 del 1995, per il riconoscimento nello Stato Italiano dei cd. "parental order" resi in (XA) dalla (XB) Family Proceedings Court, per il «caso n. (K)» riferito al piccolo (C) (nato in data xx/xx/1997, nel (XA), in (XE), nello (XF), in data xx/xx/1998, nonché per il «caso n. (KA)», riferito alla piccola (D) (nata, nel (XA), in data xx/xx/2000 in (XE), nello (XF)), in data xx/xx/2001, nonché dichiara l'efficacia, nel territorio della Repubblica Italiana, dei predetti provvedimenti giurisdizionali emessi dall'A.G. del (XA), in forza dei quali, quanto alla maternità ed alla filiazione, rispettivamente, i predetti (C) e (D) sono figli, per parte di madre, di (A).

Status e capacità

Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo

di Marina Castellaneta

L'interesse del minore prima di tutto. Con quest'obiettivo, la Corte d'appello di Bari, nella prima sentenza sul riconoscimento dello *status* di figlio acquisito a seguito di maternità surrogata senza compenso, depositata il 25 febbraio 2009, ha stabilito che i provvedimenti di un'autorità straniera che attribuiscono la maternità alla madre committente devono essere trascritti nei registri dello stato civile italiano. In particolare, secondo la decisione della Corte d'appello, un parental order adottato in Inghilterra, che riconosce come madre quella legale piuttosto che quella biologica a seguito di un accordo di maternità surrogata, deve essere trascritto in quanto non contrario all'ordine pubblico internazionale.

Si tratta di una sentenza di fondamentale importanza, non solo per quanto riguarda la specifica questione della maternità surrogata, ma anche per i riflessi più generali che la pronuncia può determinare a vantaggio della circolazione di atti che attestano uno *status* ormai consolidato in altri Stati. Questo soprattutto nei casi in cui siano coinvolti Paesi membri dell'Unione europea.

Il fatto - Una cittadina italiana, sposata con un inglese, a causa di un grave intervento chirurgico che aveva compromesso la sua possibilità di diventare madre, aveva avuto due figli ricorrendo alla surrogazione eterologa di maternità consentita nel Regno Unito. I figli, nati nel 1997 e nel 2000, erano riconducibili geneticamente, all'interno della coppia, al solo marito. I due bambini erano stati subito affidati ai coniugi e, in base allo Human

Fertilisation and Embriology Act del 1990, erano stati emessi due parental orders, in base ai quali alla cittadina italiana era stata attribuita la maternità con una contestuale rinuncia della madre biologica. La coppia si era trasferita con i bambini in Italia e dopo qualche tempo, anche a causa della separazione, la madre aveva chiesto al Comune di Bari il riconoscimento dei provvedimenti parentali. Richiesta respinta dall'amministrazione pub-

Se non fosse riconosciuto e trascritto in Italia il parental order i bambini risulterebbero, nel nostro Stato, figli della madre biologica mentre in Inghilterra di quella legale

blica perché «nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista l'attribuzione della maternità per un accordo di surrogazione eterologa di maternità». Di qui il ricorso della donna alla Corte d'appello.

L'accertamento del rapporto di filiazione - Prima di passare ad analizzare le questioni di ordine pubblico legate alla trascrizione dei parental orders, è opportuno ricordare che, in base alla legge italiana di riforma di diritto internazionale privato 218/1995, l'accertamento del rapporto di filiazione va condotto in base alla legge inglese, poiché i due bambini possiedono la cittadinanza britanni-

ca. L'articolo 33 dell'indicata legge, infatti, dispone che lo stato di figlio è determinato secondo la legge nazionale di quest'ultimo al momento della nascita. Di conseguenza, in base alla legge inglese, richiamata dalla norma di conflitto italiana, è applicabile il sistema di attribuzione della maternità disposto dall'ordinamento inglese, che non vieta la maternità surrogata a patto che non venga concesso alcun corrispettivo: quindi il figlio ha come madre quella legale o committente e non quella biologica.

Il limite dell'ordine pubblico in materia di status personale - Per tutelare i principi fondamentali del nostro ordinamento, tra i quali sono inclusi quelli di natura internazionale, nella legge di riforma 218/1995, all'articolo 64, lettera g), è previsto, come limite al riconoscimento e all'attuazione delle sentenze straniere, la possibile contrarietà degli effetti prodotti da tali atti all'ordine pubblico. A tale norma si aggiungono, con un sistema semplificato e quindi ispirato all'applicazione più ampia del riconoscimento delle decisioni straniere, l'articolo 65, sui provvedimenti relativi alla capacità delle persone, ai rapporti di famiglia e ai diritti della personalità e l'articolo 66 sui provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria che sono riconosciuti automaticamente, con la possibilità di contestarne l'efficacia in Italia solo se essi producono effetti contrari all'ordine pubblico e non siano stati rispettati i diritti essenziali di difesa, con una chiara esclusione di ogni altro limite, elencato all'articolo 64, operante invece negli altri casi.

Status e capacità

Pertanto, il giudice nazionale ha il potere di escludere gli effetti di un provvedimento straniero, nelle materie poc'anzi specificate, solo qualora producano conseguenze contrarie all'ordine pubblico, dopo aver svolto un'accurata indagine sia in ordine ai valori da tutelare nell'ambito del nostro ordinamento, sia in relazione agli effetti dei provvedimenti. Tenendo conto, al riguardo, che la legge 218/1995 si allinea alla disciplina contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e ripresa poi, tra gli altri, nei regolamenti comunitari 44/2001 e 2201/2003, scegliendo così di favorire la libera circolazione delle pronunce e restringendo gli interventi dell'autorità giudiziaria italiana e la possibilità di bloccare il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti stranieri a casi di manifesta incompatibilità con i principi fondamentali. In questa direzione è opportuno precisare che - come osservato dalla Corte di cassazione, sezione lavoro, nella sentenza del 4 maggio 2007 n. 10215 (richiamata dalla Corte di appello di Bari) - il controllo di legittimità dei provvedimenti giudiziari stranieri deve essere effettuato tenendo conto degli effetti da questi prodotti e non di contrasti meramente teorici.

Analogo potere di valutazione è attribuito agli ufficiali di stato civile che possono impedire la trascrizione, l'iscrizione e l'annotazione nei pubblici registri. In questi casi è previsto un intervento del Prefetto che potrà imporre la trascrizione o ritenere legittimo il rifiuto, con la possibilità per le parti interessate di presentare ricorso alla Corte di appello competente. Nel caso che qui ci interessa, proprio a seguito del diniego alla trascrizione opposto dagli uffici di stato civile, la Corte d'appello di Bari ha verificato se tale rifiuto, al di là della non completezza della documentazione sostenuta dal Comune di Bari, che riveste un aspetto marginale, fosse giustifica-

Il controllo di legittimità

Fonti del diritto - Ordine pubblico e buon costume - Ordine pubblico internazionale - Nozione di ordine pubblico ex articolo 16 della legge n. 218 del 1995 - Portata - Effetti concreti della norma - Rilevanza - Coincidenza con l'ordine pubblico interno - Esclusione - Fondamento - Fattispecie in tema di licenziamento sulla base di normativa sul licenziamento acasuale. (Legge 218/1995, articolo 16, comma 1)

L'ordine pubblico, che, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, n. 218 del 1995, costituisce il limite all'applicabilità della legge straniera in Italia e che si identifica in norme di tutela dei diritti fondamentali, deve essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari, con riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti, cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito e all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'eventuale adeguamento di essa all'ordine pubblico. Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato. (Nella specie, relativa al licenziamento da parte di un istituto di credito italiano di una dipendente il cui rapporto di lavoro, svoltosi negli Stati Uniti, era retto dalla legge locale accettata dalle parti, pur prevedendo la norma statunitense il licenziamento *ad nutum*, astrattamente in contrasto con l'ordine pubblico, la Suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso tale contrarietà perché il provvedimento era fondato sul difetto di esecuzione della prestazione durato per più mesi, fondamento sufficiente al rispetto dell'ordine pubblico internazionale nella materia lavoristica).

■ Cassazione, sezione I, sentenza 4 maggio 2007 n. 10215

to dalla contrarietà del provvedimento dell'autorità giudiziaria inglese all'ordine pubblico.

Si può ritenere che il parental order, che aveva attribuito la maternità alla madre committente e non a quella biologica, la quale aveva portato avanti la gestazione per conto della coppia di coniugi, sia contrario a valori fondamentali del nostro ordinamento, inclusi quelli derivanti dal diritto internazionale? La Corte d'appello, dopo un attento esame degli atti internazionali, ha respinto una simile eventualità, prendendo in considerazione sia l'assenza di un contrasto con principi fondamentali, sia l'interesse superiore del minore, considerato prememente rispetto ad altri valori.

Sotto il primo profilo, i giudici, che si sono trovati di fronte a un caso diver-

so rispetto a quello di cui, anni fa, si era occupato il tribunale di Monza riguardante un accordo di maternità surrogata dietro corrispettivo, nel quale vi era la rivendicazione di maternità da parte delle due madri, con la conclusione che, per il tribunale di Monza, non poteva essere riconosciuto il provvedimento di maternità verso la madre legale perché l'obbligazione era contraria all'ordine pubblico e al buon costume, hanno invece ritenuto che la prevalenza della maternità legale o sociale su quella biologica non è di per sé «contraria all'ordine pubblico internazionale» e che non è di ostacolo al riconoscimento la mera presenza del divieto di maternità surrogata in Italia, introdotto con la legge n. 40 del 2004, intitolata «norme in materia di procreazione

Status e capacità

La fecondazione eterologa

Famiglia - Filiazione - Filiazione legittima - Disconoscimento di paternità - In genere - Inseminazione assistita eterologa - Consenso del marito - Azione di disconoscimento della paternità - Esclusione. (Cc, articolo 235)

In tema di fecondazione assistita eterologa, il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione.

■ Cassazione, sezione I, sentenza 16 marzo 1999 n. 2315

medicalmente assistita». All'epoca dei fatti, non era presente in Italia un divieto espresso con la conseguenza che la donna non aveva violato le norme italiane. In ogni caso, poi, non si può ritenere che il limite dell'ordine pubblico operi avendo come fondamento la sola diversità di disciplina tra due ordinamenti.

Tanto più che la legge italiana, introducendo la possibilità di avere figli con l'ausilio di supporti scientifici, ha, a nostro avviso, confermato che il principio di indisponibilità del proprio corpo si è evoluto nel corso degli anni e non ha più un carattere assoluto.

A ciò si aggiunga che diversi ordinamenti ammettono la maternità surrogata, molti dei quali vincolati dalla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, come risulta dal rapporto del Senato francese del 5 giugno 2008 n. 421 sulla maternità surrogata (reperibile nel sito <http://www.senat.fr>), questa è ammessa in Belgio, Paesi Bassi, Grecia, Regno Unito, Israele, Ucraina, India, Usa e Canada, mentre continua a essere vietata in Italia, Francia, Spagna (anche se si provvede alla trascrizione di atti stranieri), Germania e Svizzera.

Tuttavia, anche nei Paesi che vietano tale prassi è stata riconosciuta la necessità di giungere a conclusioni in grado di assicurare l'interesse del minore. Si consideri, al riguardo, la pronuncia della Corte di appello di Pari-

gi del 25 ottobre 2007, prima sezione civile (n. 06-00507), nella quale è stata riconosciuta la genitorialità di una coppia che, in California, si era avvalsa della maternità surrogata. I coniugi, rientrati in Francia, avevano chiesto e ottenuto la trascrizione del documento di attribuzione della maternità ricevuto in California. Intanto, però, era stato avviato un procedimento penale (conclusosi con non luogo a procedere) e civile. La Corte di cassazione, con sentenza del 17 dicembre 2008 (si veda Brunet, Un arrêt en trompe-l'oeil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?, in *Dalloz*, 2009, pag. 340), ha però riconosciuto il diritto di agire del pubblico ministero in ordine alla richiesta di annullamento degli atti di stato civile (respinto invece dalla Corte di appello proprio perché il procuratore non aveva considerato gli atti pubblici stranieri solo perché la legge francese considera nullo il contratto di maternità surrogata), e, come è ovvio, senza pronunciarsi sul merito, ha rimesso la questione alla Corte d'appello. È però da sottolineare che la Corte d'appello di Parigi, nella suddetta sentenza del 2007, ha seguito un orientamento del tutto diverso da quello dei giudici di secondo grado di Rennes che, il 4 luglio 2002, in una situazione analoga, avevano ritenuto legittimo il ricorso del pubblico ministero perché nella maternità surrogata si configurava una violazione dell'ordi-

ne pubblico e un caso di frode alla legge.

Anche in Spagna, la Dirección General de los Registros y el Notariado, il 18 febbraio 2009, ha accolto il ricorso di una coppia omosessuale a cui era stata negata la trascrizione di un certificato di nascita emesso negli Usa, ritenendola da un lato non contraria all'ordine pubblico in quanto la Spagna consente l'adozione di una coppia omosessuale e, dall'altro lato, necessaria proprio perché in grado di salvaguardare l'interesse superiore del minore e idonea a garantire l'unicità dello status (l'informazione è tratta dal sito <http://www.conflicto-flaws.net>).

In Inghilterra, la High Court of Justice, Family Division, con sentenza del 9 dicembre 2008 (EWHC 3030, reperibile nel sito <http://www.bailii.org>), ha riconosciuto che, malgrado una coppia di inglesi avesse stipulato in Ucraina un contratto di maternità surrogata dietro corrispettivo, vietato dal diritto inglese, per assicurare l'effettivo interesse del minore, era necessario emettere il parental order a vantaggio della coppia.

Non va poi trascurata la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nell'applicare la Convenzione i cui principi fanno parte dell'ordine pubblico internazionale, in particolare nella sentenza Wagner contro Lussemburgo del 28 settembre 2007 (ricorso n. 76240/01), ha stabilito che lo Stato in causa era tenuto a dare esecuzione a un provvedimento di adozione ottenuto in Perù da un cittadino lussemburghese, al quale era stato negato l'*exequatur* in quanto la decisione peruviana era considerata contraria alla norma di diritto internazionale privato lussemburghese che dispone l'applicazione della legge nazionale dell'adottante. Per la Corte europea era stato violato l'articolo 8 della Convenzione perché gli Stati devono accordare una protezione giuridica, con misure positive, per rendere possibile l'integrazione del

Status e capacità

minore in una famiglia, valutando anche le diverse realtà sociali ormai esistenti in Europa.

L'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore - L'integrazione del minore, d'altra parte, è garantita nella Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176 e soprattutto nel regolamento n. 2201/2003 il cui articolo 23 riconosce che l'interesse superiore del figlio deve essere considerato in ogni accertamento relativo alla contrarietà all'ordine pubblico.

Da quanto detto, ci sembra che, pur in presenza di un principio fondamentale da tutelare - quale potrebbe essere la prevalenza della verità biologica su quella legale - la cui esistenza però, a nostro avviso, è tutta da dimostrare, entri in gioco un altro interesse fondamentale prioritario, anche considerando la sua derivazione da una fonte internazionale, quale è l'interesse del minore. Nel caso in esame, i bambini, sempre vissuti in Italia con la madre cittadina italiana e il padre inglese, hanno bisogno di una certezza formale sul loro *status* che deve essere unico in tutta Europa, proprio per consentire ai bimbi e ai loro genitori l'esercizio di libertà fondamentali del Trattato Ce quali, in particolare, la libera circolazione delle persone e il diritto di stabilimento. La madre italiana, infatti, se non riconosciuta come tale in Italia, si dovrebbe trasferire all'estero e i bambini avrebbero un diverso legame in due Paesi membri.

E invero, proprio a seguito della separazione dei coniugi appaiono più probabili viaggi tra l'Italia e l'Inghilterra, con la necessità, in assenza di una unicità dello *status*, di dissipare continuamente dubbi sulla propria origine. Se non fosse riconosciuto e trascritto il parental order in Italia, di fatto i bambini risulterebbero, nel nostro Stato, figli della madre biologica, senza che quest'ultima se ne occupi

L'irrelevanza della volontà

Famiglia - Filiazione - Filiazione naturale - Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità - In genere - Nascita per fecondazione naturale - Paternità - Attribuzione - Dato biologico del concepimento - Sufficienza - Atteggiamento volitivo diretto alla procreazione - Irrilevanza - Fondamento. (Ct, articolo 269; Costituzione, articolo 30)

Nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la paternità è attribuita come conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al «disvolere» del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'articolo 30 della Costituzione, fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

■ Cassazione, sezione I, sentenza 15 marzo 2002 n. 3793

Famiglia - Filiazione - Filiazione naturale - Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità - In genere - Nascita per fecondazione naturale - Paternità - Attribuzione - Presupposti - Volontà di procreare - Irrilevanza. (Ct, articolo 269)

Nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale la paternità, ex articolo 269 del codice civile, va attribuita come conseguenza giuridica della procreazione, non occorrendo anche una cosciente «volontà di procreare» e non rilevando, di conseguenza, un «disvolere» e il rifiuto del concepimento da parte del presunto padre.

■ Cassazione, sezione I, sentenza 18 novembre 1992 n. 12350

vista la rinuncia espressa già formulata e, in Inghilterra, figli della madre legale. Accanto al dato formale e alle conseguenze che una diversità di trattamento potrebbe determinare anche in fase di divorzio, si deve tener conto che i bambini hanno sempre vissuto con la madre committente, che la madre naturale ha rinunciato a ogni diritto e non ha mai cercato di vedere i bimbi. La diversa attribuzione di maternità arrecherebbe sicuramente un danno al benessere psichico dei bambini, con conseguenze sul loro equilibrio e sulla loro crescita.

Il rischio di turismo procreativo - Come detto, nel caso in esame non era stata ancora adottata la legge n. 40, con la conseguenza che, come osservato dalla Corte di appello, una simile pronuncia non determina un rischio di un turismo procreativo. Ora, a nostro avviso, anche se una simile situazione si verificasse allo sta-

to attuale non si potrebbe escludere il riconoscimento proprio per le preminenti ragioni di interesse del minore e perché la scelta legislativa effettuata in Italia non conduce di per sé all'inapplicabilità di un provvedimento straniero che non fa altro che riconoscere una prassi che in altri Paesi è pacificamente ammessa e seguita da tante coppie. Inoltre, anche qualora si dovesse ritenere che il divieto di maternità surrogata sia da ascrivere alla tutela di un interesse fondamentale dell'ordinamento italiano, si dovrebbe valutare un altro interesse, quale quello del minore ad avere una famiglia, nonché il rispetto di principi affermati anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee sempre più rivolta a chiedere il rispetto del principio dell'unicità dello *status* al fine di garantire l'esercizio delle libertà fondamentali del trattato delle Comunità europee.