

**Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza 26 ottobre 2016 – 15 giugno 2017, n. 14878**

*Presidente Di Palma – Relatore Dogliotti*

*Svolgimento del processo*

Con ricorso in data 5-11-2014, SI. FR. e MA. RI., cittadine italiane, residenti e coniugate all'estero, chiedevano, ai sensi dell'art. 95 e segg. D.P.R. n. 396 del 2000, al Tribunale di Venezia la "rettificazione" (o sostituzione) dell'atto di nascita del minore SI. El., figlio di SI. Fr. (a seguito di fecondazione assistita), emesso dall'Ufficio dello stato civile britannico di Kensington e Chelsea, trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Venezia.

Il predetto Ufficio britannico, come precisavano le ricorrenti, aveva successivamente chiarito che la registrazione del minore, come figlio della sola SI., era da considerarsi invalida, dovendo il nato essere registrato anche come figlio della MA., di cui assumeva il cognome, pur non avendo essa alcun rapporto biologico con lui. L'ufficiale dello stato civile di Venezia aveva rifiutato la rettificazione (o la sostituzione) dell'atto.

Il Tribunale di Venezia, con decreto in data 6/7/2015, rigettava la domanda, sostenendo che la richiesta "rettificazione" era contraria all'ordine pubblico italiano.

Le odierne ricorrenti proponevano reclamo alla Corte di Appello di Venezia. La Corte, con provvedimento in data 19/10/2015, rigettava il reclamo. Essa richiamava l'art. 18 D.P.R. n. 396 del 2000, per cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico, nonché l'art. 16 L. n. 218 del 1995, per cui la legge straniera non è applicabile se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

Affermava ancora la Corte che la questione relativa alla trascrizione richiesta non costituiva una mera "rettificazione", ma atteneva necessariamente alla validità in Italia del matrimonio tra persone dello stesso sesso, e che la giurisprudenza italiana di legittimità era "granitica" nell'individuare, nella diversità di sesso tra i nubendi, un requisito indispensabile per l'esistenza del matrimonio civile. Ammetteva che in alcuni Stati Europei era stato introdotto il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, e addirittura il matrimonio tra esse, e precisava che la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 9, garantisce il diritto a sposarsi e a costituire una famiglia, ma ciò deve avvenire secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Concludeva affermando che, mancando a livello Europeo ed extraeuropeo una disciplina sostanziale comune e cogente delle unioni dello stesso sesso, non si poteva prescindere dall'esaminare la corrispondenza dei modelli normativi liberamente scelti dai vari Stati, essendo inammissibile il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare, che devono trovare ingresso nella sede e nelle forme istituzionali proprie.

Ricorrono per cassazione SI. e MA. che pure depositano memoria difensiva.

*Motivi della decisione*

Con il primo motivo, le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 360 n. 3 c.p.c, in relazione all'art. 112 c.p.c, censurando l'affermazione del giudice a quo circa l'esistenza di una questione, sottesa alla loro domanda di rettificazione (o sostituzione) dell'atto di nascita di SI. El., attinente al loro matrimonio, osservando che esse non hanno chiesto la trascrizione del

matrimonio stesso, celebrato all'estero, né che ne vengano riconosciuti gli effetti in Italia. Aggiungono che la Corte di merito nulla ha precisato sull'eventuale contrarietà all'ordine pubblico dell'atto di nascita di un minore, indicante due genitori dello stesso sesso.

Con il secondo motivo, le ricorrenti lamentano violazione dell'art. 360 n. 5 c.c., per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti. Richiamano il preminente interesse del minore, da valutarsi alla luce della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nonché del Regolamento CE n. 2201 del 2003, e precisano che la trascrizione del nuovo atto di nascita del minore gli garantirebbe il pieno diritto all'identità personale e al suo status di figlio di una coppia di genitori, indipendentemente dal fatto che siano di sesso diverso o di sesso uguale. Secondo le ricorrenti, il diniego di trascrizione sarebbe incompatibile con il diritto comunitario e costituirebbe violazione della vita privata e familiare del minore oltre che delle stesse ricorrenti. Esse sottolineano il principio della conservazione degli stati familiari costituiti all'estero, e si riferiscono a varie sentenze della Corte EDU e ad alcuni precedenti della giurisprudenza di questa Corte.

Nell'odierna udienza di discussione il Procuratore Generale ha chiesto in via preliminare la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte, perché attinente ad una questione di particolare importanza. Va ribadito quanto già osservato da questa Corte (che costituisce orientamento consolidato e condiviso) (tra le altre, Cass. N. 359 del 2003, 8016 del 2012, 19599 del 2016): l'istanza volta all'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale, che non è soggetto ad obbligo di motivazione. Va comunque precisato che la funzione nomofilattica è attribuita anche alle sezioni semplici di questa Corte né può certo ritenersi che tutte le questioni relative a diritti fondamentali, per le quali non esista un orientamento consolidato o su cui questa Corte non si sia ancora pronunciata, debbano essere oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite. Il ricorso è sicuramente ammissibile, ai sensi dell'art. 111 Cost, ancorché avverso un'ordinanza emessa dalla Corte di Appello, su reclamo, in materia di volontaria giurisdizione.

Per giurisprudenza costante, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, il termine "sentenza", non va inteso nel significato proprio di provvedimento emesso nelle forme e sui presupposti di cui agli artt. 132 e 279 c.p.c, ma, va interpretato estensivamente, così da ricomprendervi tutti i provvedimenti giurisdizionali, anche se emessi sotto forma di ordinanza o decreto, ove essi siano decisori, incidenti su diritti soggettivi e con piena attitudine a produrre effetti definitivi di diritto sostanziale o processuale (tra le altre, Cass. N. 184 del 2003; S.U. n. 9042 del 2008; n. 11218 del 2013). Nel caso di specie è indubbia l'incidenza su diritti soggettivi (nella specie, attinenti allo status delle persone e alla loro identità personale), così come il carattere decisivo e definitivo del provvedimento assunto dalla Corte di Appello, contro cui non è previsto alcun rimedio specifico se non il presente ricorso.

Venendo all'esame dei due motivi di ricorso, che possono trattarsi congiuntamente, va osservato che la richiesta rettificazione (o sostituzione) dell'atto di nascita del minore (già trascritto in Italia), come figlio delle

ricorrenti, nonostante esse non abbiano chiesto la trascrizione del loro atto di matrimonio, presuppone, seppur incidentalmente, un esame circa la contrarietà o meno all'ordine pubblico del matrimonio o di una forma di convivenza legale tra di loro. E 'pur vero che, come sottolinea l'impugnativa in esame, il giudice a quo erra, affermando che il matrimonio tra persone dello stesso sesso, pronunciato all'estero, è da considerarsi inesistente nel nostro ordinamento. Al contrario, questa Corte (Cass. N. 4184 del 2012) ha evidenziato che esso non può considerarsi inesistente, ma soltanto inefficace. Tuttavia il provvedimento impugnato e lo stesso ricorso in esame scontano l'assenza in Italia, all'epoca, di una normativa sulle coppie dello stesso sesso, introdotta, come è noto, dalla L. 20/5/2016, n 76, nonché di alcune pronunce di questa Corte, assai rilevanti, e che questo Collegio pienamente condivide (Cass. 12962 del 2016; Cass. N. 19599 del 2016).

La disciplina italiana dell'unione civile tra coppie omosessuali è molto simile (anche se non mancano significative differenze) a quella del matrimonio, dall'atto al rapporto, dal regime della nullità al contenuto degli obblighi nascenti dall'unione, dai rapporti patrimoniali alle vicende dello scioglimento, ai rapporti successori, ...e si delega il Governo ad adottare un Decreto Legislativo per applicare la disciplina dell'Unione Civile alle persone dello stesso sesso che abbiano contratto matrimonio all'estero (un decreto ha successivamente chiarito e specificato tale previsione).

Si precisa, al comma 20 dell'art. 1, che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle che contengono le parole «coniuge, coniugi» o termini equivalenti in qualsiasi fonte normativa (anche nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi) si applicano a ognuna delle parti dell'unione civile, ma non le norme del codice civile, al di là di quelle espressamente indicate dalla legge in esame, e neppure quelle della L. n. 184 del 1983 ( affidamento e adozione). Si aggiunge peraltro che " resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione" Non si potranno dunque disporre adozioni piene e neppure adozioni in casi particolari ex art. 44 L. n. 184, quanto alla lettera b) : adozione del figlio del coniuge. Resta aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che avevano applicato la lettera d) dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo un'interpretazione estensiva, che attiene pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (ove ad esempio non vi siano adottanti disponibili), e può prescindere dunque dall'abbandono.

Tale interpretazione ha trovato, dopo la L. n. 76, sicuro avallo in una recente pronuncia di questa Corte, già ricordata ( Cass. N. 12962 del 2016).Nella specie, due donne, legate da una relazione sentimentale di convivenza, decidono di avere un figlio, ricorrendo in Spagna alla fecondazione assistita di una di esse (con seme di donatore anonimo). Nasce una bambina che instaura un profondo legame affettivo con entrambe. La compagna della madre chiede di poter adottare la bambina ai sensi dell'art. 44 lett. d) della L. 184/1983. Questa Corte privilegia appunto l'interpretazione estensiva della predetta norma, alla luce del quadro costituzionale e convenzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al reale interesse del minore. Ancor più rilevante, per il caso in esame, altra recente decisione, anch'essa già ricordata (Cass. N. 19599 del 2016). Due donne, una spagnola e l'altra

italiana, si sposano in Spagna; per realizzare il loro progetto familiare, una di esse mette a disposizione un proprio ovulo che, fecondato con gamete di donatore anonimo, viene impiantato nell'utero dell'altra. Nasce in Spagna un bambino che, nell'atto relativo, viene indicato come figlio di entrambe. Interviene il divorzio tra di esse e l'ufficiale di stato civile italiano rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita straniero, in quanto contrario all'ordine pubblico. Questa Corte conferma la pronuncia, favorevole alla trascrizione, della Corte di Appello.

Vengono enucleati espressamente vari principi di diritto: l'ordine pubblico, la cui contrarietà impedisce la trascrizione in Italia di atti dello stato civile formati all'estero, ex art. 18 D.P.R. 396/2000, attiene ad "esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo; la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (nell'accezione anzidetta), per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie; la donazione di un ovulo da una donna alla propria partner, che partorisce grazie al gamete di maschio anonimo, realizza una fattispecie differente dalla maternità surrogata, trattandosi di "una tecnica fecondativa simile ad una fecondazione eterologa (..) in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto)"; il disposto di cui all'art. 269 3. comma c.c. (per cui madre è colei che partorisce) non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il nato risulti figlio di due madri (quella che ha partorito e quella genetica) : la norma non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore, e considerando che essa attiene piuttosto alla prova della filiazione.

Più in generale, si potrebbe osservare che, anche in passato, frequentemente non vi è stata esatta coincidenza tra verità biologica e legale, in relazione all'interesse perseguito dal legislatore (si pensi al divieto per il padre, fino alla riforma del 1975, di riconoscere il figlio, nato fuori del matrimonio, a preminente tutela del matrimonio stesso e della prole nata al suo interno).

Tornando al provvedimento impugnato, il giudice a quo richiama l'art. 17 D.P.R. n. 396 del 2000, ove si precisa che gli atti formati all'estero non possono essere trascritti, se contrari all'ordine pubblico, nonché l'art. 16 L. n. 218 del 1995 per cui parimenti la legge straniera non si applica, se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

Quanto alla nozione di ordine pubblico, si distingue correntemente tra ordine pubblico internazionale e interno, costituendo il primo un limite all'applicazione del diritto straniero, il secondo, un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno.

Al riguardo si è pronunciata ripetutamente questa Corte (tra le altre, Cass. N. 17349 del 2002, Cass. S:U. n. 19809 del 2008), per cui quello richiamato dall'art. 16 L. 218 del 1995 (e, necessariamente, pure dall'art. 18 D.P.R. N. 396) non è l'ordine pubblico interno, bensì l'ordine pubblico internazionale, costituito "dai principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico: dunque in oggi il complesso di principi a carattere generale, intesi alla tutela dei diritti

fondamentali dell'individuo, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali".

Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore.

Quanto ai diritti delle coppie di egual sesso, vanno ricordati, in particolare, l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, predetta, circa il diritto di sposarsi e formare una famiglia, nonché gli artt. 8 e l'art. 14, riguardo al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di ogni discriminazione fondata sul sesso e su ogni altra condizione.

Va pure richiamata la Carta Europea dei diritti fondamentali (all'origine Carta di Nizza del 2000): l'art. 9 sancisce il diritto, per ogni individuo, di sposarsi e costituire una famiglia, garantito dalle leggi dei singoli Stati; l'art. 21 vieta le discriminazioni: non solo quella del sesso (e si intende in genere la discriminazione della donna rispetto all'uomo), ma anche per «orientamento sessuale».

Relativamente alla nostra Costituzione, può ricordarsi il principio di uguaglianza, indipendentemente dal sesso (e dunque anche dall'orientamento sessuale) ( art. 3) e la protezione dei diritti fondamentali nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo (art.2) (e tra esse possono sicuramente annoverarsi tipologie familiari, diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio, garantita dall'art. 29). E, ancora, l'impegno ad eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, riguardante ogni individuo, in particolare quelli soggetti a discriminazione tra cui storicamente possono considerarsi le coppie omosessuali (art. 3). Quanto al preminente interesse del minore, nella Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, si afferma che questi deve godere di una particolare protezione così da svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità (art. 2), che ha diritto al nome e ad una nazionalità (art. 3); all'affetto e alla comprensione, possibilmente nell'ambito della sua famiglia (art. 6); all'educazione, così da sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale, il suo senso di responsabilità morale e sociale (art. 7) .

La Convenzione ONU sui diritti del Fanciullo costituisce un vero e proprio statuto dei suoi diritti. Si inizia con la solenne affermazione (art. 2) del principio di uguaglianza tra minore e minore contro qualsiasi discriminazione, e con l'altra relevantissima affermazione della preminente tutela del suo interesse. Segue l'enunciazione dei diritti del minore nei più diversi settori: in particolare alla vita, al nome, alla nazionalità, alle relazioni familiari, alla identità personale, all'educazione da parte dei genitori, ove possibile.

Nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si indicano i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori salvo che ciò

appaia contraria al loro interesse (art. 24) . Ovviamente il diritto alla protezione e al rispetto della dignità umana e alla propria vita privata e familiare vale per qualsiasi individuo, e massimamente proprio per il minore, che si trova nella fase delicata dello sviluppo psicofisico e della formazione graduale di una personalità compiuta.

Va ancora ricordato che l'art. 23 Reg. CE. n. 2201 del 2003 stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi, tenendo conto del preminente interesse del minore.

Relativamente alla nostra Costituzione, si può richiamare il diritto del minore ad essere mantenuto, istruito, educato dai propri genitori, ma, nel caso di loro incapacità la legge provvede a che siano assolti i loro compiti; la garanzia di ogni tutela giuridico-sociale dei figli nati fuori dal matrimonio ( e le riforme del 2012-2013 hanno delineato un unico status per i figli nati dentro e fuori del matrimonio, dopo che quella del 1975 aveva eliminato alcune gravi discriminazioni). Allo stesso modo la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità e l'impegno a rimuovere gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona umana, sembrano attagliarsi particolarmente al minore, per il quale lo sviluppo della personalità è caratteristico dato biologico.

Ma, al fine di valutare il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, almeno per quanto attiene agli Stati componenti del Consiglio d'Europa, è sicuramente rilevantisima la giurisprudenza della Corte EDU, interpretativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (al riguardo, Corte Cost. n. 317 del 2009).

Quanto alla posizione di coppie dello stesso sesso, la Corte EDU (di cui si richiamano alcune pronunce, a puro titolo esemplificativo), ha affermato che il diritto di sposarsi non deve limitarsi a persone dello stesso sesso (pur precisando che la materia è di competenza dei singoli Stati, i quali però devono permettere che le coppie omosessuali possano godere di una vita familiare), (Corte EDU 24/6/2010, ricorso n. 30141/04); ha sanzionato le scelte del legislatore (nella specie, greco) che aveva previsto unioni registrate alternative al matrimonio, escludendo coppie omosessuali (Corte EDU 7/11/2013, ricorsi n. 29381/09; 326884/09), ha condannato l'Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia di coppie omosessuali , affermando che tale omissione, ripetuta nel tempo, comporta una violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU (Corte EDU 21/7/2015, ricorsi nn. 18766/11, 36030/11) .

Quanto alla posizione del minore, ripetutamente la Corte EDU è intervenuta, affermando la preminenza del suo interesse, da valutarsi in concreto, nonché il suo diritto al riconoscimento ed alla continuità delle relazioni affettive, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento, all'interno del nucleo familiare. (Con riguardo al principio della prevalenza del superiore interesse del minore, tra le altre, ancora a titolo esemplificativo: Corte EDU, 13/6/1979, M. v. Belgio; 26/5/1994, K. v. Irlanda; 27/4/2010, M. e B. v. Italia; 27/1/2015, P. e C. v. Italia, ove espressamente si afferma che l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico non può utilizzarsi in modo automatico senza prendere in considerazione l'interesse del minore e la relazione genitoriale, indipendentemente dal legame genetico ( la pronuncia è stata riformata dalla Grande Chambre, con sentenza del 24/1/2017, che peraltro

non ha modificato il principio suindicato); 26/6/2014, M v. Francia , che ha condannato la Francia per aver negato la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, in violazione della normativa interna che vieta la surrogazione di maternità.

Nella specie, come chiariscono le ricorrenti, la nascita del bambino costituì un progetto condiviso della coppia, espressione di affetto e solidarietà reciproca. Nella sentenza di questa Corte n. 19599 del 2016, che costituisce il naturale precedente di questa (pur essendo le fattispecie dedotte, come si è visto, parzialmente diverse), si afferma che la donazione di ovulo fecondato alla partner che partorisce, non si configura come maternità surrogata, ma piuttosto come una situazione analoga alla fecondazione eterologa. Come è noto, la legge n. 40 del 2004 aveva originariamente escluso la procreazione mediante fecondazione eterologa (con seme diverso da quello del marito o del partner). La Corte Costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014, ha dichiarato illegittima la previsione, ammettendo quindi a tutti gli effetti tale tipo di procreazione assistita. Ma già erano previsti, all'art. 9, gli effetti della fecondazione eterologa, ancorché all'epoca vietata, che dunque sono stati confermati e rafforzati dall'intervento della Consulta.

L'art. 9 precisa che, in caso di tecnica eterologa, il donatore non acquisisce relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere diritti o essere titolare di obblighi nei suoi confronti; il coniuge o il convivente il cui consenso alla tecnica sia ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento. E' vero che la legge n. 40 prevede che i conviventi siano di sesso diverso e che la procreazione assistita si effettui solo in caso di sterilità della coppia. Tuttavia, trattandosi di fattispecie effettuata e perfezionata all'estero e certificata dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, si deve necessariamente affermare, per quanto si è andato finora osservando, che la trascrizione richiesta non è contraria all'ordine pubblico (internazionale). Conclusivamente il ricorso va accolto e cassata l'ordinanza impugnata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, può decidersi nel merito, con l'accoglimento della domanda proposta dalle ricorrenti di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore, già trascritto nei registri dello stato civile di Venezia, come modificato rispetto a quello originario dall'Ufficio dello stato civile britannico di Kensington e Chelsea Non si fa luogo a pronuncia sulle spese.

*P.Q.M.*

La Corte accoglie il ricorso; cassa l'ordinanza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie la domanda proposta dalle odierne ricorrenti. In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 D.Lgs. 196/03, in quanto imposto dalla legge.