

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA MENSILE
ANNO XXXII
a cura di
GUIDO ALPA E PAOLO ZATTI

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca
giusprivatistica nell'Università di Padova*

3/2016

 edicolaprofessionale.com/NGCC

Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico

di Claudia Irti



Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico

di Claudia Irti*

SOMMARIO: 1. Limite dell'ordine pubblico e maternità surrogata. - 2. Rapporti di filiazione omogenitoriale, adozione da parte dei *single* e matrimoni *same sex*: oltre il limite dell'ordine pubblico. - 3. Le sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio e la “convivenza” stabile e riconoscibile come principio di ordine pubblico “interno”. - 4. Il mutevole concetto di ordine pubblico.

1. Limite dell'ordine pubblico e maternità surrogata.

L'ordinamento italiano ripudia qualsiasi pratica procreativa riconducibile alla locuzione “maternità surrogata” e commina una sanzione penale ai contravventori del divieto¹; nulla dice, tuttavia, rispetto alla regolamentazione dello *status* del bambino² che comunque sia nato mediante l'utilizzo di queste pratiche da parte di cittadini italiani in un Paese in cui le stesse siano ammesse.

Come era accaduto con le tecniche di inseminazione eterologa in costanza di divieto, lo stesso non è servito a dissuadere i desideri di “genitorialità” di alcune coppie che, dopo essersi recate all'estero per accedere a tali pratiche, hanno tentato di ottenere in Italia il riconoscimento del certificato di nascita rilasciato dallo Stato estero che attribuisce al bambino nato lo *status* di loro figlio³.

Plurimi sono stati i casi sottoposti al vaglio delle nostre autorità giudiziarie.

Tra le sentenze più note si segnala quella con cui la Corte di cassazione⁴ ha negato la riconoscibilità in Italia, ai sensi dell'art. 65 della l. 31.5.1995, n. 218, del certificato di nascita ucraino di un bimbo nato grazie a surrogazione di maternità in quello Stato - ove tale pratica è ammessa purché almeno il 50%

del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente - essendo un tale eventuale riconoscimento ritenuto contrario all'ordine pubblico, stante il citato divieto stabilito dalla l. 19.2.2004, n. 40.

Gli “*intended parents*” (ricorrenti), privi di alcun legame genetico con il bambino, invano avevano tentato di censurare una tale statuizione - fatta propria dalla Cassazione, ma già affermata in sede di appello - rilevando la limitata portata del divieto in questione quale espressione di un principio di mero ordine pubblico “interno”, non coincidente con il più ampio concetto di “ordine pubblico internazionale” espressione di valori condivisi dalla comunità internazionale (di cui la stessa Ucraina fa parte), che i giudici avrebbero dovuto armonizzare con il sistema interno.

“*L'ordine pubblico internazionale*” - affermano, invece, gli Ermellini - “è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, os-

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

¹ La l. 19.2.2004, n. 40 prevede, per chi realizza una maternità surrogata, la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro.

² Diversamente da quanto aveva invece fatto, rispetto all'ulteriore divieto di inseminazione eterologa (oggi caduto per illegittimità costituzionale), prevedendo comunque la non possibilità per il coniuge o il convivente il cui consenso alle stesse fosse provato per atti conclusivi di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità e stabilendo l'assenza di alcuna relazione giuridica tra il donatore di gameti e il nato.

³ Giurisprudenza di merito (TRIB. NAPOLI, sez. I, 1^o.7.2011, ined.) con riferimento all'inseminazione eterologa in costanza di divieto aveva già avuto modo di rilevare come il riconoscimento in Italia di effetti giuridici a una norma straniera che ritenga genitori coloro che biolo-

gicamente non lo sono, non mette in crisi “uno dei principi cardine dell'ordinamento”, ben potendo coesistere e armonizzarsi il divieto di ricorrere a determinate tecniche di fecondazione e/o procreazione con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato a seguito dall'utilizzo di queste tecniche e i c.d. genitori sociali, “perché questo è solo questo è l'effetto prodotto” e non certo la legittimazione *tout court* delle tecniche suddette.

⁴ Cass., 11.1.2014, n. 24001, in *Foro it*, 2014, 3408, con nota di CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in questa *Rivista*, 2015, I, 10235, con nota di BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*.

sia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale”; per poi aggiungere “il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta, appunto, a presidio di beni giuridici fondamentali”.

Tra questi “beni fondamentali” viene dato espresso rilievo alla “dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante”, mentre per quanto concerne “la tutela del superiore interesse del minore” - da considerarsi a norma dell’art. 3 della Convenzione di New York “preminente 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” - ci si limita ad affermare che “per il legislatore italiano tale interesse si realizza proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto”⁵.

L’ordinamento italiano⁶, nel ripudiare la maternità surrogata, ha operato una scelta di valore etico-morale, prima ancora che giuridico, che si giustifica nel privilegiare e tutelare taluni beni fondamentali quali la “dignità umana della gestante” - di cui ci parlano i giudici della Cassazione - ma finisce inevitabilmente per sacrificarne e comprimerne altri, quali, *in primis*, il superiore interesse del minore⁷ (unica vittima di questa tragica vicenda umana) a vedere comunque riconosciuto e tutelato se non il suo “stato di figlio”⁸, quanto meno quel principio di vita familiare⁹ instaurato in tre anni di convivenza con gli “intended parents”.

I giudici della Suprema Corte dichiarano di non godere di alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto, trattandosi di una scelta di “valore” operata a monte dal legislatore, un bilanciamento fra principi - tutti astrattamente riconosciuti e tutelati da fonti multilivello - che ne vede prevalere alcuni e soccombere altri¹⁰.

Si tratta, tuttavia, di un’affermazione “fragile”, non scevra da critiche, non solo e non tanto perché giurisprudenza di merito¹¹ di qualche anno addietro, investita di un caso simile (anche se non perfettamente analogo¹²), ha ritenuto di esprimersi in senso diametralmente opposto, dimostrando nei fatti che qualsiasi previsione normativa lascia sempre e comunque un margine di discrezionalità al giudice, ma anche e soprattutto perché la stessa Corte non è affatto nuova a pronunce interpretative che *praeter legem* e, a volte, neanche *contra legem*¹³, mutano radicalmente il dettato normativo e la *ratio* sottesa, proprio in ragione di un diverso bilanciamento dei principi fondamentali coinvolti.

Il silenzio del legislatore rispetto alla regolamentazione dello *status* del bambino che sia nato mediante l’utilizzo della pratica della maternità surrogata all’estero, apre la strada all’applicazione delle norme di diritto internazionale privato, e le stesse, nel richiamarsi al concetto di ordine pubblico, implicano necessariamente un esercizio di discrezionalità da parte dell’operatore giuridico che a quel “concetto” è tenuto a dare un contenuto concreto, nel rispetto dei principi e dei valori condivisi nel sistema, primo fra tutti “il prevalente interesse del minore”, che non può dirsi di certo tutelato sottraendo il minore ai genitori putativi, per condurlo in un travagliato periodo di “interregno” giuridico e, soprattutto, affettivo¹⁴.

Una tale critica appare tanto più legittima all’indo-

⁵ Di “preminente interesse del minore” cui “devono adeguarsi le scelte interpretative che lo coinvolgono” che impone nella maternità surrogata “di ritenere ammissibile il riconoscimento della madre genetica, pur in contrasto con lo stato formale di filiazione del minore abbandonato, quale soluzione privilegiata rispetto a quella dell’adozione” parla BIANCA, in *Diritto civile*, 2, *La famiglia le successioni*, Giuffrè, 1989, 296.

⁶ Come, del resto, la maggior parte degli ordinamenti europei dell’area continentale; si veda TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Familia*, 2002, 179 ss.

⁷ Espressamente tutelato dalla Convenzione di New York sui diritti dell’infanzia, approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20.11.1989.

⁸ Che pure dovrebbe essergli riconosciuto posto che obiettivo principio anche della legge sulla procreazione medicalmente assistita - nel quale viene posto il divieto di maternità surrogata - è quello di tutelare i diritti del concepito, (art. 1), che certo non possono dirsi tutelati lasciando il nato senza uno ‘stato’, ovvero in stato di abbandono; *mutatis mutandis* cfr. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 99 ss., in part. 104; Id. *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, *ivi*, II, 329 ss.

⁹ Diritto anch’esso espressamente tutelato dall’art. 8 della Conven-

zione europea dei diritti dell’uomo (meglio nota come CEDU).

¹⁰ Sul tema GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, nel *Trattato Ciccumessineo*, Giuffrè, 2011, 209.

¹¹ APP. BARI, 13.2.2009, in *Fam e dir.*, 2010, 251, con nota di DE TOMMASI.

¹² Nel caso sottoposto al vaglio della Corte di Appello di Bari i gemelli nati grazie alla tecnica della surrogazione di maternità risultavano comunque essere figli biologici del marito della donna che ne richiedeva l’iscrizione all’anagrafe. Nel caso vagliato da ultimo dalla Cassazione, l’assenza di alcun legame biologico tra la coppia committente e il minore, con conseguente violazione anche della legge dello Stato in cui la surrogazione di maternità era stata praticata, sono aspetti sottolineati da chi assume corretta la scelta assunta dalla Cassazione, ritenendo l’accertamento dello stato di abbandono del minore necessario, così BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito*, cit., *passim*.

¹³ Si pensi, ad esempio, al procedimento argomentativo con il quale CASS., 16.3.1999, n. 2315, al fine rigettare la domanda di disconoscimento di paternità ex art. 235 cod. civ., proposta da un padre nei confronti di un figlio nato da procreazione eterologa, alla quale aveva acconsentito, prima della promulgazione della legge n. 40/2004.

¹⁴ In senso analogo VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*,

mani della recente sentenza della Corte eur. dir. uomo¹⁵, che è stata chiamata a pronunciarsi in un caso sostanzialmente analogo - sottoposto dai ricorrenti al suo giudizio - per presunta violazione da parte delle autorità italiane dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo in ragione sia del rifiuto delle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita del bambino nato in un paese straniero dove la maternità surrogata è ammessa, sia del conseguente allontanamento del minore dagli "intended parents", poi posto in stato di adozione.

La Corte, pur non essendo entrata nel merito della questione concernente la legittimità del richiamo al principio dell'ordine pubblico per impedire il riconoscimento di atti anagrafici stranieri che presumono il ricorso alla maternità surrogata¹⁶, dopo aver riconosciuto che la mancata trascrizione del certificato possa essere rilevante nell'ottica dell'art. 8, in quanto misura di ingerenza capace di incidere profondamente sulla vita privata dei ricorrenti, ha altresì affermato che l'uso della norma sull'ordine pubblico internazionale non è sufficiente a sanare qualsivoglia violazione dell'art. 8 della Convenzione. Sebbene riconosca che in materie delicate, come quelle attinenti scelte nazionali sulla fecondazione assistita, lo Stato goda di un ampio margine di apprezzamento, ciò non esclude che le autorità siano tenute a operare un attento bilanciamento tra le esigenze di tutela degli interessi generali (salvaguardati dal limite dell' "ordine pubblico") e quelle individuali, rappresentate nel caso di specie dal "superiore interesse del minore", che si estrinseca in primo luogo nell'esigenza di tutela della relazione genitoriale da lui instaurata - tutelata come situazione di fatto - sia essa biologica o meno¹⁷.

Del resto la via privilegiata dall'ordinamento al fine

di avvicinare la verità "giuridica" a quella "reale" è stata - da sempre - quella di riconoscere, in *primis*, tutela e protezione ai soggetti più deboli e indifesi, i minori¹⁸.

In questa linea evolutiva, nell'individuazione di nuove regole operazionali destinate al riconoscimento dei rapporti di filiazione¹⁹, il *favor affectionis* (filiazione di fatto) non potrà che sostituirsi al *favor veritatis* (filiazione naturale), così come il *favor veritatis* si è a suo tempo sostituito al *favor legitimitatis* (filiazione legittima)²⁰. Non c'è chi non comprenda che una tale soluzione, genericamente accolta, finirebbe con l'indebolire il divieto legislativo di accedere alla procreazione mediante surrogazione, aprendo la strada ad un moltiplicarsi di casi analoghi che, nella ripetuta violazione del divieto, comportano una disapplicazione della regola. Ciò non di meno non si possono far ricadere sul minore incolpevole le conseguenze negative - giuridiche e umane - di un atto illecito commesso da terzi - i trasgressori del divieto, ovvero la coppia committente - i quali dovrebbero, se ne ricorrono i presupposti, essere perseguiti penalmente per la realizzazione e l'organizzazione della surrogazione di maternità²¹.

Da altro punto di vista viene, tuttavia, da chiedersi che valenza attribuire ad una norma ripetutamente violata nel convincimento personale del soggetto agente - convincimento condiviso da una certa rappresentanza sociale - che il divieto da essa imposto sia "ingiusto". "L'effettività della norma prescinde dalla maggiore o minore entità delle sue violazioni. Ciò che conta è che essa sia concretamente accettata dalla società come norma giuridicamente operante, e che le sue violazioni siano appunto condannate come contrarie all'ordinamento"²²: è questo il caso²³?

2015, 259 ss., in part. 270.

¹⁵ CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.1.2015, ric. 25358/12, in www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1294, con commento di VIAVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli, ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*; si veda anche LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quad. cost.*, 2015, 472 ss.

In argomento si veda anche VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a Confronto*, in *Fam. e dir.*, 2015, 306 ss.

¹⁶ Come già affermato in altri precedenti (CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.6.2014, ric. 65951/11 e ric. 65192/11, in questa *Rivista*, 2014, I, 1132 ss., con nota di CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*) la Corte riconosce che la mancata trascrizione di atti di nascita stranieri possa entrare in contrasto con l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, configurando un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare dei soggetti coinvolti, *intended parents* e minori, ma in virtù di un espediente procedurale - il provvedimento impugnato nel caso di specie è quello della Corte di Appello, e dunque non possono dirsi esauriti tutti i gradi di giudizio interni, mancando il ricorso in Cassazione - non si è pronunciata espressamente sul punto.

¹⁷ Sottolinea l'attuale approccio della giurisprudenza nostrana, che tende "a tutelare il *best interest* dei minori in conformità alla scelta genitoriale espressa nel ricorrere alla maternità per sostituzione - seppur corrispondente ad una pratica da noi ritenuta illecita - purché vi sia alla

base della filiazione un substrato biologico minimo" DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615 ss., 631.

¹⁸ MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia, relazione tenuta al Convegno Persona e comunità familiare*, (Salerno, 28-29.9.2012), in www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/convpersona_mazzu_modelli.pdf.

¹⁹ In argomento SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene, 2013, *passim*.

²⁰ Sul punto si vedano anche DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, cit., 645 e VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a Confronto*, cit., 312.

²¹ Cfr. CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, in *Fam. e dir.*, 2015, 926 ss., in part. 933; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI, II, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, Giuffrè, 2011, 1537 ss.

²² BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica i soggetti*, 1990, Giuffrè, 26 s. (corsivo nostro).

²³ Personalmente non ritengo che la pratica procreativa riconducibile alla locuzione "maternità surrogata" debba essere genericamente legittimata, ma - prescindendo da valutazioni soggettive - considero necessario che gli operatori giuridici, preso atto di una realtà sociale

2. Rapporti di filiazione omogenitoriale, adozione da parte dei *single* e matrimoni *same sex*: oltre il limite dell'ordine pubblico.

Rimanendo sul piano della circolazione degli *status*, quello che la Corte di Strasburgo sollecita e suggerisce alle Corti nazionali è di utilizzare la clausola generale del “*best interest of the child*” quale “contro-limite” rispetto ai divieti posti dagli ordinamenti statali in materia di *status filiationis*²⁴ formati all'estero.

Nell'utilizzare il “filtro” dell'ordine pubblico il problema che le Corti interne affrontano (o dovrebbero affrontare) non è quello di giudicare la liceità o non liceità dell'atto²⁵ - formatosi altrove sulla base di una legislazione straniera - ma quello di valutare in concreto se l'effetto prodotto - l'attribuzione di un rapporto di filiazione, eventualmente privo di un legame biologico, al di fuori dei casi di fecondazione eterologa e alla pratica dell'adozione così come legislativamente disciplinate - sia o meno inaccettabile per il nostro ordinamento, in quanto incompatibile con i principi etici, economici, politici dell'ordinamento stesso.

Il tema si pone non solo con riferimento alla maternità surrogata, ma anche rispetto ai rapporti di filiazione omogenitoriale²⁶.

Riguardo tali ultime fattispecie, caduta la presunzione di contrarietà all'ordine pubblico dei matrimoni *same sex* per espressa affermazione della Corte di legittimità²⁷, e accertata l'assoluta neutralità dell'orientamento sessuale del genitore rispetto all'idoneità genitoriale²⁸, il fatto che tanto la disciplina legislativa nazionale sulla PMA²⁹ quanto quella sulla adozione³⁰ presuppongano la presenza (a) di una coppia (b) composta da un uomo e una donna, per accedere ad entrambe, ci appare quale manifestazioni di un “anacronismo” legislativo, piuttosto che l'affermazione di un principio di diritto fondante l'ordinamento da tutelare sollevando il vessillo dell'ordine pubblico.

Ciò nonostante, non si può non prendere atto di come il disegno di legge sulle unioni civili - attualmente in discussione al Senato - non solo non preveda alcuna modifica della legge n. 40/2004 - lasciando inalterato il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ai *single* come alle coppie omosessuali³¹ - ma si dubita persino possa arrivare a concedere a queste ultime la c.d. *stepchild adoption*, cioè l'adozione del bambino già riconosciuto come figlio di uno solo dei due (possibilità, peraltro, di recente avallata dalla giurisprudenza di merito)³², continuando comunque - anche nella migliore delle ipotesi - a rendere

in continua evoluzione, mantengano vigile l'attenzione su tematiche che necessitano un costante, continuo confronto anche al fine di elaborare possibili strumenti di regolamentazione e tutela di situazioni sempre nuove, spesso scomode. In dottrina il dibattito non è mai sopito; *ex pluris* SESTA, *La filiazione*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, a cura di AULETTA, Giappichelli, 2011, 333 ss.

²⁴ La Corte di Strasburgo si è pronunciata negli stessi termini anche nei confronti di altri Paesi appartenenti all'Unione come, ad esempio, la Francia (CORTE EUR. DIR. UOMO, 26.6.2014, ric. 65192/11, in questa *Rivista*, 2014, I, 1132 ss., con nota di CAMPIGLIO, cit.). Il tema è oggetto di discussione anche in Spagna: si veda quanto evidenziato da PALMIERI, *Riflessioni a margine della pronuncia di appello di Torino del 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA*, in questa *Rivista*, 2015, I, 241 ss.

²⁵ Si soffermano sull'aspetto della illiceità/immeritevolezza del contratto di maternità surrogata concluso all'estero RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., e MENDOLA, *Interesse del minore tra ordine pubblico e divieto di maternità surrogata*, in *Vita not.*, 2015, 673 ss.

²⁶ Sul tema specifico FERRARI, *Lo statuto giuridico dell'omogenitorialità in Italia e in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 111 ss.

²⁷ CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 456 ss. con commento di PATTI, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*.

²⁸ A livello nazionale, *ex pluris*, CASS., 11.1.2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, 1193 con nota di CASABURI; in *Fam. e dir.*, 2012, 170, con nota di RUSCELLO; in *Corr. giur.*, 2013, 893 con nota di BALESTRA; a livello europeo CORTE EUR. DIR. UOMO, 2.1.2008, E.B. c. Francia in questa *Rivista*, 2008, I, 667.

²⁹ Recente giurisprudenza di merito, partendo dalla considerazione che “la Cassazione, con la decisione sul divieto di disconoscimento di paternità da parte del marito della coppia che ha dato il consenso all'inseminazione eterologa alla moglie (sentenza n.2315/1999) ha sovvertito il principio secondo il quale la verità biologica fonda il rapporto di filiazione”, e che, “il concetto di ordine pubblico deve essere declinato con riferimento all'interesse del minore”, ha autorizzato la trascrizione dell'atto di nascita di un

minore nato all'estero da coppia omosessuale ivi coniugata, che aveva fatto ricorso alla tecniche di procreazione medicalmente assistita, garantendo “una copertura giuridica ad una situazione giuridica di fatto in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri”. Così APP. TORINO, 29.10.2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 822 ss., con nota di FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*; in questa *Rivista*, 2015, I, 441 ss., rispetto alla quale si veda il commento di PALMERI, *Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino*, cit., 241 ss.

³⁰ Sul tema specifico FERRARI, *Il legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore?*, commento all'ordinanza del TRIB. MIN. BOLOGNA, 10.11.2014, in questa *Rivista*, 2015, I, 387, con la quale il giudice del merito ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della l. 4.5.1983, n. 184, nella parte in cui impediscono di valutare al giudice l'interesse del minore con riguardo all'adozione co-parentale, quando questa si fonda su un coniugio improduttivo di effetti giuridici *ad interno*.

³¹ Il che già fa presumere un futuro intervento del giudice delle leggi per tornare ad affermare ancora una volta la necessità di estendere alla coppia omosessuale gli stessi diritti di quella eterosessuale, principio ribadito più volte dalla Corte costituzionale, in ossequio al principio di non discriminazione; in tema CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 7 ss., in part. 42 s.; SEGNI, *Matrimonio omosessuale: novità dall'Europa?*, in *Fam. e dir.*, 2014, 672-679. Sul punto le lucide e condivisibili osservazioni di MAROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in questa *Rivista*, 2015, II, 142 ss., in part. 146 s.

³² TRIB. MIN. ROMA, 30.7.2014 ha, infatti, per la prima volta in Italia consentito un'adozione (*ex art. 44, comma 1, lett. d*), l. n. 184/1983) in una famiglia omogenitoriale, da parte della compagna della madre biologica del minore. La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2015, I, 109, con nota LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, e in *Dir. fam e pers.*, 2015, I, 176 ss. con nota di CIPRIANI. A livello sovranazionale si segnala CORTE EUR. DIR. UOMO, G.C., 19.2.2013, ric. 19019/07, *X and Others v. Austria*. Si vedano tuttavia

inaccessibile alla coppia omosessuale - così come ai *single* e alle coppie di fatto³³ - l'adozione piena.

Non è necessario atteggiarsi a sacerdotessa del tempio di Apollo per prevedere che, se il progetto di legge dovesse pervenire all'approvazione senza subire opportune modifiche, ancora una volta³⁴ saranno i cittadini ad adire più e più volte l'autorità giudiziaria per ottenere nelle aule di tribunale - prima nazionali e poi internazionali - il riconoscimento di quei diritti che le aule parlamentari dimostrano di non essere in grado di formalizzare.

Ancora una volta uno dei principali banchi di prova riguarderà situazioni che implicano il riconoscimento degli *status* familiari in ordinamenti diversi.

Così come avviene per l'adozione di minori da parte dei *single*³⁵, il mancato o solo parziale riconoscimento nel nostro ordinamento di *status filiationis* perfezionati all'estero potrà essere giustificato dalle corti nazionali - in ragione della approvazione della nuova normativa - per la presenza nella disciplina interna di limiti e presupposti diversi rispetto a quelli accolti nell'ordinamento terzo, pur in quei casi - si badi bene - in cui non sia possibile riscontrare il contrasto degli effetti del riconoscimento dell'atto straniero con l'ordine pubblico³⁶.

Dinanzi alla Corte di Strasburgo, tuttavia, tali even-

tuali argomentazioni non potranno che essere sanzionate perché: (a) il mancato riconoscimento di un provvedimento straniero costituisce un'ingerenza legittima, solo se proporzionata al soddisfacimento di bisogni sociali "imperativi" dello Stato, che si concretizzano nella difesa della identità giuridico-costituzionale dell'ordinamento³⁷; (b) nelle decisioni che coinvolgono i minori, il *best interest of the child* si realizza attraverso la preservazione della vita familiare e il riconoscimento pieno dello *status filiationis*, espressione "giuridica" della loro vita privata.

In attesa che si realizzi "uno spazio giuridico europeo della famiglia"³⁸, i differenti modelli familiari europei (ed anche extraeuropei) non possono che continuare a essere "armonizzati" dal basso³⁹, dal dato fattuale, attraverso un approccio internazionale-privatistico che, soprattutto nelle situazioni nelle quali sono coinvolti minori, deve ispirarsi in primo luogo al principio della continuità transnazionale degli effetti di *status* familiari validamente e stabilmente costituiti all'estero.

Ancora più impervia appare, tuttavia, la via dell'armonizzazione dal basso quando i "diritti" - che si vuole vengano riconosciuti attraverso la continuità transnazionale dello *status* - interessano soggetti adulti.

Quella parte della dottrina⁴⁰ che ha indagato sulla possibilità di aggirare l'inerzia legislativa in materia di

gli opportuni rilievi di MAROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, cit., in part. 146-148. A questa prima sentenza ha fatto seguito una nuova sentenza dello stesso TRIB. MIN. ROMA, 22.10.2015, di analogo contenuto, consultabile sul sito www.osservatorio-famiglia.it e da ultimo la recentissima APP. MILANO, 16.10.2015, in www.articolo29.it, con la quale la Corte ha ordinato la trascrizione piena e legittimante di una bambina nata da due donne in Spagna.

³³ Anche con la l. 19.10.2015, n. 173 del sul diritto alla continuità affettiva dei bambini in affido, il legislatore italiano ha perso l'opportunità di adeguare la disciplina sulle adozioni in Italia ai canoni dei principali Paesi europei, in ottemperanza alle indicazioni evolutive fornite dalle convenzioni internazionali. La legge rende possibile alla coppia coniugata che avrà ricevuto più volte in affido lo stesso bambino di adottarlo, in caso sia impossibile il ritorno nella famiglia di origine. Questa possibilità è però negata ai *single* e alle coppie di fatto. Si determina così una discriminazione tra bambini posti in affidamento a coppie sposate e quelli posti in affidamento preso *single* o coppie di fatto, ai quali resterà solo la strada dell'art. 44 della legge sulle adozioni, ovvero il ricorso alle "adozioni in casi particolari". In particolare sull'affidamento etero-familiare a coppie omosessuali si vedano i contributi di RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità dei modelli familiari*, in *Corr. giur.*, 2014, 155 ss.; TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 275 ss.

³⁴ Note le vicende "giudiziarie" che hanno caratterizzato l'applicazione della l. n. 40/2004; sulle stesse *ex pluris*, di recente, FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in questa *Rivista*, 2014, II, 393 ss. Da ultimo CORTE COST., 5.6.2015, n. 96, è intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. 19.2.2004, n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), l. 22.5.1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche.

³⁵ Cass., 11.2.2011, n. 3572, ha escluso che soggetti "singoli" (non

coniugati) possano ottenere, ai sensi dell'art. 36, comma 4, l. n. 184/1983, il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con gli effetti legittimanti. La sentenza è pubblicata in *Fam. e dir.*, 2011, 697 ss. con nota di ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*; è commentata anche in *Corr. giur.*, 2011, 597 ss., da CARBONE, *Adozione di minore in Italia da parte di un singolo tra regole e aspirazioni*. Non è superfluo ricordare che la Convenzione di Strasburgo in materia di adozione del 1967 - di cui l'Italia è firmataria - prefigura la possibilità di adozione da parte di una persona singola e i legislatori della maggior parte dei paesi europei ammettono, ormai, l'adozione da parte di soggetti *single*, anche omosessuali; in argomento un'attenta rassegna di TUO, *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in *Fam. e dir.*, 2015, 850 ss.

³⁶ Nella citata sentenza (nota precedente) la Cassazione pur non mettendo in discussione la riconoscibilità in sé delle adozioni da parte dei *single* in ragione di un preteso contrasto con l'ordine pubblico - contrasto espressamente negato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 3.10.1992, n. 10923) ed implicitamente dalla Corte costituzionale (CORTE COST., 16.5.1994, n. 183) - afferma - per negarne la riconoscibilità in concreto - che a proposito dell'adozione legittimante la l. n. 184/1983, all'art. 6, pone il *principio conformatore dell'istituto* (corsivo nostro) secondo il quale tale adozione è consentita solo "a coniugi uniti in matrimonio", avendo il legislatore ritenuto tale situazione opportuna e necessaria nell'interesse del minore.

³⁷ CORTE EUR. DIR. UOMO, 28.6.2007, ric. 76240/01, *Wagner c. Lussemburgo*.

³⁸ In tema PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, 529 ss., *passim*; CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, cit., in part. 26 ss.

³⁹ BUSNELLI-VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767 ss.; sottolinea i limiti e gli inconvenienti di un'armonizzazione internazionale-privatistica SCALISI, *'Famiglia' e 'famiglie' in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.

⁴⁰ CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di PATTI e CUBBEDDU, Giuffrè, 2011, 683 ss., in part. 699 ss.

convivenza o unioni di fatto (eterosessuali o omosessuali) ricorrendo alla disciplina contenuta in un altro ordinamento membro dell'Unione, per poi chiederne il riconoscimento degli effetti in Italia, ritiene che un tale "percorso" sarebbe ostacolato - almeno dal punto di vista formale⁴¹ - dal limite dell'ordine pubblico, "atteso che il nostro ordinamento riconosce, anche a livello di norme fondamentali, la costruzione di una famiglia solo a seguito della contrazione di un vincolo matrimoniale".

Il percorso, come noto⁴², è stato tentato da alcune coppie *same sex* che hanno chiesto il riconoscimento in Italia di matrimoni (non mere unioni) contratti all'estero e ha portato, dopo alterne vicende, la Cassazione⁴³ ad affermare che tali matrimoni non sono contrari all'ordine pubblico⁴⁴ né inesistenti, ma restano, comunque, non trascrivibili data la "loro inidoneità a produrre (...), qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano".

Escluso il ricorso al limite dell'ordine pubblico⁴⁵, residua per la Cassazione un giudizio di inidoneità del matrimonio tra persone dello stesso a produrre effetti nel nostro ordinamento, perché "non previsto tra le ipotesi legislative di unione legale"⁴⁶, ovvero, precisa la dottrina⁴⁷, per carenza di una delle "condizioni per contrarre matrimonio" regolate dalla legge nazionale, secondo il chiaro disposto dell'art. 27, L. 218/1995, che, al pari degli altri requisiti (di età, di capacità, di stato libero o inerenti ai rapporti parentali) debbono sussistere anche in ipotesi di matrimonio celebrato all'estero perché il matrimonio sia idoneo a produrre effetti in Italia". Sennonché, per quanto concerne il requisito relativo alla libertà di stato, quanto meno,

non si può non osservare che sia proprio il limite dell'ordine pubblico⁴⁸ (venuto meno per i matrimoni *same sex*) a determinare il rifiuto del riconoscimento dell'atto di matrimonio concluso all'estero in suo sprezzo (come nel caso della poligamia)⁴⁹.

Il concetto d'inefficacia senza dubbio richiama l'idea di una fattispecie perfetta, ma che, per la mancanza di una circostanza esterna (ad es. avveramento della condizione sospensiva) non può conseguire gli effetti che le sono propri; gli atti stranieri, intrinsecamente validi nel Paese di origine, di cui si chiede il riconoscimento in Italia vengono qualificati dalla dottrina internazionale-privatistica "inefficaci" allorché non possano conseguire effetti nel territorio dello Stato, proprio perché contrari all'ordine pubblico⁵⁰. Dal che, delle due l'una: o i matrimoni *same sex* sono contrari all'ordine pubblico e, di conseguenza, inefficaci, oppure non lo sono e, quindi, debbono considerarsi efficaci.

Ci sembra, in definitiva, che la scelta dei giudici di Piazza Cavour di richiamarsi alla nozione di inefficacia - richiamo che i commentatori più attenti non hanno potuto non stigmatizzare⁵¹ - non sia altro che un debole *escamotage* per uscire dall'*impasse* in cui la "messa fuori gioco"⁵² del "limite" dell'ordine pubblico li ha portati, essendo mancato loro il coraggio di condurre il cammino intrapreso⁵³ sino alle sue ineludibili conseguenze logiche.

Che si tratti di un'*impasse* da cui non sia facile uscire, se non sfuggendo al pur doveroso onere di soffermarsi sulla qualificazione "squisitamente dogmatica del vizio"⁵⁴ che affligge(rebbe) il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso, lo dimostra la recentissima sentenza del Consiglio di Stato⁵⁵, che -

⁴¹ "Il limite dell'ordine pubblico assume in questo caso il significato concreto di una misura nazionale che impedisce gli effetti della libertà di circolazione, che i soggetti esercitano nell'accedere a una disciplina vigente in un altro ordinamento membro, e quindi non può sottrarsi ad un giudizio di legittimità comunitaria alla luce di proporzionalità e ragionevolezza", così, di seguito, CAGGIA, *op. cit.*, 699.

⁴² Le vicende che hanno riguardato la trascrivibilità o meno dei matrimoni *same sex* contratti all'estero sono giunte sino agli onori della cronaca, sollevando non pochi contrasti socio-politici; numerosi i commenti della dottrina; *ex pluris*, RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861 ss.

⁴³ CASS., 15.3.2012, n. 4184, cit.

⁴⁴ La contrarietà all'ordine pubblico dei matrimoni *same sex* era stata sancita in passato da alcuni giudici di merito, tra le tante TRIB. LATINA, 10.6.2005, in questa *Rivista*, 2006, I, 86 ss., con nota (critica) di BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*.

⁴⁵ Impensabile porlo come limite al riconoscimento dei matrimoni *same sex* dopo che CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, ha comunque riconosciuto le unioni omosessuali (tra le quali non possono non farsi rientrare anche i matrimoni *same sex* contratti all'estero) quali formazioni sociali, in cui si sviluppa la personalità individuale, tutelate *ex art. 2 Cost.*

⁴⁶ Così, da ultimo, Cass., 9.2.2015, in *Corr. giur.*, 2015, 915 e, con nota di FERRANDO, *Matrimonio same-sex: Corti di cassazione e giudici di merito a confronto*.

⁴⁷ FERRANDO, *op. ult. cit.*, 922.

⁴⁸ Salvo poi utilizzare il principio del c.d. ordine pubblico attenuato

per salvaguardare, anche nel rifiuto del riconoscimento dell'atto, la posizione dei soggetti coinvolti nel rapporto, soprattutto dei minori. Per maggiori approfondimenti sul tema cfr. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, 343 ss., consultabile all'indirizzo <http://giupint.unipv.it/publicazioni/dirittofamigliaIslamico.php>.

⁴⁹ Si rinvia per una attenta disamina a SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa tradizione. I casi della poligamia e della kafala di diritti islamico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 533 ss.

⁵⁰ FUMAGALLI, *L'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazioni e studi*, Università di Milano, Istituto di Diritto Internazionale e Straniero, 1985, 593 ss., 611.

⁵¹ Emerita dottrina ne parla come di una "soluzione non soddisfacente", RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 7, 861 ss., 864. Si vedano anche le osservazioni di CAMARDI, *Diritti fondamentali e "status" della persona*, cit., 33 ss.

⁵² L'espressione è di FERRANDO, in *Matrimonio same-sex*, cit., 922, nt. 38.

⁵³ Cfr. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, cit., 862.

⁵⁴ Ci si limita in questa sede a rammentare le parole di un grande maestro: "La dogmatica ha una funzione regolativa che la qualifica come uno dei vincoli dell'argomentazione giuridica" MENGONI, *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, 51, *passim*.

⁵⁵ CONS. STATO, 26.10.2015, n. 4897, consultabile all'indirizzo online di Guida al dir.

nel negarne la trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano - lo qualifica quale atto “*radicalmente invalido (cioè nullo) o inesistente (...) incapace, nel vigente sistema di regole, di costituire tra le parti lo status giuridico proprio delle persone coniugate (con i diritti e gli obblighi connessi) proprio in quanto privo dell' indefettibile condizione della diversità di sesso dei nubendi, che il nostro ordinamento configura quale connotazione ontologica essenziale dell'atto di matrimonio*”.

Viene ribadito, nella motivazione della sentenza del Consiglio di Stato, l'argomento basato sulla “inesistenza” dell'atto matrimoniale contratto da persone *same sex*, in quanto presupposto “ontologico” del matrimonio sarebbe la diversità di sesso tra coniugi, tesi già abbandonata dalla Corte di cassazione⁵⁶, che pur l'aveva sostenuta in pronunce più risalenti, ma che da ultimo l'ha definitivamente accantonata, ritenuto che la diversità di sesso dei nubendi, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo sul punto, non possa più considerarsi requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile (*sic*). Si affaccia, da ultimo, l'istituto della nullità - sanzione con cui l'art. 1418 cod. civ. colpisce il negozio la cui causa, i motivi rilevanti, l'oggetto o la condizione apposta siano contrari all'ordine pubblico - che finisce con il riportarci al consueto bivio: o i matrimoni *same sex* sono contrari all'ordine pubblico e, di conseguenza, nulli, oppure non lo sono e, quindi, sono validi ed efficaci.

L'*impasse* - è evidente - trova origine nella dicotomia tra l'atto (“alieno”) - astrattamente valido ed efficace - e il rapporto - che il diritto domestico ha il problema di regolamentare nell'assenza di una pur reclamata disciplina normativa.

La giurisprudenza di merito, meno condizionata dai dibattiti politico-istituzionale sul punto, si confina nella “tipicità” del procedimento giudiziale e, nel ricordare come l'atto di matrimonio validamente contratto all'estero di cui si chieda la trascrizione in Italia, non può che essere tenuto distinto dal rapporto stesso⁵⁷, rileva che la sua eventuale intrascrivibilità “*atteso che nel nostro ordinamento, come si è detto, non è né vietato*

né considerato inesistente, né contrario all'ordine pubblico, si traduce nel mancato riconoscimento di uno status acquisito validamente all'estero che l'individuo ha diritto a vedersi riconosciuto in quanto tale, a prescindere da ogni ulteriore considerazione sul fatto che da questo diritto possano sorgere un complesso di diritti e doveri che costituiscono appunto il rapporto. Lo status ha, infatti, effetti giuridici e sociali immediati, la cui negazione non appare giustificata sulla scorta di una pretesa inapplicabilità della disciplina codicistica a coniugi aventi un orientamento omosessuale. Il diritto a vedersi riconosciuti come parte di una medesima famiglia (e sulla inclusione delle unioni omosessuali in tale realtà giuridico-sociale non possono più aversi dubbi) non può essere negato sol perché nelle norme che disciplinano il rapporto matrimoniale vengono utilizzati termini quali “marito” e “moglie”, attesa la ormai acquisita eguaglianza dei coniugi nella disciplina che regola il rapporto matrimoniale”. (...). L'imperativo sociale che, nella giurisprudenza CEDU, secondo la dottrina del margine di apprezzamento, consente, ove sia proporzionale allo scopo, la diversità di trattamento di situazione analoghe, non può essere costituito da una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, anche ove tale discriminazione possa ritenersi parte della tradizione di un Paese”⁵⁸.

Non c'è che da augurarsi che le riflessioni sviluppate dal Tribunale di Grosseto siano da monito al nostro legislatore, affinché non perda l'occasione - ancora una volta - per provare a svolgere con serietà e dignità il suo compito, nel rispetto di una sovranità statale laica, ispirata agli irrinunciabili principi di solidarietà e uguaglianza.

Al fine di non “alimentare il germe della discriminazione”⁵⁹, “istituire il necessario collegamento tra solidarietà e uguaglianza” è passaggio ineludibile⁶⁰: se la famiglia è luogo di elezione per lo sviluppo e il rafforzamento di “rapporti di solidarietà personale”, riservare solo a quella fondata sul matrimonio tale riconoscimento⁶¹ - soprattutto se l'istituto in questione resta ontologicamente legato alla diversità di sesso dei nubendi - si palesa come un privilegio, una ingiusta ed ingiustificata attribuzione di diritti esclusivi⁶².

⁵⁶ Cass., 15.3.2012, n. 4184, cit.

⁵⁷ TRIB. GROSSETO, 26.2.2015, in *Corr. giur.*, 2015, 911 ss., con nota di FERRANDO, cit.

⁵⁸ In dottrina si leggano le vibranti parole di BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*, cit., in part. 97.

⁵⁹ In America la Corte Suprema, con la sentenza *Obergefell v. Hodges* (2015), ha riconosciuto alle coppie di persone dello stesso sesso il diritto fondamentale di contrarre matrimonio e ha stabilito che le leggi statali che lo vietano sono contrarie al XIV emendamento della Costituzione federale; se ne veda il commento di VIGLIONE, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in questa *Rivista*, 2015, II, 589 ss.

⁶⁰ Appare utile ricordare come Giorgio Oppo nella relazione tenuta al convegno sul tema “*I principi generali del diritto*” a Roma, nel maggio del 1991, affermava: “I sommi principi costituzionali, capaci di coin-

volgere gli istituti privatistici benché la loro radice attenga alla stessa struttura della società e dello Stato, (...) appiano in estrema sintesi essere i seguenti: inviolabilità dei diritti umani e quindi essenzialmente principi di libertà e dignità, principio di solidarietà (politica, economica, sociale e familiare); principio di uguaglianza”: OPPO, *L'esperienza privatistica, Relazione agli Atti dei lavori del convegno “I principi generali del diritto”*, Roma, 27-29.5.1991, 221.

⁶¹ “Quando la convivenza si allarga ad altri soggetti solitamente si riproduce, sempre sul piano dei fatti, una serie di aspettative e di apporti analoga a quella che nella famiglia legittima è imposta oltre che dalla solidarietà familiare, dalla legge”, così RESCIGNO, in *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della “mediazione familiare”*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 73 s.

⁶² Nel rispetto del principio di uguaglianza (art. 3 della Costituzione) il nostro legislatore è tenuto “a legiferare per situazioni e non per

3. Le sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio e la “convivenza” stabile e riconoscibile come principio di ordine pubblico “interno”.

Sempre al limite dell'ordine pubblico, ma questa volta del c.d. ordine pubblico “interno”⁶³, si sono di recente appellate le sezioni unite della Cassazione⁶⁴ per sancire l'impossibilità di delibazione in Italia di sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimoni canonici trascritti, allorché dalla data della trascrizione i coniugi abbiano continuato a convivere stabilmente e riconoscibilmente come tali per tre anni⁶⁵.

Il limite dell'ordine pubblico viene, in questo caso, avvocato per impedire la delibazione nel nostro Stato di sentenze dell'ordinamento ecclesiastico, in ottemperanza alle norme di fonte pattizia che nel regolare i rapporti Stato-Chiesa Cattolica, rinviano agli abrogati artt. 796 e 797 del codice di rito, mantenendone in vita l'effettività in quanto recepiti all'interno del trattato⁶⁶.

La sentenza canonica che sancisce la nullità per vizio genetico del matrimonio-atto viene, dunque, sottoposta al vaglio del giudice nostrano che prima di dichiararne l'efficacia, deve accertare che la stessa non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano (corsivo nostro)⁶⁷.

In questo contesto normativo le sezioni unite della Cassazione - determinando un epocale capovolgimento di indirizzo giurisprudenziale⁶⁸ - hanno stabilito che la convivenza protratta per almeno un triennio dopo le

nozze, connotata da riconoscibilità esteriore, rappresenta un principio di ordine pubblico interno, posto a presidio di interessi generali, ovvero a garanzia della sovranità dello Stato laico, e dunque osta alla delibazione di sentenze canoniche che sanciscano la nullità del matrimonio-atto.

La convivenza, la situazione “fattuale”, viene assunta a valore assoluto dell'“ordine pubblico familiare” quale elemento caratterizzante del matrimonio-rapporto che, pur trovando fondamento e origine nel matrimonio-atto, si affranca da quest'ultimo e se ne distingue in termini di “ragioni, disciplina e tutele distinte”. Così viene superato, capovolto, il precedente indirizzo giurisprudenziale per il quale “la convivenza tra coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non è (*rectius*, era) espressiva delle norme fondamentali che disciplinano l'istituto data la inesistenza nelle norme costituzionali di un principio chiaramente evincibile circa la prevalenza del matrimonio-rapporto sul matrimonio-atto, anche se viziato”.

Sebbene mai richiamata, risulta chiara la *ratio decidendi* “sostanziale”⁶⁹, sottesa alla decisione: impedire che al coniuge “debole”, a seguito della sentenza di nullità, pronunciata anche anni dopo la celebrazione dell'atto matrimoniale, sia concessa la tutela economica minimale garantita dagli artt. 129 e 129-bis del cod. civ., “insufficiente in sé e vistosamente iniqua se paragonata al regime previsto per l'assegno divorzile”⁷⁰.

Meno “chiaro” il percorso argomentativo che condu-

sogetti”, così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 38 s., che individua nel principio di uguaglianza l'unico principio, l'unica norma, che riesce a trovare diretta applicazione nei rapporti tra privati.

Le frasi virgolettate sono tratte dalle belle pagine di RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, 51-54; sempre in tema, ID., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 291 ss.

⁶³ Per alcune osservazioni critiche sull'uso specifico della locuzione “ordine pubblico interno” si veda quanto scritto da LAGOMARSINO, *L'ordine pubblico e il matrimonio rapporto nella trascrizione in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1307, in particolare “lo specificativo “interno” presuppone l'esistenza di un “ordine pubblico internazionale”, bipartizione sulla quale non riusciamo a concordare. Infatti, se essa può giustificarsi nel diritto internazionale pubblico, ove si confrontano una pluralità di Stati, ciascuno titolare di una sovranità autonoma, diversamente deve ritenere nel diritto internazionale privato, che in quanto generato e governato dalla sovranità di un solo Stato - nella specie quello italiano - circoscrive la propria operatività al territorio dello stesso. Non può, pertanto, condividersi l'uso del qualificativo “interno” in tale contesto, in quanto fuorviante per gli operatori del diritto”.

⁶⁴ Con due sentenze gemelle, CASS., sez. un., 17.7.2014, nn. 16379-16380, in *Corr. giur.*, 2014, 1196 ss., con commento di CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*; in *Giur. it.*, 2014, 2111 ss., con commento di COLAIANNI, *Convivenza «come coniugi» e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*; in *Foro it.*, 2015, I, 388 ss., con commento di CASABURI, *Nullità del matrimonio atto e convivenza postmatrimoniale: le matroske di piazza Cavour*, 627 ss.; e in questa *Rivista*, 2015, I, 36 ss., con nota di ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica*

dell'ordinamento, 50 ss.

⁶⁵ Tuttavia la convivenza triennale non è ostativa alla delibazione nel caso di domanda congiunta ovvero, qualora non sia eccepita, a pena di decadenza, dalla controparte in caso di domanda proposta da uno soltanto dei coniugi.

⁶⁶ La normativa internazionale-privatistica non si applica alle sentenze ecclesiastiche perché la l. 31.5.1995, n. 218 fa salve espressamente le Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, quali, appunto, i Patti lateranensi, in argomento COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *www.statochiese.it*; criticamente anche MARTINELLI, *La “prolungata convivenza come coniugi” ovvero il letti di procuste delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 733 ss.

⁶⁷ L'ormai abrogato art. 797 cod. proc. civ. stabiliva, infatti, letteralmente che: “La corte d'appello dichiara con sentenza l'efficacia nella Repubblica della sentenza straniera quando accerta: (...) 7) che la sentenza non contiene disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano”.

⁶⁸ Dopo CASS., sez. un., 20.7.1988, n. 4700, in *Foro it.*, 1988, 427, con nota di QUADRI, si era consolidato un orientamento giurisprudenziale di ordine opposto, secondo il quale la convivenza prolungata dei coniugi antecedente alla sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, non risultava ostativa alla delibazione della stessa. Per maggiori riferimenti, anche giurisprudenziali, CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale*, cit.

⁶⁹ PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale, antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 575 ss.

⁷⁰ Così ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, cit., 60. Sebbene la decisione finale fosse stata opposta a quella odierna, l'iniquità era stata a suo tempo segnalata dalla stessa CASS., sez. un., n. 4700/1988, cit.

ce alla pronuncia e alcuni “discutibili accomodamenti” della stessa⁷¹, che sono stati ampiamente criticati⁷².

Quel che più interessa in questa sede, tuttavia, è rilevare come la Cassazione - nell'intento di dare risposta a istanze di giustizia sostanziale in assenza di una pur invocata presa di posizione da parte del legislatore - giunga a “modificare” il concetto di ordine pubblico, elevando la convivenza (protratta per almeno un triennio dopo le nozze, connotata da riconoscibilità esteriore) a “principio ordinatore” della materia, e individuando nella stessa - nella convivenza - la fonte di una pluralità di “diritti inviolabili” e “doveri inderogabili”, di “aspettative legittime” e di “legittimi affidamenti” dei figli e dei coniugi stessi, “sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari”.

L'affermazione è così “vigorosa” - anche nell'ampiezza dei richiami normativi sovranazionali citati in motivazione⁷³ - da poter far credere che fonte di diritti e doveri non sia più l'“atto” - il matrimonio -⁷⁴ ma il dato fattuale della “convivenza”, non mera coabitazione, ma “consuetudine di vita in comune, il vivere insieme stabilmente e con continuità nel corso del tempo e per un tempo significativo tale da costituire *legami familiari*”. Sembra riemergere il modello di famiglia della tradizione romana che, a prescindere da ogni atto costitutivo formale, individuava la rilevanza della famiglia proprio nella continuità del rapporto di convivenza caratterizzato dalla cura reciproca fra i suoi membri e lo vedeva rafforzato dalla fecondità procreativa, garanzia della propria stabilità⁷⁵.

Il “principio”, estrapolato dallo specifico contesto e applicato a quello delle convivenze di fatto potrebbe avere effetti dirimpenti⁷⁶, non solo nelle situazioni espressamente regolate da specifici accordi⁷⁷, ma anche in tutte quelle situazioni prive di un “accordo”, per così dire, formale⁷⁸. Se si dovesse, infatti, attribuire valenza generale alla affermazione che vede diritti e

doveri “familiari” trovare la loro fonte nella convivenza - per quanto una convivenza per così dire “qualificata”, duratura e riconoscibile - ovvero discendere dal dato “fattuale”, e non più dall'atto di volontà, dall'atto costitutivo del rapporto, sia esso identificato nell'atto matrimoniale o nell'accordo (tacito o espresso) di convivenza, l'equiparazione⁷⁹ fra famiglia fondata sul matrimonio e famiglia non fondata sul matrimonio avverrebbe “di fatto” (il gioco di parole è inevitabile), in ragione del semplice perdurare di un rapporto stabile ed esteriorizzato⁸⁰, aprendo la strada all'applicazione analogica di tutta la disciplina normativa prevista per la prima, la famiglia legittima, alla seconda, la famiglia di fatto⁸¹.

L'ipotesi interpretativa prospettata - più ipotetica che reale - si palesa oltremodo provocatoria, posto che tutta la ricostruzione argomentativa delle sezioni unite, partendo dalla dicotomia matrimonio atto - matrimonio rapporto, finisce con il far assurgere il secondo a valore assoluto dell'ordine pubblico (*ratione materiae*) proprio in ragione dei riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare fondato sul primo, l'atto costitutivo.

Ciò non di meno il far assumere alla convivenza, alla situazione “fattuale”, un ruolo centrale nella ricostruzione dell'istituto, implica una rilettura dello stesso in senso evolutivo che, attraverso un progressivo spostamento dell'attenzione dell'interprete dal dato formale (l'atto) a quello sostanziale (il rapporto), porta a individuare nelle modalità di articolazione del vincolo, piuttosto che nell'atto costitutivo dello stesso, il parametro di qualificazione giuridica della categoria.

4. Il mutevole concetto di ordine pubblico.

Il breve *excursus* appena compiuto sollecita qualche riflessione sul concetto⁸² di ordine pubblico e sull'uso

⁷¹ Così PASQUALI CERIOLO, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla “delibazione” delle sentenze ecclesiastiche*, in *www.statocinese.it*, 23.

⁷² Per un'efficace sintesi si veda CASABURI, *op. cit.*; si rinvia per le critiche più compiute ai commenti di ROMA, *op. cit.*, e MARTINELLI, *op. cit.*, oltre che a quelle di COLAIANNI, *op. cit.*, e PASQUALI CERIOLO, *op. cit.*

⁷³ “Il percorso argomentativo delle Sezioni unite si mostra (...) più interessante, (...) allorché abbraccia la concezione ampia di “vita familiare” quale formazione sociale aperta desumibile dai nessi tra l'art. 2 Cost. e l'art. 8 Cedu. I dati favorevoli all'essenzialità della convivenza quale fonte di legami familiari emergono dal dialogo della più recente giurisprudenza del giudice delle leggi con la Corte di Strasburgo” così PASQUALI CERIOLO, *op. cit.*, 11.

⁷⁴ Che solo il matrimonio possa essere fonte di specifici diritti e doveri è riaffermato con forza da ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, cit., 60.

⁷⁵ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, 96 s.

⁷⁶ Parla di “conseguenze rivoluzionarie” nello stesso senso CASABURI, *Nullità del matrimonio atto e convivenza postmatrimoniale*, cit., 630.

⁷⁷ Fattispecie cui si riferiscono le riflessioni di MARTINELLI, *La “pro-*

lungata convivenza come coniugi”, cit., 765 s. Si attarda ad oggi nelle aule parlamentari il d.d.l. n. 1211 (o 14) recante la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto. In dottrina si rinvia a OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 325 ss.; ID., *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 165 ss.

⁷⁸ Cfr. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in questa *Rivista*, 2015, II, 671 ss., in part. 684 ss.

⁷⁹ Cfr. PERLINGERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.Vv., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, 140 ss.

⁸⁰ Un autore, con un'immagine tanto enfatica quanto efficace, ha parlato di “usucapione” dello “status”. MARTINELLI, *La “prolungata convivenza come coniugi” ovvero il letto di Procuste delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, cit., 766, anche nt. 97.

⁸¹ Sull'uso dell'analogia come possibile tecnica di disciplina delle convivenze non fondate sul matrimonio cfr. CAGGIA, *La convivenza*, in *Diritto della famiglia*, a cura di PATTI-CUBEDDU, 2011, 683 ss., in part. 689 ss.

⁸² La letteratura che riguarda l'ordine pubblico, tende spesso a definirlo quale clausola generale, concetto valvola, la cui caratteristica prin-

“integrativo” del diritto che di tale strumento può essere fatto, seppur nel limitato campo di indagine in cui ci siamo addentrati.

Come noto, l'ordine pubblico è una “nozione” variabile nel tempo e nello spazio “frutto della combinazione di fattori sociali e di specifiche condizioni storiche vigenti un certo sistema giuridico”⁸³. Varia nello spazio geografico, nei diversi ordinamenti, e nel tempo, posto che un certo “principio giuridico” può essere ritenuto fondamentale in un dato periodo storico e può cessare di esserlo in un momento successivo⁸⁴.

Come “ordine ideale o normativo”, “sistema coerente e unitario di valori e di principi che informano e fondano l'ordinamento di uno Stato” condividiamo l'opinione di chi ritiene esso si presenti necessariamente unico, unitario⁸⁵.

L'aggettivazione che ad esso si accompagna - internazionale o interno - non intende rinviare, nel primo caso, ad un ordine pubblico proprio della comunità internazionale e, nel secondo, ad un ordine pubblico solo interno, ma allude, piuttosto, all'ambito di operatività dello stesso, ossia alla circostanza che, nel primo caso, opera come limite in relazione a rapporti caratterizzati da elementi di estraneità del foro, c.d. rapporti transnazionali, mentre, nel secondo, opera nelle situazioni ‘totalmente interne’⁸⁶.

Da altro punto di vista, il fatto che il nostro ordinamento faccia parte di una comunità internazionale,

con la quale si confronta e interfaccia a più livelli, non ultimo quello giuridico, implica che negli anni l'ordine pubblico subisca “un'evoluzione sul piano dei contenuti”, che, da un lato, porta a un arricchimento, ampliando il novero di principi di derivazione “internazionale” in esso ricompresi⁸⁷, e, dall'altro, a un ripensamento del rilievo da attribuire ad alcuni principi originariamente ritenuti fondanti, fino a comportarne, in alcuni casi, il totale abbandono⁸⁸.

I principi di ordine pubblico altro non sarebbero che una “particolare esplicazione di quei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, ai quali fa esplicito riferimento l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale per stabilire la disciplina di una controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione normativa”⁸⁹. Più che svolgere una funzione di integrazione di fonti dell'ordinamento interno, l'ordine pubblico, tuttavia, sarebbe chiamato a svolgere una funzione di garanzia dell'ordinamento medesimo⁹⁰, evitando nelle ipotesi di “etero-integrazione”⁹¹ - intesa come “procedimenti di produzione giuridica geneticamente estranei” all'ordinamento - l'ingresso di atti giuridici provenienti da Paesi terzi, in quanto contrari ai principi generali che l'ordinamento rappresenta e tutela. “In tali situazioni, dunque, i principi generali esplicano la loro azione indirettamente, e cioè come limiti negativi di fronte ai quali si arresta, necessariamente, in caso di contrasto con essi, sia la norma stra-

capitale è quella di evolversi in ragione del divenire storico, politico, sociale, dell'ordinamento in cui trova applicazione, attraverso un processo di “concretizzazione” del contenuto specifico della clausola ad opera dell'interprete. Tuttavia, ci sentiamo di condividere l'opinione di chi (ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, 2007, 2-5) rileva come “il carattere di grande dinamismo”, “l'alta capacità di assorbimento del reale” proprio delle clausole generali “è condiviso solo in parte dalla nozione di ordine pubblico”, che “pur essendo un concetto che nasce e muta nella storia, conserva sempre nel suo contenuto un nucleo immutabile di “principi coincidenti con i principi unificatori dell'ordinamento”, nucleo forte, fondante della società, che si può far coincidere con l'ordine costituzionale, cfr. in tal senso MODUGNO, voce «Principi generali dell'ordinamento», in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Ed. Enc. it., 1990, 8. Sulla differenza tra principi generali e clausole generali MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Atti dei lavori del convegno dell'Accademia dei Lincei “I principi generali del diritto”*, Roma, 27-29.5.1991, 323 s..

⁸³ FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè 2012, 11.

⁸⁴ BENVENUTI, *Il diritto internazionale privato*, in *Manuale di diritto privato europeo*, I, a cura di CASTRONOVO-MAZZAMUTO, Giuffrè, 2007, 165 ss.

⁸⁵ PALADIN, voce «Ordine Pubblico», nel *Noviss. Digesto it.*, XII, Utet, 1965, 130 ss.

⁸⁶ Cfr. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, cit., 20 ss., ove, tuttavia, l'autrice sostiene che la differenza tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno sia netta: da un punto di vista “funzionale” “il primo sostituisce il limite all'applicazione del diritto straniero e, dunque, si manifesta con un'efficacia prevalentemente territoriale e negativa; l'ordine pubblico interno, invece, costituisce un limite all'autonomia privata identificabile con le norme imperative di diritto interno”; la loro distinzione, aggiunge, “deriverebbe da un complesso di considerazioni attinenti sia alla loro natura sia al loro

funzionamento concreto: l'ordine pubblico interno indicherebbe esigenza di politica legislativa interna, mentre l'ordine pubblico internazionale risulterebbe da principi generali ed esprimerebbe concezioni etiche di rilevanza più ampia”. Per PALADIN, *op. cit.*, 135) “La differenza fra queste due figure si risolve, invero, nel diverso ambito di applicazione rispettiva, mentre la natura e il funzionamento appaiono identici. Sia l'una che l'altra, cioè, fanno capo a norme positive, sia l'una che l'altra ne pretendono l'esecuzione: la seconda tuttavia ha limitazione all'autonomia negoziale, la prima in deroga al collegamento fra il nostro ed i restanti sistemi giuridici statali”; nello stesso senso LAGOMARSINO, *L'ordine pubblico e il matrimonio rapporto*, cit., 307 (si veda sopra nt. 64).

⁸⁷ Ne consegue che anche quando l'ordine pubblico è chiamato a tutelare valori universalmente riconosciuti, di rilievo internazionale, esso li proteggerà solo in quanto parte del patrimonio giuridico nazionale, “e non per un astratto omaggio al loro innegabile valore”, così FUMAGALLI, *L'unità del concetto di ordine pubblico*, cit., 644; in senso analogo FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, cit., 20 ss.

⁸⁸ Esempio di scuola è quello dall'indissolubilità del matrimonio, considerato un principio di ordine pubblico del nostro ordinamento sino all'introduzione della legge sul divorzio. Cfr. BENVENUTI, *Il diritto internazionale privato*, cit., 165.

⁸⁹ PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale: problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al Codice Civile*, Cedam, 1974, 83 ss.

⁹⁰ FERRI, voce «Ordine pubblico (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXX, Giuffrè, 1964, 1054 ss.

⁹¹ Sulla dibattuta questione tra “auto-integrazione” ed “etero-integrazione” dell'ordinamento ad opera dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale ci sia permesso rinviare al nostro contributo, *Breve introduzione al problema delle lacune giuridiche*, in *Studium iuris*, 2012, 1242 ss., ed *ivi* amplia bibliografia sul tema.

niera, sia il negozio giuridico privato: in questo si sostanzia la funzione di tutela dell'integrità dell'ordinamento giuridico propria dell'ordine pubblico"⁹².

Senonché l'"ordine pubblico", come si è già avuto modo di ricordare, non è un insieme di principi gerarchicamente ordinati, immutato ed immutabile, cui l'interprete possa appellarsi senza paura di essere smentito. Il giudice che debba decidere se ad un determinato atto straniero possa o meno essere riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento deve, prima di richiamarsi al "limite" dell'ordine pubblico, definirne o ridefinirne il contenuto, valutare quali principi in quel determinato momento storico informano e fondano l'ordinamento, esprimono la coscienza giuridica della società. Nell'azionare o meno il limite dell'"ordine pubblico", egli inciderà sul suo contenuto: nell'argomentare la correttezza della sua scelta, in un senso o nell'altro, egli individuerà quali principi riconoscere come espressione della civiltà giuridica che rappresenta e, eventualmente, tra più principi potenzialmente "rivali"⁹³, deciderà quale far prevalere⁹⁴. Come tutte le decisioni che si fondano su principi, anche quelle che si richiamano all'ordine pubblico, necessitano che il giudice si adoperi in uno sforzo di bilanciamento⁹⁵: il discorso sui principi - afferma magistrale dottrina⁹⁶ - mette in luce il carattere necessariamente compromissorio delle scelte dell'interprete.

Partendo da tali riflessioni meglio si comprende come i giudici della Cassazione, nel decidere se attribuire o meno efficacia in Italia del certificato di nascita ucraino di un bimbo nato grazie a surrogazione di maternità in quel Paese, ben avrebbero potuto - in assenza di puntuali indicazioni da parte del legislatore - ricostruire il quadro delle regole applicabili al nato da madre surrogata, riferendosi ai principi fondamentali che regolamentano le situazioni in cui sono coinvolti i minori, primo fra tutti il c.d. *the best interest of the child*⁹⁷.

Allo stesso modo, meglio si comprende come il Supremo Collegio, nell'assumere la convivenza, la situa-

zione "fattuale", a valore assoluto dell'ordine pubblico familiare, abbia indirettamente contribuito a riconoscerla quale elemento qualificante della categoria⁹⁸.

Discorsi analoghi possono condursi analizzando i (mancati) processi decisori seguiti dalla giurisprudenza della Suprema Corte rispetto al riconoscimento nel nostro ordinamento dei matrimoni *same sex* regolarmente contratti all'estero, ove pur emerge, in ultima analisi, una lacuna dell'ordinamento⁹⁹.

Il ragionamento della Corte che porta a negare la trascrivibilità dei matrimoni *same sex*, attesa la "loro inidoneità a produrre (...), qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano", potrebbe astrattamente essere ricondotto nell'alveo dell'"argomento *a contrario*"¹⁰⁰, in base al quale, se nessuna norma qualifica una condotta (attribuisce giuridicità ad un atto) quella condotta (quell'atto) ricade fuori dallo spazio del diritto¹⁰¹ e, dunque, la domanda che chiede di valutare quella condotta (quell'atto) è infondata e non può che essere respinta.

Un tale ragionamento dovrebbe portare - come in effetti sembra fare da ultimo il Consiglio di Stato - a giudicare i matrimoni *same sex* per il nostro ordinamento non meramente "inefficaci"¹⁰², ma giuridicamente "inesistenti" o "irrilevanti", dal che, tuttavia - come i giudici della Cassazione ben dimostrano di comprendere¹⁰³ - si finirebbe con il collocarsi scientemente al di fuori dall'attuale quadro dei principi fondamentali riconosciuti in materia a livello sovranazionale, quegli stessi principi che impediscono di dichiarare tali matrimoni contrari all'ordine pubblico.

La non contrarietà all'ordine pubblico degli atti che legittimano giuridicamente le unioni *same sex* - che si voglia o non si voglia chiamarli matrimoni - nasce dalla necessaria presa di coscienza che l'attuale quadro dei principi fondamentali, cui si ispira l'edificazione di un modello "ideale" di vita sociale¹⁰⁴, attribuisce e riconosce a tutti gli individui - a prescindere dal proprio orientamento sessuale - il diritto di esprimere la propria identità personale anche nei rapporti di rela-

⁹² ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 94.

⁹³ "Che a volte coesistono e più spesso entrano in conflitto", così RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, negli *Atti dei lavori del convegno "I principi generali del diritto"*, Roma, 27-29.5.1991, 344.

⁹⁴ OPPO, *L'esperienza privatistica*, *Relazione agli Atti dei lavori del convegno "I principi generali del diritto"*, Roma, 27-29.5.1991, 220, parla del rapporto di prevalenza come di "eccezione a un principio in ragione di un principio diverso".

⁹⁵ MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 11 ss.

⁹⁶ RESCIGNO, *Relazione introduttiva al convegno dell'Unione Civilisti italiani*, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Roma, 30.10.2015.

⁹⁷ Cfr. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie "same sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, cit., 270.

⁹⁸ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 102.

⁹⁹ I passaggi sono ben ricostruiti dalla sentenza del Tribunale di Grosseto, di cui sono riportati alcuni stralci nel § 2.

¹⁰⁰ Cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 289 ss.

¹⁰¹ Secondo la teoria della norma generale esclusiva elaborata, tra i primi, in dottrina da ZITELMAN, *Lucken im recht*, Duncker & Humblot, 1903.

¹⁰² Rispetto alla dichiarazione di "inefficacia" abbiamo già avuto modo di muovere le dovute critiche, si veda sopra nt. 49.

¹⁰³ CASS., 15.3.2012, n. 4184, cit.; nella stessa direzione si muove la pronuncia della CORTE COST., 14.4.2010, n. 138, cit., allorché afferma: "i concetti di famiglia e matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi", salvo poi affermare che l'interpretazione (evolutiva) "non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola fino ad includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata".

¹⁰⁴ Ricordiamo che l'ordine pubblico è definito come un "ordine ideale o normativo".

zione attraverso i quali, tradizionalmente, si consolidano legami affettivi e si instaurano vincoli giuridici.

Questo modello ideale di vita “sociale” è un modello verso il quale la società tende, ma che spesso non coincide con quello reale, inteso quale “tipo di vita che in concreto vive la società e che si rispecchia nel sistema delle norme ordinarie del diritto positivo”, espressione di situazioni di interesse già tipizzate¹⁰⁵.

Allorquando “situazioni di interesse” giuridicamente rilevanti per il modello c.d. “ideale”, restano prive di riconoscimento e tutela nel sistema delle norme ordinarie, si palesa la presenza di una lacuna dell’ordinamento¹⁰⁶ che, a seconda dei casi, potrà essere colmata dall’interprete mediante l’uso di “disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe” ovvero, se il caso rimane ancora dubbio, secondo principi generali dell’ordinamento.

A valle della trascrizione dell’atto di matrimonio contratto all’estero, l’ordinamento è tenuto all’immediato riconoscimento dello *status* che l’atto ha attribuito all’individuo: il rapporto tra i “coniugi” *same sex* - ne consegue - dovrebbe finire per essere disciplinato applicando alla fattispecie o la normativa relativa al matrimonio¹⁰⁷ (quali “disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe”), o - ove si ritenga che la presenza di soggetti di sesso diverso sia per l’applicazione

della normativa in materia di matrimonio un requisito ontologico che ne limita l’applicazione in termini analogici - ricorrendo ai principi generali dell’ordinamento (art. 2 e art. 3 della Costituzione).

La soluzione giudiziale, comunque sia, apre la via ad un’equiparazione tra unioni *same sex* e matrimoni, oggi tanto osteggiata nelle aule del Parlamento.

Per sfuggire a queste ineludibili conseguenze, i giudici di piazza Cavour finiscono con l’emettere - in sostanza - una pronuncia di *non liquet*, e rinviando al legislatore (come già aveva suggerito la Corte costituzionale) il compito di avvicinare il nostro modello “reale” di vita sociale al modello “ideale”.

A questo punto, il fulcro del discorso si sposta dal piano strettamente giuridico a quello “politico”, dove l’unico dubbio che resta¹⁰⁸ è se, di fronte a situazioni come quella in discussione, ove “la necessità di una norma giuridica deve fare i conti con l’esistenza di forme più o meno accentuate di dissenso politico, sociale, religioso”, la scelta di rimettere il tutto alla legittimazione del legislatore, sia davvero la migliore, e non si corra piuttosto il rischio, ancora una volta, di una paralisi legislativa o - forse peggio - della produzione di testi legislativi inadeguati, presto resi oggetto di nuovi tormenti giudiziari.

¹⁰⁵ Tanto la terminologia quanto la ricostruzione dogmatica sono quelle di FALZEA, *Principi generali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè 1999, 351 ss.

¹⁰⁶ Da un lato i continui progressi raggiunti dalla ricerca scientifica e dall’altro la rapida mutazione di condizioni sociali e culturali (che in parte da essi dipendono) sono causa dell’insorgere nell’ordinamento di quel particolare tipo di “lacune” definite dalla dottrina “lacune sopravvenute”, PATTI, *Lacune “sopravvenute”, presunzioni e finzioni: la difficile*

ricerca di una norma per l’inseminazione artificiale eterologa, in questa *Rivista*, 2000, II, 347 ss.

¹⁰⁷ La soluzione contraria, che ritenesse non applicabile per analogia alle unioni *same sex* la disciplina delle unioni matrimoniali, finirebbe con l’essere percepita quale manifestazione di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

¹⁰⁸ Lo pone magistralmente RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 61, da cui sono tratte anche le frasi virgolettate.