

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **UNA NUOVA FRONTIERA DEL DIALOGO TRA GIURISDIZIONI: LA CASSAZIONE RIMETTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE UNA Q.L.C. FONDATA SUL PARERE CONSULTIVO DELLA CORTE EDU IN MATERIA DI GPA**

*Posted on 21 Maggio 2020 by [Anna Maria Lecis Cocco Ortu](#)*

1. Malgrado la mancata ratifica da parte dell'Italia, il Protocollo n. 16 alla CEDU apre nuove possibilità di dialogo anche per le giurisdizioni italiane, sebbene ad esse sia ancora preclusa la facoltà di rivolgersi direttamente al giudice europeo mediante la nuova procedura consultiva.

È quanto emerge dall'[ordinanza n. 8325](#) del 29 aprile 2020, con cui la Prima sezione civile della Corte di cassazione ha rimesso alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale in materia di gestazione per altri (GPA) e riconoscimento di atti di nascita stranieri, la cui non manifesta infondatezza è essenzialmente fondata sul parere reso il 10 aprile 2019 dalla Corte EDU su domanda della Cassazione francese.

L'ordinanza di rimessione contesta la costituzionalità degli artt. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e dell'art. 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995 nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con

l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del cosiddetto genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore nato mediante gestazione per altri. Tale lettura ostativa al riconoscimento del provvedimento straniero è dettata, com'è noto, dalla sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019, con la quale le Sezioni Unite hanno sancito che "il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità qualificabile come principio di ordine pubblico". Pertanto, alla luce di tale interpretazione, l'unica possibilità per il riconoscimento del legame tra genitore intenzionale e figlio nato mediante GPA è costituita dall'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d) della legge n. 184/1983.

Circa un mese prima della pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite, era però intervenuto il primo parere reso dalla Corte EDU, su richiesta della formazione plenaria della Cassazione francese che si trovava a decidere una questione analoga. Tale parere (sul quale sia permesso rinviare al nostro [commento](#) in questa rivista) stabiliva innanzitutto l'esistenza di un obbligo di riconoscimento del legame di filiazione tra il figlio nato mediante GPA e il genitore intenzionale in nome del superiore interesse del minore e, per quanto attiene alle modalità di tale riconoscimento, ammetteva che esso potesse avvenire attraverso la trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero ovvero mediante una procedura di adozione, purché questa soddisfi le condizioni di effettività e celerità che consentano che il legame tra il figlio e il genitore intenzionale possa essere riconosciuto "al più tardi nel momento in cui si è concretizzato".

I giudici del rinvio ricordano che l'orientamento dettato dalle Sezioni Unite nell'esercizio della loro funzione nomofilattica costituisce il diritto vivente al quale i giudici di sezione, così come i giudici di merito, dovrebbero conformarsi. Essi osservano, tuttavia, che l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo nel parere del 10 aprile 2019 "impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite" ponendosi

quindi “in conflitto con il diritto vivente in Italia” (p. 17 dell’ordinanza). Stretti nel dilemma di doversi adeguare all’orientamento espresso dalle Sezioni Unite ovvero procedere ad un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, e ritenendo di non poter ignorare né l’una né l’altra esigenza, i giudici di sezione scelgono di non rimettere la questione alle Sezioni Unite, come previsto dall’art. 374 co. 3 c.p.c. (“Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”), ma di adire invece la Corte costituzionale affinché essa si pronunci sulla conformità del diritto vivente italiano rispetto ai parametri costituzionali e convenzionali invocati (p. 17-20 dell’ordinanza). Si innesca così un dialogo polifonico al quale partecipano direttamente il giudice del rinvio e il giudice costituzionale e, indirettamente, il giudice europeo e la massima formazione della Cassazione, le cui voci vanno a costituire il diritto vivente, convenzionale e nazionale, di cui la Corte costituzionale dovrà tenere conto.

2. Per quanto attiene al merito dell’ordinanza, il sospetto di incostituzionalità delle disposizioni censurate è fondato su due profili (p. 15-17), per i quali l’orientamento sancito dalle Sezioni Unite si porrebbe in conflitto con l’art. 117 per violazione degli art. 8 CEDU e di diverse disposizioni convenzionali a tutela dell’interesse del minore, nonché con gli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione, interpretati anch’essi alla luce della giurisprudenza europea (p. 20-30).

Il primo di tali profili concerne l’elevazione del divieto di GPA a principio di ordine pubblico, con la conseguente impossibilità di legalizzarne gli effetti sullo *status filiationis* del minore nato mediante tale pratica, che si traduce in un’ingiustificata compressione dei diritti di un soggetto, il minore, che non ha in alcun modo posto in essere la condotta contraria all’ordine pubblico. Parafrasando le parole usate dal giudice europeo nel parere citato, i giudici di legittimità osservano quanto messo in luce da tempo da gran parte della dottrina e da un certo orientamento dei giudici di merito: “se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini che intendano ricorrere all’estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, tuttavia

non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine" (p. 16). Il divieto assoluto di trascrizione, a prescindere da una valutazione concreta caso per caso, è quindi contrario al principio dell'interesse superiore del minore in quanto ha delle ripercussioni giuridiche pregiudizievoli non solo per i genitori, che hanno consapevolmente deciso di incorrere nelle conseguenze giuridiche della loro condotta, ma anche e soprattutto per i figli che di tale condotta non sono responsabili e che si trovano così ad essere sanzionati per le colpe dei loro genitori.

Il secondo profilo di conflitto attiene alla modalità di riconoscimento dello *status filiationis* prevista dall'ordinamento italiano mediante l'adozione in casi particolari, la quale "non risulta affatto a garantire quelle condizioni di celerità e di effettività ritenute dalla Corte di Strasburgo le condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore" (p.16). Quanto alle condizioni di celerità, infatti, l'adozione richiede un lungo e complesso *iter* processuale e decisionale, durante il quale il minore versa in quella situazione di incertezza giuridica sulla sua condizione personale che per la Corte EDU dovrebbe essere il più breve possibile. Ma è soprattutto in relazione all'effettività che l'istituto dell'adozione in casi particolari non soddisfa i requisiti imposti dal parere, in quanto consente un riconoscimento del legame di filiazione non equiparabile all'adozione piena né tantomeno alla trascrizione (p. 31-32). Non possiamo che condividere tali rilievi, che peraltro avevamo avuto modo di muovere in termini analoghi [in altra sede](#).

3. Al di là dei profili di merito, si vuole sottolineare ancora una volta l'importanza assunta dal parere del giudice europeo nell'argomentazione della non manifesta infondatezza della questione. Tutta la motivazione ruota infatti intorno ad esso, assunto sia come elemento che va ad integrare il parametro interposto (3.1), sia come strumento di interpretazione delle stesse disposizioni costituzionali, secondo una

tecnica ermeneutica assiologicamente orientata ispirata al pluralismo costituzionale, che postula che le norme a tutela dei diritti sancite nei diversi ordinamenti comunicanti non vanno interpretate secondo criteri di gerarchia, ma si integrano e si completano in via ermeneutica (3.2).

3.1. Il giudice rimettente precisa innanzitutto di non poter prescindere dal parere della Grande Camera della Corte EDU poiché, sebbene esso non abbia efficacia vincolante né per la Francia né per ordinamenti terzi, “costituisce un giudizio astratto teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio ai giudici nazionali” (p.11). La procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 assolve infatti una doppia funzione pregiudiziale e nomofilattica, andando quindi a spiegare degli effetti quantomeno persuasivi sugli ordinamenti di tutti gli Stati membri della Convenzione. Come precisato dal rapporto esplicativo del Protocollo, infatti, “i pareri consultivi andranno a fare parte della giurisprudenza della Corte, insieme alle sentenze e alle decisioni. L’interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni” (par. 27 del [rapporto esplicativo](#)).

L’argomentazione dell’ordinanza in commento appare perciò senza dubbio fondata su tale punto, dal momento che, chiamate a adempiere ad un obbligo di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata nell’esercizio della loro attività ermeneutica, le giurisdizioni nazionali non possono esimersi dal tenere conto di una pronuncia che, per quanto non giuridicamente vincolante, ha il preciso scopo di chiarire la portata delle norme convenzionali.

3.2. L’interpretazione data dal giudice europeo a tali norme, nell’esercizio della sua funzione nomofilattica, va d’altronde ad orientare non solo la lettura delle disposizioni convenzionali direttamente oggetto della pronuncia, ma anche delle disposizioni contenute negli altri cataloghi dei diritti di egual tenore che il giudice nazionale si trova a dover applicare in un sistema integrato di tutela dei diritti. Così, nell’ordinanza di rinvio, anche i parametri costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 30 e 31 sono

interpretati alla luce delle norme convenzionali e, in particolare, della loro portata giurisprudenziale illustrata nel parere citato. Per i giudici della Prima sezione, infatti, la CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione europea vanno a formare insieme con la Costituzione "il cosiddetto ordine pubblico costituzionale", che raccoglie i "diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene" (p. 22). Dato il tenore sostanzialmente costituzionale di tali norme, pertanto, qualunque conflitto tra esse - o, *melius*, tra le interpretazioni ad esse date dai giudici chiamati a svolgere una funzione nomofilattica - non può essere risolto applicando il criterio gerarchico, ma mediante una conciliazione che si avvalga di un'interpretazione integrata e assiologicamente orientata delle stesse.

Ciò non vuole ovviamente dire, come temono alcuni, che la funzione nomofilattica in materia di diritti fondamentali sia definitivamente "esternalizzata" in capo alla Corte europea, ma che la voce del giudice europeo vada a contribuire all'interpretazione integrata delle norme a tutela dei diritti, senza fare appello ad una difficilmente ammissibile gerarchia tra giudici e tantomeno tra norme. Ed è proprio in quest'ottica che la ratifica del Protocollo n. 16 offrirebbe alle più alte giurisdizioni nazionali uno strumento prezioso, che permetterebbe loro di partecipare in maniera diretta, attraverso una forma di dialogo istituzionalizzato, alla formazione della giurisprudenza europea e all'armonizzazione del diritto europeo dei diritti fondamentali nello spazio CEDU.

Nell'ambito della procedura consultiva, infatti, la giurisdizione richiedente è chiamata a presentare "sue considerazioni sulla questione, compresa ogni valutazione che possa aver compiuto della questione" (Rapporto esplicativo, par. 12). In questo modo, una dinamica *bottom-up* va a sostituire la dinamica *up-bottom* che caratterizza la formazione della giurisprudenza europea in sede contenziosa e, soprattutto, il modello decisione-sanzione è sostituito da un confronto preventivo improntato alla logica del dialogo, mediante il quale un giudice propone un'interpretazione e l'altro la avalla o ne suggerisce una correzione, senza che per questo il giudice proponente sia sanzionato. Con queste considerazioni non si vuole dare della procedura consultiva una lettura

irenica che la elevi, per il suo carattere dialogico, a panacea di tutti i conflitti tra Strasburgo e giudici nazionali. Il concetto stesso di “dialogo tra giudici”, d'altronde, non esclude il conflitto: nell'ambito giudiziario, come nella vita, il dialogo è innanzitutto confronto tra più voci, eventualmente discordanti, ciascuna delle quali vuole affermare la fondatezza della propria posizione. Ma com'è stato giustamente [18](#), il conflitto può essere benefico, in quanto può servire a pervenire ad una sintesi tra posizioni divergenti, come l'ha mostrato la saga Taricco nella risoluzione del contrasto tra norme costituzionali interne e diritto dell'UE.

Secondo questa prospettiva, la ratifica del Protocollo n. 16 permetterebbe alle alte giurisdizioni italiane di avvalersi della procedura consultiva per proporre una soluzione del conflitto tra diritto vivente italiano e giurisprudenza europea che sia improntata ad un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. In mancanza di tale strumento, tuttavia, ora spetta alla Corte costituzionale trovare la soluzione a tale conflitto, non mediante l'applicazione di un criterio gerarchico, ma grazie ad un'interpretazione integrata delle disposizioni costituzionali e convenzionali, alla luce di tutte le voci che hanno partecipato, direttamente o indirettamente, al dialogo sulla questione.