

Divieto al riconoscimento del figlio da parte di due donne, anche se legate civilmente

Autore: Domenico Chirumbolo

In: Giurisprudenza commentata

Il fatto

N.B. madre del minore N.E., concepito mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, effettuata all'estero, senza alcun apporto biologico da parte della compagna, la quale si era limitata a dare consenso all'intervento, ed L.G.D. unita civilmente a N.B., a seguito del rifiuto, da parte dell'ufficiale di stato civile del Comune di (omissis), alla ricezione della dichiarazione atta al riconoscimento del minore come figlio naturale di entrambe le donne, hanno proposto ricorso al Tribunale di Pistoia, per ottenere dichiarazione di illegittimità di siffatto rifiuto.

Il Tribunale adito, con decreto del 17/07/2018, accogliendo la domanda delle ricorrenti, e dichiarando l'illegittimità della scelta del pubblico ufficiale, ha disposto, ex art. 95 d.P.R. n. 396/2000, la correzione dell'atto di nascita e la costituzione di uno ex novo, dal medesimo tenore, nel quale fosse riconosciuta ad entrambe le donne la genitorialità del minore.

Tale decisione è stata impugnata dal Pubblico Ministero, dinnanzi alla Corte d'Appello di Firenze, che con decreto 19/04/2019, rigetta siffatto gravame. Il Giudice di secondo grado nel motivare la decisione, afferma che, fermo restando il divieto al ricorso a "tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, nonostante la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di tale divieto, per le coppie alle quali sia stata diagnosticata una patologia che costituisca causa d'infertilità assoluta ed irreversibile o e per quelle portatrici di malattie genetiche trasmissibili, è rimasta inalterata l'impostazione di fondo della legge, la quale consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita soltanto a coppie formate da persone maggiorenti, di sesso diverso, coniugate e conviventi, in età potenzialmente fertile ed ancora viventi, purché sia accertata l'impossibilità di rimuovere la causa impeditiva della procreazione, sussista il consenso informato di entrambi i componenti della coppia, e la procedura si svolga presso strutture pubbliche o private autorizzate dalla Regione", è anche vero che la medesima disciplina esclude la punibilità dei soggetti che contravvengono a siffatto divieto. Talché appare evidente come la normativa stessa abbia voluto subordinare la violazione della norma, all'interesse del minore alla genitorialità completa ed al suo status di figlio, e di conseguenza alla relativa assunzione di responsabilità da parte di entrambi gli ascendenti e della procreazione assistita di uno di essi. Ciò posto, secondo la Corte, sarebbe paradossale che una disciplina sottesa a tanto, che esclude la punibilità della condotta illegittima dei

coniugi/conviventi, vada a recidere ogni rapporto tra il figlio biologico di uno di essi e l'altro coniuge/convivente che abbia prestato il proprio consenso alla nascita. In tal senso, la Corte ha evidenziato che, visto il vulnus normativo, siffatta scelta ermeneutica, può essere estesa, per non creare disparità di trattamento, anche all'ipotesi in cui la condotta testé descritta sia perpetrata fuori dai confini nazionali, purché si tratti di uno Stato in cui codesta pratica sia lecita, e per le quali siano previste garanzie affini a quelle riconosciute dall'Ordinamento italiano.

Il Giudice d'Appello poi, richiamando "le norme costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo e la pari dignità sociale di tutti i cittadini davanti alla legge, nonché l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà dei cittadini ed impediscono il pieno sviluppo della persona umana, evidenziando l'apertura delle predette disposizioni a nuove fattispecie, e la conseguente emersione di nuovi diritti, derivanti dall'evoluzione della coscienza sociale, nonché l'esigenza di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo degli stessi, che costituiscano frutto di contrapposte valutazioni etiche", ha ritenuto possibile riconoscere, in maniera analoga, i medesimi diritti espressi anche alle coppie omosessuali, ritenendo tale formazione sociale idonea a consentire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. La Corte d'appello ha altresì affermato che è pacifica in giurisprudenza la possibilità che siffatta formazione sociale venga ampliata fino a ricomprendervi progetti legati alla genitorialità, per mezzo dell'istituto dell'adozione. Escludendo, nel caso di specie, che tale riconoscimento del diritto alla bigenitorialità sia idoneo a generare un'incontrollata diffusione di una "genitorialità meramente intenzionale", sicché la genitorialità legale resta in ogni caso subordinata "ad una specifica assunzione di responsabilità della coppia, al previo consenso informato e ad una disciplina complessiva della procreazione medicalmente assistita conforme all'ordine pubblico interno".

Volume consigliato

Le argomentazioni sostenute dalle parti

Avverso la predetta sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione il Ministero dell'Interno e l'Ufficio Territoriale del Governo - Prefettura di Pistoia, concentrando l'impugnazione su tre motivi.

Con il primo motivo di gravame, i ricorrenti denunciano l'eccesso di potere da parte del potere giudiziario. Tale vizio è perpetrato poiché nell'imporre, per mezzo di ordinanza, la trascrizione nei registri dello stato civile di una piena genitorialità omosessuale riguardante un individuo nato in Italia, si è disposta la formazione di un atto dello stato civile non investito da tipicità, è sprovvisto da qualsivoglia previsione di legge in merito, talché debba essere considerata compromessa la discrezionalità politica posta in capo al legislatore. Invero nel nostro ordinamento è prevista, oltre alla filiazione biologica tra persone di sesso diverso, anche quella adottiva, caratterizzata dall'assenza di un legame biologico, e quella derivante da

procreazione medicalmente assistita, con o senza legame biologico, ma esclusivamente tra persone di sesso diverso, di contro è escluso ex lege che il medesimo diritto venga riconosciuto anche alle coppie omoaffettive. Viepiù, il ricorrente evidenzia che qualora la normativa sia considerata discriminatoria e costituzionalmente illegittima, non spetta alla Corte d'Appello trattare nel merito la questione, ma tale argomentazione deve essere necessariamente sottoposta alla Consulta, mediante la proposizione della questione di legittimità costituzionale. Sottolineando in ultimo che, così per come espresso dalla Corte EDU, il divieto della fecondazione eterologa non comporta una violazione dell'art. 8 della CEDU, "non eccedendo il margine di discrezionalità garantito agli Stati, e non risultando tutelato il semplice desiderio di fondare una famiglia; evidenziano che anche la prevalenza dell'interesse del minore non ha carattere assoluto, comportando una deroga alle preclusioni derivanti dalla contrarietà all'ordine pubblico, e dovendo quindi trovare applicazione secondo canoni di proporzionalità e bilanciamento".

Con il secondo motivo, i ricorrenti deducono la violazione e/o la falsa applicazione del d.P.R. n. 396/2000, art. 30, art. 269 c.c. e della L. n. 40 del 2004, artt. 4,5,8 e 12, affermando che la normativa che disciplina la formazione dell'atto di nascita e frutto del combinato disposto dalla citata legge e le disposizioni del codice civile in tema di filiazione. Siffatte disposizioni per prima cosa stabiliscono la diversità di sesso tra i genitori, ed in secundis affermano l'esclusività dello status di madre a colei che partorisce. Talché siffatta normativa non lascia dubbi in merito al fatto che "il substrato sostanziale dell'attribuzione giuridica della maternità è costituito dal rapporto genetico di discendenza, quale fatto oggettivo accertabile in sede giudiziale, ed escludono pertanto la possibilità di ricollegare l'assunzione della predetta qualità ad un atto volitivo-negoziale, così come la possibilità che esistano due madri aventi la medesima relazione giuridica con il figlio".

Con il terzo, nonché ultimo motivo di gravame, i ricorrenti ribadiscono la violazione e/o la falsa applicazione della L. n. 40 del 2004, artt. 4,5,8 e . Questi affermano che consentendo, per mezzo di decreto, la genitorialità omosessuale sulla base dei principi sopra espressi, si è scelto di ovviare al divieto, previsto ex lege, della procreazione medicalmente assistita, imposto alle coppie omoaffettive. Ciò potrebbe generare una visione della genitorialità totalmente slegata dalle regole biologiche, talché, l'attribuzione dello status filiationis, traslerebbe su un piano esclusivamente volitivo e meramente potestativo, contravvenendo al pacifico principio che lo sottraeva alla disponibilità delle parti.

Viepiù, il ricorrente sottolinea che, sebbene la L. n. 40 del 2004 sia stata dichiarata parzialmente affetta da illegittimità costituzionale, l'estensione delle ipotesi di filiazione, derivante dall'introduzione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, resta comunque finalizzato esclusivamente a consentire la filiazione a coppie che in astratto potrebbero procreare, ma che in concreto ne sono impediti. Tale principio andrebbe ad escludere perentoriamente le coppie omosessuali, per ragioni di facile deduzione, ovviando in tal modo a quella disparità di trattamento prospettata dal Giudice d'Appello. A dar forza a tale tesi si adduce che tale principio testé citato, non è stato disatteso neppure dalla L. 20 maggio 2016, n. 76, la quale, nell'ammettere le unioni civili fra individui dello stesso sesso, ha escluso l'applicabilità delle relative disposizioni al di fuori dell'ambito espressamente previsto. Afferma altresì, che legittimare situazioni giuridiche di tale species, formatesi al di fuori dello Stato genererebbe disparità di

trattamento rispetto alle medesime sorte in Italia, incentivando un eventuale elusione della normativa vigente nel nostro ordinamento.

Inoltre, i ricorrenti affermano, che il mancato riconoscimento giuridico della doppia genitorialità non comporta alcuna lesione dell'interesse del minore, dal momento che questi ha già una madre riconosciuta giuridicamente, e non sussiste una disciplina che prevede la necessità di due genitori, con il quale il soggetto non ha legame biologico. Sicché risulta superfluo il “richiamo al diritto del minore alla conservazione dell'identità familiare acquisita ed alla continuità dei rapporti affettivi, osservando che il riconoscimento della prevalenza dello stesso sul favor veritatis, normalmente riguardante lo status filiationis derivante da un atto di nascita legittimamente formato, nella specie si risolverebbe in una mera presa d'atto della volontà dei genitori e dello stato di fatto dagli stessi imposto, e nel conseguente consolidamento di una situazione familiare contra jus”.

I ricorrenti in ultimo affermano che il riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione scevro dalle sue radici biologiche, non solo contrasta con il diritto del minore a conoscere l'effettivo genitore biologico, ma si contrappone anche alla salvaguardia dell'individuo dal punto di vista della salute, poiché comporterebbe la preclusione alla conoscenza di eventuali patologie ereditarie con relativo pregiudizio delle possibilità di cura.

Valutazioni giuridiche della suprema corte di cassazione

Il primo motivo di gravame è giudicato infondato dalla Suprema Corte, motivando tale decisione, asserendo che si ha eccesso di potere per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, esclusivamente nell'ipotesi in cui il giudice piuttosto che applicare una norma giuridica esistente, ne abbia generato una ex novo, sicché attua un'operazione che esula completamente dalla sua competenza. Siffatta violazione non sussiste ne caso di specie, limitandosi, il Giudice, ad applicare la normativa della L. 40/2004 per analogia, e ricalcano un orientamento costituzionale ricorrente. Tale interpretazione giuridica, sebbene può non essere condivisibile, esclude che la Corte d'appello abbia ecceduto i limiti del proprio potere giurisdizionale.

Per ciò che attiene gli altri due motivi di gravame, la Corte di Cassazione, decidendo di analizzarli unitamente, poiché trattano profili dissimili della stessa questione, si esprime giudicandoli fondati.

Preliminarmente la gli ermellini affermano, perentoriamente, l'inapplicabilità dei principi “enunciati in una recente sentenza, con cui le Sezioni Unite di questa Corte hanno dichiarato inammissibile il riconoscimento dell'efficacia nel nostro ordinamento di un provvedimento giurisdizionale straniero avente

ad oggetto l'accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale cittadino italiano", questo perché il caso di specie ha come protagonista un minore che è in possesso della cittadinanza italiana, talché la questio deve ritenersi assoggettata completamente alla normativa dell'ordinamento italiano, "non presentando alcun elemento di estraneità rispetto allo stesso, tale da giustificare il ricorso alla nozione di ordine pubblico internazionale, per stabilire se nella decisione della controversia possa darsi ingresso a norme o istituti appartenenti ad altri ordinamenti".

Fatta tale doverosa premessa, risulta indivisibile, secondo la Suprema Corte, l'interpretazione del Giudice d'Appello, della L. 40/2004, quando afferma che il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie dello stesso sesso, contravvenendo a quanto disposto dall'art. 5, comporterebbe unicamente la comminazione della sanzione amministrativa disposta dall'art. 12, comma 2, a carico di chi ne abbia fatto applicazione, ammettendo l'operatività dell'art. 8, che prevede la possibilità che il bambino acquisti lo status filiale non solo del partner che lo ha generato, ma anche di quello che, anche senza alcun apporto biologico, sia stato parte integrante del progetto di assunzione della responsabilità genitoriale, per il sol fatto di aver acconsentito all'operazione.

Invero nella stessa motivazione del Giudice di secondo grado, viene citato un orientamento giuridico già di per se dirimente della fattispecie de quo. Effettivamente la disciplina citata dalla Corte d'appello, sebbene per alcuni versi mitigata da alcune decisioni della Consulta, comunque, lascia invariata, fra altre, la regola normata dall'art. 5, secondo la quale è consentito l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita esclusivamente alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

"La tesi in esame costituisce indubbiamente il portato delle citate pronunce d'incostituzionalità, che, introducendo un limite al divieto assoluto del ricorso a tecniche di tipo eterologo, hanno reso configurabili nel nostro ordinamento ipotesi di genitorialità svincolate da un rapporto biologico con il nato". Siffatto argomento è stato trattato dalla Corte Costituzionale con una sentenza per mezzo della quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, artt. 5 e 12, nella parte in cui precludono alle coppie omosessuali l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, essa ha sottolineato la possibilità di utilizzo ed i relativi limiti degli interventi antecedenti. Talché la Consulta ha evidenziato sia l'impossibilità dell'utilizzo generale delle tecniche citate, sia che questa vengano usate dalle coppie omoaffettive per appagare le proprie ambizioni genitoriali.

Sicché, quanto espresso dalla Consulta, in virtù anche di un orientamento giurisprudenziale consolidato, si pone in assoluto contrasto rispetto all'interpretazione del Giudice di secondo grado.

Non è condivisibile, segnatamente, il tentativo di interpretare quanto espresso dall'art. 9, slegandolo dal suo contesto astratto, con il fine di desumere "dal divieto di anonimato per la madre biologica e dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso un principio generale in virtù del quale, ai fini dell'instaurazione del relativo rapporto, che può considerarsi

sufficiente il mero dato volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione o comunque dall'adesione ad un comune progetto genitoriale”, orbene, se da una parte la tecnologia ha aperto a soluzioni eccezionali in merito alla filiazione, questa, dal punto di vista giuridico, non può esulare da quanto disciplinato dal codice civile, che continua a tenerla ancorata al normale rapporto sessuale. La stessa Corte Costituzionale, pur dando evidenza alla condizione di libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori, ha comunque riconosciuto che siffatto principio deve essere bilanciato con altri valori costituzionalmente protetti, specie quando si ha la volontà di ricorrere a tecniche che, “alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29,30 e 31 Cost. (cfr. Corte Cost., sent. n. 221 del 2019, cit.), oltre a quella del codice civile”.

L'esclusione della possibilità di instaurare un rapporto di filiazione tra il minore ed il partner del genitore biologico, ancorandolo al consenso prestato da quest'ultimo all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, senza che vi sia alcun apporto biologico dello stesso, secondo gli ermellini, non friziona neppure con la giurisprudenza della Corte EDU. Questa infatti, sebbene riconosca alle coppie omosessuali, il diritto al rispetto della vita privata, anche familiare, nonché il diritto di diventare genitori e quello di sceglierne il modo, altresì afferma che è esclusa la possibilità di ravvisare un trattamento discriminatorio nella legge nazionale che attribuisca alla procreazione medicalmente assistita finalità esclusivamente terapeutiche, riservando alle coppie eterosessuali sterili il ricorso alle relative tecniche (cfr. Corte EDU, sent. 15/03/2012, Gas e Dubois c. Francia). Talché si riconosce agli Stati ampia potestà sulla materia de quo.

Altresì, la Corte EDU, ammettendo che il mancato riconoscimento, necessariamente, andrà ad incidere sulla vita del minore, ha comunque escluso si possa configurare una violazione del diritto al rispetto della stessa, nei casi in cui sia effettivamente tutelata la possibilità di condurre un'esistenza equiparabile a quella delle altre famiglie (cfr. Corte EDU, sent. 26/06/2014, Mennesson e Labassee c. Francia). Ciò avviene nel caso di specie, perché non si disquisisce sul rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma esclusivamente con il genitore d'intenzione. Sicché, il mancato riconoscimento non comporta che il minore non possa essere inserito nel nucleo familiare della coppia genitoriale, ne tanto meno l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo status di figlio, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore.

Conclusioni

Effettuata siffatta disamina, la Suprema Corte di Cassazione, afferma in conclusione che sussiste

l'impossibilità di riconoscere un minore, concepito per mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in capo ad una donna legata in unione civile con altra che lo ha partorito, ma non avente alcuna legame biologico con il minore. Tal riconoscimento è da considerarsi in contrasto con l'art. 4, comma 3, L. n. 40/04 e con il divieto all'utilizzo delle citate tecniche da parte delle coppie omosessuali, poiché non è consentita, al di fuori dei casi previsti ex legge, la concretizzazione di forme di genitorialità non legate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto.

Per tali ragioni, gli ermellini ritengono che il decreto impugnato vada cassato, in applicazione del principio enunciato, e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c., con il rigetto della domanda.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/divieto-al-riconoscimento-del-figlio-da-parte-di-due-donne-anche-se-legate-civilmente/>