

Brevi note sui recenti approdi giurisprudenziali in tema di filiazione e di diritto alla genitorialità

Alessia Bolognese

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela del minore e l'azione di rettificazione dello stato civile. - 2.1. Il consenso come governo di attribuzione dello status. – 3. Il quadro attuale della giurisprudenza tra la scomposizione del processo generativo e il baluardo dell'ordine pubblico. – 4 Una lettura coordinata della recente decisione della Consulta 221/2019. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Che la tematica del diritto di famiglia, e in particolare della filiazione, sia al centro di un costante e acceso dibattito da parte della dottrina e della giurisprudenza, italiana ed eurocomunitaria, alimentato dall'emersione continua di diverse situazioni intersoggettive nelle relazioni affettive tali da creare sfide ermeneutiche nuove e una dirompente onda d'urto nella compagine sociale, appare incontrovertibile.

Appare altresì indubbio che i confini che definivano la nozione di genitorialità si stiano progressivamente superando. È venuta meno l'essenzialità del legame – prima ritenuto *conditio sine qua non* – tra filiazione e rapporto fisico tra uomo e donna e, di conseguenza, lo *status filiationis* si può instaurare non più esclusivamente per mezzo della relazione biologica tra genitori e figli, assumendo rilevanza anche quella affettiva e sociale, fondata sull'intenzione.

Si parla, infatti, di scomposizione del processo generativo posto che, accanto alla procreazione naturale e alla adozione piena (di cui alla legge 184/83)¹ il legislatore, con la legge 40 del 2004, ha disciplinato la

¹ Così CASABURI, *Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate* (osservazioni a Trib. Pisa 15 marzo 2018; Trib. Milano 18 aprile 2017), *Il Foro Italiano*, vol. 143 n. 5, 2018, pag. 1810 - 1816. : <<La prima forma di procreazione, «tradizionale» e più diffusa, è tuttora determinata, essenzialmente, in base al criterio del dato biologico-genetico (con peculiare rilevanza, quindi, della gestazione e del parto), ciò sia con riferimento all'accertamento che alla rimozione... Accanto alla genitorialità naturale, si pone quella da p.m.a., ... che può prescindere del tutto dal legame genetico del figlio con la coppia richiedente; ... Tale genitorialità è insofferente

materia della procreazione medicalmente assistita. Dall'entrata in vigore della suddetta legge, una molteplicità di situazioni fortemente disomogenee si è posta all'attenzione del giudice creando non poche difficoltà ermeneutiche nell'adattamento delle tradizionali definizioni giuridiche di genitorialità e degli *status* filiali².

La Corte di Cassazione ha avuto modo di interrogarsi sul modo in cui tale forma di accesso alla genitorialità dialoghi con i principi dell'ordinamento giuridico nel quale viene applicata. In particolare, in questa sede si vuole porre l'attenzione sulla ratio su cui si fonda la pronuncia della prima sezione civile 13000 del 2019, che si occupa di come regolare l'attribuzione dello status ad un bambino nato sul territorio nazionale a seguito della fecondazione assistita *post mortem*, praticata all'estero successivamente al decesso del padre, donatore del gamete; nonché sulla nozione di ordine pubblico espressa nella precedente pronuncia a Sezioni Unite 12193 del 2019, in tema di compatibilità con l'ordine pubblico del riconoscimento di una decisione straniera che abbia riconosciuto lo *status* di genitore ad un adulto di sesso maschile e ad un minore nato a seguito di maternità surrogata con il quale il richiedente non abbia legame genetico/biologico. Da ultimo, si porrà l'attenzione sulle recentissime motivazioni della sentenza della Corte Costituzionale 221 del 2019, pubblicate lo scorso 23 ottobre in tema di incostituzionalità della

all'applicazione, tout court, delle disposizioni civilistiche dettate, essenzialmente, per quella naturale... Le fondamenta normative (principali pur se non esclusive) della genitorialità da p.m.a. si rinvergono nella l. 40/04... in particolare negli art. 6, 8 e 9, che esprimono ormai (specie dopo Corte cost. 162/14) regole di portata generale per tutte le forme di p.m.a... L'elemento volontaristico/consensuale, quindi, è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli status. Dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una causalità umana>>.

² Numerose pronunce di incostituzionalità hanno riguardato le previsioni normative di cui alla l. 40 del 2004: si ricordino, ad esempio, il divieto di fecondazione eterologa, la cui illegittimità è stata dichiarata da Corte Cost. 162/2014; il divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, rimosso da Corte Cost. 96/2015; altresì numerose sono state le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai tribunali ordinari poi ritenute inammissibili o infondate, si ricordi recentissima Corte Cost. 221 del 2019, infra par. 4, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10 nella parte in cui non estendono anche alle coppie dello stesso sesso il diritto a ricorrere in Italia alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita.

40/2004 nella parte in cui non riconosce l'accesso alla PMA alle coppie omosessuali, nel caso di specie composte da donne.

2. La tutela del minore e l'azione di rettificazione dello stato civile.

Con la pronuncia 13000 del 2019 la prima sezione affronta un caso che trae origine dal ricorso ex art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 promosso da una donna la quale, insieme al coniuge, aveva deciso di intraprendere un percorso di procreazione medicalmente assistita in Spagna. Durante il corso della terapia, il marito scopre di essere gravemente malato e, in ragione di ciò, reitera, con dichiarazione sottoscritta, il consenso all'impianto del proprio seme, precedentemente donato e crioconservato. Pertanto, la donna si sottopone, a seguito della morte del coniuge, al trattamento di fecondazione in Spagna dando alla luce la bambina in Italia. A seguito della nascita della figlia, ai fini della formazione del relativo atto, la madre rende dichiarazione all'ufficiale di stato civile, corredata da apposita documentazione attestante, altresì, il consenso prestato dal marito prima del decesso. L'ufficiale di stato civile rifiuta di indicare nell'atto di nascita la paternità del defunto, morto più di 300 giorni prima della nascita della bambina, escludendo la presunzione di concepimento durante il matrimonio, in applicazione del combinato disposto degli artt. 149 e 232 c.c.

Tre sono i nodi argomentativi che vengono in questa pronuncia. Il primo riguarda la natura, l'oggetto nonché l'ambito nel quale opera il sindacato giurisdizionale nel procedimento disciplinato ex art. 95 e 96 d.P.R. 396 del 2000 per la rettificazione dell'atto di stato civile³. Il secondo riguarda il potere discrezionale di cui gode l'ufficiale di stato civile nel ricevere o meno le dichiarazioni a lui rese.⁴ Il terzo, più rilevante

³ In merito a tale azione si è espressa anche Cass. 12193 del 2018 di cui ci si occuperà nel prosieguo.

⁴ Questo varia in base al tipo di atto che si è chiamati a ricevere: in particolare, per le dichiarazioni che hanno la «funzione esclusiva di dare pubblica notizia di eventi, come la nascita e la morte» è previsto l'obbligo di ricevere quanto riferito dal dichiarante senza che all'ufficiale «competa di stabilire se gli eventi riportati possano essere compatibili con l'ordinamento italiano». Viceversa con riferimento alle dichiarazioni produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona cui si riferiscono – come quella della madre in merito alla paternità della bambina, seppur suffragata dalla documentazione che attestava la relazione biologica e il consenso del padre – l'ufficiale ha il potere/dovere di rifiutare di riceverla ove – come poi effettivamente avvenuto – la ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (cfr. D.P.R. n. 396 del 2000, art. 7). Si era reso necessario, pertanto accertare se il

in questa sede, riguarda la disciplina applicabile al figlio nato da p.m.a *post mortem* e, in particolare, se gli si possano applicare le norme ordinarie previste dal codice civile in materia di filiazione o, se si debbano ritenere applicabili, in ragione della loro specialità, quelle in tema di procreazione medicalmente assistita.

La Corte, peraltro, ha sviluppato il proprio iter argomentativo concentrandosi non sulla liceità della fecondazione *in vitro post mortem*, né sulla trascrivibilità, in Italia, dell'atto di nascita redatto in un paese in cui take tecnica è lecita, bensì sulla corrispondenza fra la realtà del fatto come dichiarato dalla ricorrente e la sua riproduzione nell'atto di nascita. In tal modo, traslando l'indagine dalla liceità della condotta in sé e per sé considerata agli effetti che essa produce nel nostro ordinamento, la pronuncia affrontare la questione riguardante lo status giuridico del nato da p.m.a. -

Posto che la fecondazione sia avvenuta in uno stato che non la vieta⁵ e che il figlio sia nato in Italia, si è reso necessario definire il regime giuridico che regola lo status del nato al fine di garantirgli le forme più adeguate di tutela e di salvaguardia della dignità, in ossequio ai principi di cui agli artt. 2, 30 e 31 Cost.⁶ La dottrina⁷ e la giurisprudenza, anche di merito, sono pressoché unanimi nel ritenere che la normativa codicistica si attagli esclusivamente alla filiazione di tipo naturale ma non a quella da p.m.a. né da adozione, regolate da specifiche normative di settore e rispondenti ad esigenze del tutto peculiari. La sentenza in esame aderisce al suddetto orientamento per due ordini di ragioni. *In primis*, il

rifiuto opposto alla ricorrente dall'ufficiale per la registrazione del cognome paterno nell'atto di nascita «abbia determinato, o meno, una discrasia fra la realtà dalla prima complessivamente dichiarata e la sua riproduzione nell'atto di nascita come redatto dall'ufficiale».

⁵ Si deve ricordare che la Spagna è l'unico stato – tra Francia, Germania, Italia e Inghilterra – a prevedere, l. 14 del 2006, la possibilità di procedere alla fecondazione *post mortem*.

⁶ L'impostazione della Corte muove da un proprio illustre precedente (sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016, «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato») e trova conferma sia nella giurisprudenza della Corte EDU (sentenze c.d. “gemelle” *Menesson c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n.65192/11 e *Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), sia in quella della Corte Costituzionale, che a partire dalla pronuncia n. 347 del 1998 ha sottolineato l'esigenza di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e la preminente tutela giuridica del nato.

⁷ Così CASABURI, op. cit. nota 1.

differimento della nascita non incide sulla identità biologica del figlio data la certezza del patrimonio genetico conferito dal padre. *In secundis*, è il consenso prestato dai genitori ex art. 6 a determinare l'attribuzione dello status di figlio al futuro nato.

2.1. Il consenso come governo di attribuzione dello status.

Posta l'applicazione della normativa speciale di cui alla legge 40 del 2004, la norma a cui fare riferimento risiede nell'art. 8, la quale, non contenendo alcun rinvio agli artt. 4 e 5 che riservano l'accesso alla procreazione a coppie in cui i genitori siano «*entrambi viventi*», dimostra la preminenza della tutela dello stato del nascituro rispetto ai criteri e alle regole di accesso a tale modalità procreativa⁸. Inoltre, per mezzo dell'espresso richiamo all'art. 6, l'art. 8 statuisce che i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia (a seconda che si tratti di coniugi o di conviventi) che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.

In tal modo, il momento della dazione del consenso viene a corrispondere con quello che innesta il legame di genitorialità. E, nel caso specie, tale consenso era stato non solo prestato a monte ma anche reiterato e arricchito dall' «*espressa autorizzazione all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato*».

Il consenso a procedere nel percorso procreativo è l'espressione massima della autoresponsabilità genitoriale – talvolta messa a tacere nei casi di filiazione naturale (non si rinviene nel c.c. alcuna norma equiparabile agli artt. 8 e 9 l. 40/04) – e per questo assume un valore più pregnante rispetto al semplice “consenso informato” al trattamento

⁸ Peralto, come si legge nel testo della sentenza, non è specificato il momento entro il quale entrambi i genitori debbano essere viventi. Inoltre, il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità delle norme in esame (artt. 6, 8, 9) alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita “lecita”; anzi, l'aver espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (Corte Cost. 162/2014), e l'aver previsto in relazione alla stessa l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 9), presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio. A fortiori, tali norme saranno applicabili anche alla p.m.a. omologa post mortem.

medico, in quanto governa lo status del nato, identificandone la maternità e la paternità nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà. Per mezzo della valorizzazione del consenso e degli effetti che da esso scaturiscono in termini di attribuzione dello status di figlio, si tutela il diritto del minore alla certezza della propria provenienza biologica, rivelandosi questa come uno degli aspetti in cui si manifesta la sua identità personale.

Ad avviso di chi scrive, nel caso di fecondazione avvenuta a seguito della morte del coniuge, privare il consenso del suo valore costitutivo, che emerge, come visto, dalla lettura incrociata degli artt. 6, 8 e 9 l. 40/2004, determinerebbe l'insorgere di un duplice ordine di discriminazioni: la prima, nei confronti del figlio nato a seguito da tale tecnica procreativa rispetto ai figli nati nell'ambito di una filiazione naturale, ovvero da p.m.a., omologa o eterologa, con entrambi i genitori viventi. Infatti, non si coglierebbe la ratio sottesa ad una tale disparità di trattamento che andrebbe a ripercuotersi sul minore al quale non sarebbe riconosciuto, insieme a molti altri, il diritto alla provenienza biologica; la seconda, nei confronti dell'intero nucleo familiare che, oltre a trovarsi, a monte, in una situazione di obiettivo svantaggio dato dall'*impotentia generandi* di uno o entrambi i coniugi, e a dover subire la molteplicità di conseguenze che derivano in termini di costi psicofisici nonché economici da tale impotenza, si veda preclusa la possibilità di coltivare il diritto alla vita familiare perpetuandolo per mezzo della attribuzione dello status di figlio e del riconoscimento del legame biologico. Quest'ultima rappresenterebbe anche una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle molteplici situazioni familiari, nelle quali si sia proceduto a filiazione naturale, ovvero a p.m.a., in cui sia venuta a mancare la figura paterna nelle more della gestazione. Né vale obiettare che il riconoscimento dello status di figlio nato da p.m.a. *post mortem* creerebbe una lesione al diritto alla bigenitorialità in quanto, come correttamente afferma la sentenza in esame, «*l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita*».

3. Il quadro attuale della giurisprudenza tra la scomposizione del processo generativo e il baluardo dell'ordine pubblico.

Nella pronuncia appena esaminata, la questione dell'illiceità della fecondazione *post mortem* viene messa in disparte in nome del preminente interesse del minore che si declina in una molteplicità di diritti (tra cui, primo tra tutti, il diritto all'identità, costituente una peculiare declinazione al diritto alla vita privata) che possono essere invocati a sua tutela.

L'apertura verso la «scomposizione del processo procreativo» nonché verso il riconoscimento di forme poliedriche di genitorialità è costretta a subire una battuta d'arresto quando tale libertà entri in collisione con principi di ordine pubblico ritenuti inderogabili. Un esempio, in questo senso, si rinviene nella pronuncia delle S.U. 12193 del 2019 nella quale si è riconosciuta l'incompatibilità con l'ordine pubblico del riconoscimento di una pronuncia straniera che abbia riconosciuto lo *status* di genitore ad un adulto di sesso maschile ed un minore nato a seguito di maternità surrogata con il quale il richiedente non ha legame genetico/biologico.

In questa occasione, la Corte ridefinisce la nozione di ordine pubblico fissata dalla precedente giurisprudenza di legittimità (Cass. 19599 del 2016 e Cass. 16601 del 2018) la quale aveva ritenuto che contribuissero a definire la nozione di ordine pubblico esclusivamente i valori costituzionali e non anche le disposizioni di legge ordinaria.

Allontanandosi dalla nozione di ordine pubblico appena descritta, ha affermato – conformandosi ad un suo precedente, Cass. 24001 del 2014 – che l'ordine pubblico internazionale è un «mosaico composito» e, pertanto, *«in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella*

ricostruzione delle nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

In ragione di ciò, ha ritenuto pacifica l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità risultante dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, osservando che tale disposizione è indubbiamente di ordine pubblico, come suggerisce la previsione della sanzione penale, posta, di regola, a presidio di beni fondamentali.

Ha precisato, inoltre, che «vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»

Nel caso in esame, dunque, il diniego del riconoscimento dello *status filiationis* non era stato determinato dall'orientamento sessuale dei due coniugi, bensì dal fatto che questi avessero fatto ricorso alla maternità surrogata⁹.

⁹ Tale conclusione trova conferma nel diverso esito a cui era giunta la Cass. Sez I, 14878 del 2017 la quale aveva accolto la domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano. In quella occasione si era affermato che l'ordine pubblico, la cui contrarietà impedisce la trascrizione in Italia di atti dello stato civile formati all'estero, ex art. 18 D.P.R. 396/2000, attiene ad 'esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, la trascrizione in Italia di un atto di stato civile validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita del figlio da due madri non contrasta con l'ordine pubblico (nell'accezione anzidetta), per il fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti tale fattispecie. La donazione di un ovulo da una donna alla propria partner, che partorisce grazie al gamete di maschio anonimo, realizza, infatti, una fattispecie differente dalla maternità surrogata, trattandosi di una tecnica fecondata simile ad una fecondazione eterologa in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto). Il disposto di cui all'art. 269, comma 3, c.c. (per cui madre è colei che partorisce) non impedisce il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero, in cui il nato risulti figlio di due madri (quella che ha partorito e quella genetica): la norma non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore, e considerando che essa attiene piuttosto alla prova della filiazione. Tale nozione più aperta e meno rigorosa, rispetto a quella sposata da Cass. 12193 del 2019, di ordine pubblico è enucleata anche in Cass. 19599 del 2016 che elimina la legge ordinaria dal giudizio di conformità all'ordine pubblico, sterilizzandone il significato. Critica questa pronuncia Luccioli in *"Il caso del figlio nato da due madri L' interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico"* in Giudice Donna, n. 4, 2016, pag. 4, secondo la quale le nozioni di ordine pubblico e di tutela del minore devono tenersi distinte per nel loro possibile

Le Sezioni Unite dell'8 maggio 2019 n. 12193 hanno escluso che nei casi in cui non sussista un legame biologico tra il minore ed il cosiddetto genitore intenzionale il superiore interesse del minore debba coincidere sempre con la configurazione di un rapporto di filiazione tra gli stessi. Tuttavia, anche quest'ultima pronuncia, la tutela del minore era stata assicurata per mezzo del ricorso allo strumento della adozione in casi speciali di cui l'art. 44, l. d. l. n. 184 del 1983.

Dalle pronunce appena esaminate emerge la necessità di perseguire il preminente interesse del minore, nato e venuto ad esistenza, nella forma più intensa possibile da rinvenirsi tra quelle compatibili con i principi di ordine pubblico interni al nostro ordinamento. Dunque, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità ha avuto il merito di inquadrare giuridicamente i bisogni derivanti dal contesto sociale conciliando, non senza contraddizioni, i profili derivanti dalla responsabilità genitoriale con i limiti ontologici posti a presidio della tutela della gestante nel caso di fecondazione per altri, sempre nell'ottica del perseguimento del miglior interesse del minore.

4. Una lettura coordinata della recente decisione della Consulta 221/2019.

Da ultimo, si vuole dare atto di una recente pronuncia del giudice delle leggi la quale, allo stesso modo degli arresti della Suprema Corte oggetto della precedente analisi, lambisce "temi eticamente sensibili"¹⁰, ossia, nella specie, l'esistenza in capo ai componenti delle coppie omoaffettive di un diritto ad essere genitori. Nonostante sia, oramai, pacifico¹¹ che al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 44, lett. d), l. 184

interferire. Il primo atterrebbe ad una valutazione di tipo generale e astratto, laddove invece il secondo dovrebbe essere valutato in concreto.

¹⁰ Sul punto si veda Corte Cost. 162 del 2014.

¹¹ Sul punto di veda Cass. 12962 del 2016, la quale ha ammesso, per la prima volta, l'adozione del figlio del partner nelle coppie omosessuali affermando che in tema di adozione in casi particolari, «l'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1994, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della "condicio legis" della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo

del 1983 sia possibile adottare il figlio del partner convivente, diverso è il caso in cui la coppia omoaffettiva manifesti l'intenzione di ricorrere alla PMA.

L'oggetto del ricorso era, pertanto, la legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 della l. 40 del 2004 nella parte in cui vietano alle coppie omoaffettive la possibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e prevedono che sia sanzionata la violazione del divieto¹².

In relazione al parametro di costituzionalità, le Corti territoriali¹³ rimettenti hanno affermato che le predette disposizioni normative si pongano in contrasto con gli articoli 2, 3, 31, della Costituzione nonché con gli articoli 8 e 14 della Cedu, per mezzo del parametro interposto di cui agli articoli 10 e 117 della Costituzione.

In relazione all'art. 2 Cost. i componenti della coppia omoaffettiva verrebbero lesi nell'esercizio del loro diritto alla genitorialità sia come singoli, sia nella formazione sociale ove si svolge la loro personalità. Con riferimento all'art. 3 Cost. si darebbe «origine a disparità di trattamento basate sull'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei cittadini». La norma, infatti, limiterebbe l'accesso alla PMA solo a coloro che non dispongono dei mezzi economici necessari per effettuarla in uno stato estero che non la vieti. Le norme censurate violerebbero, ancora,

e non di impossibilità "di fatto", derivante da una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico. La mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio "partner"» in Italgire, massima a sentenza 12962 del 2016. Si veda, altresì, Cass. 12193 del 2019 la quale, escludendo la possibilità di trascrivere l'atto di nascita del figlio di coppia omoaffettiva composta da genitori maschi, ne ammette l'adottabilità ex art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1994.

¹² Art. 5 «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.» Art. 12, comma 2, «Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.»

¹³ La Consulta si è pronunciata riunendo due ricorsi aventi ad oggetto la medesima questione, sollevati dal Tribunale di Pordenone e dal Tribunale di Bolzano.

l'art. 31 Cost. dal momento che l'ordinamento è chiamato a proteggere la maternità e, l'art. 32 Cost. in relazione alla tutela della salute. Da ultimo, per il mezzo del parametro interposto degli artt. 10 e 117 Cost, gli artt. 5 e 12 della l. 40/2004 sarebbero in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita familiare e il divieto di discriminazione.

La Consulta, pur riconoscendo l'adeguatezza delle ragioni esposte dai ricorrenti (par.6), ha affermato che le norme censurate non si pongono in contrasto con i valori della Costituzione.

In particolare, in relazione agli articoli 2 e 3 Cost. la Corte ha affermato, richiamando la sentenza 162 del 2004, che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti». Essa deve essere bilanciata con gli altri interessi costituzionalmente protetti che vengono in rilievo quando si proponga di alterare «le dinamiche naturalistiche del processo generazionale degli individui», suscitando importanti interrogativi di ordine etico. Non sarebbe altresì violato né l'art. 31 Cost. «il quale riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore» né l'art. 32 dal momento che la tutela del diritto costituzionale alla salute «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione»¹⁴. In relazione agli articoli 8 e 14 CEDU, si è affermato che se «è ben vero che, a partire dalla sentenza 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf contro Austria*, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nell'affermare che alla coppia

¹⁴È necessario specificare che il Tribunale di Bolzano aveva denunciato la violazione dell'art. 32 Cost. non solo in relazione al generale danno fisico e psichico determinato dalla impossibilità di diventare genitori, ma con specifico riferimento al fatto che entrambe le ricorrenti, parti dell'unione civile, risultavano affette da patologie che le rendevano incapaci di procreare naturalmente: l'una perché non produce ovociti; l'altra perché non in grado di portare a termine una gravidanza senza grave rischio. In questo caso, il Tribunale ricorrente afferma che «impedire alle componenti di una coppia dello stesso sesso di superare le loro patologie riproduttive, tramite l'utilizzazione complementare delle potenzialità riproduttive rispettive», sarebbe stato in contrasto con lo «scopo latu sensu terapeutico che la legge 40 del 2004 assegna alla PMA».

omosessuale compete il diritto al rispetto della vita, non solo privata, ma anche familiare, al pari della coppia di sesso opposto», tuttavia la stessa Corte Edu ha ritenuto che «nella disciplina della fecondazione medicalmente assistita – la quale suscita delicati problemi di ordine etico e morale – gli Stati fruiscano di un ampio margine di apprezzamento» e proprio in ragione tale ottica «ha ritenuto non incompatibile con la CEDU il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legislazione austriaca Grande camera, sentenza 3 novembre 2011, S. H. contro Austria, che ha ribaltato la conclusione cui era giunta la prima sezione della Corte con la sentenza 1° aprile 2010, S. H. contro Austria)»

La Consulta ha aggiunto che tali conclusioni non ledono l'interesse del minore e che non si pongono in contrasto con la possibilità, affermata dalla Corte di Cassazione, di procedere alla trascrizione nel registro dello stato civile in Italia di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne. Si deve distinguere, infatti, il caso in cui il minore sia già venuto ad esistenza e necessiti pertanto di essere tutelato, dal caso in cui la nascita del figlio è ancora allo stadio progettuale. Nel caso di adozione da parte della coppia omoaffettiva *«il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela (...) l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che – in base al ricordato indirizzo giurisprudenziale – va verificato in concreto (così come, del resto, per l'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale).*

Al contrario, la p.m.a. *«serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”».*

5. Conclusioni.

Si procede, ora, ad alcune osservazioni conclusive, nella consapevolezza che il tema esaminato, per la sua rilevanza e complessità, non si presta a riflessioni semplificatorie o riduzionistiche. I casi esaminati

intavolano tematiche nuove, che danno vita a ramificazioni ulteriori nel già intricato dedalo di pronunce il tema di filiazione e di genitorialità.

Nella prima fattispecie esaminata, il giudice si è espresso nel senso della possibilità di procedere alla rettificazione dell'atto di stato, in tal modo sottendendo che la pratica della fecondazione *post mortem*, ancorché non espressamente prevista nel nostro ordinamento, non ne mette in crisi la coerenza sistematica. E, tale valutazione, pur se implicita, appare suffragata dal confronto di tale pronuncia con quella emessa a Sezioni Unite n. 12193 del 2019, la quale è giunta ad una conclusione opposta in forza dell'inderogabilità dei principi posti a fondamento dell'ordine pubblico, quale, nella specie, era il divieto di maternità surrogata. Inoltre, accanto ad una tutela pressoché incomprimibile dell'interesse del bambino, comunque sia composta la sua famiglia, non viene riconosciuta dignità al diritto dei membri della coppia omoaffettiva di diventare genitori ricorrendo alla p.m.a., come affermato da ultimo dalla Consulta nella sentenza 221 del 2019.

Tali arresti rafforzano molteplici interrogativi: quale sia la portata degli artt. 29 e 30 della Costituzione nel senso della rilevanza costituzionale del figlio ad essere istruito, educato e mantenuto dai *propri* genitori; se sussistano limiti ai principi di libertà sessuale e di trasmissione della vita; se si possa parlare di assolutezza del diritto di procreare, come diritto fondamentale dell'individuo, o se questo debba essere temperato con altri diritti fondamentali della persona, specialmente nell'ambito della procreazione artificiale. E, in merito a ciò, una parte della dottrina si chiede se la madre possa essere ritenuta responsabile ex art. 2043 c.c. per aver consentito alla nascita in assenza delle c.d. "migliori condizioni di partenza".

In mancanza di un quadro normativo adeguato, e auspicando un intervento lucido e ponderato del legislatore, al quale è demandata la ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze in gioco in ragione del suo ruolo di interprete dalla volontà collettiva, spetta al giudice definire la allocazione ottimale degli interessi coinvolti, da individuarsi tanto nel migliore interesse del minore e dei suoi genitori quanto nella tenuta generale del nostro ordinamento.