

Appunti in ordine alla questione dello stato del figlio nato da coppie di donne o di uomini dello stesso sesso in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA).

Sul punto:

la Corte costituzionale con sentenze del 9/3/2021 n. 32 e 33 ha statuito come segue:

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, L. n. 218/1995 e dell'art. 18, d.P.R. n. 396/2000 sollevate in riferimento agli artt. 2,3,30, 117 Costo Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata - nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati - non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore (il caso riguardava il riconoscimento dell'atto di nascita straniero recante la doppia paternità del bambino nato da maternità surrogata all'estero).

La Corte costituzionale in buona sostanza riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori ma rimette la soluzione del problema alla valutazione del legislatore al quale spetta il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini, nati da maternità surrogata, nel contesto del difficile bilanciamento tra la finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori.

Ed infatti con le suddette importanti sentenze la Corte affronta la questione dello stato dei figli nati da coppie omoaffettive, siano essi nati da coppie di donne o da coppie di uomini.

Nell'uno e nell'altro caso al centro dell'attenzione vengono messi il bambino e i suoi diritti, che ricevono preminente tutela nel sistema costituzionale interno ed europeo.

L'attuale diritto vivente, che non ammette la formazione dell'atto di nascita con l'indicazione di due mamme o il riconoscimento

del provvedimento straniero che attribuisce la doppia paternità non tutela adeguatamente i diritti del bambino alla propria identità familiare e sociale, il suo diritto ad avere come genitori entrambe le persone che ne hanno voluto la nascita e sono responsabili della sua formazione.

Fino ad ora i giudici avevano esaminato ciascun caso separatamente, ed erano pervenuti a soluzioni differenziate a seconda delle diverse situazioni in cui si presentava il problema del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale (chiamato genitore sociale) vale a dire con colui il quale, pur non avendo un rapporto genetico col figlio, ne ha voluto la nascita nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, se ne prende cura ed è responsabile della sua formazione.

Quando è stato redatto un atto di nascita straniero si è propensi ad ammetterne il riconoscimento se da esso risulti la doppia maternità (v. Cass.19599 /2016), ma non quando venga indicata la doppia paternità (v.Cass. Se.Un.12193/2019).

Nel caso, poi - ed è quello più frequente - in cui il figlio di una coppia di donne che è andata all' estero per la fecondazione eterologa nasca in Italia, si tende ad escludere che l'ufficiale di stato civile possa accogliere la domanda di formare l'atto di nascita che indichi la doppia maternità (v. Cass. 8020/2020;Cass. 7668/2020).

Si guarda invece con favore all'adozione in casi particolari (art. 44, letto d, L n. 184/1983) che viene considerata la via maestra per dare veste giuridica al rapporto con il genitore sociale (v. Cass. 12962/2016).

Può sorprendere il fatto che, a fronte di un'unica domanda di giustizia da parte dei bambini, si prospettino soluzioni così differenziate. Il fatto è che fino ad ora i giudici hanno cercato una risposta partendo dall'assunto che nell'ordinamento si rifletta un modello di famiglia, per così dire, tradizionale, dove vi sono un padre e una madre, un modello la cui conservazione corrisponde all'interesse generale.

Fa eccezione solamente il caso del bambino nato all' estero da due mamme il riconoscimento del cui atto di nascita straniero è stato ammesso, dato che in questo caso non è stato possibile invocare un ordine pubblico ostativo all'applicazione delle regole internazionalprivatistiche di riconoscimento dei provvedimenti stranieri.

Cosa è cambiato, allora, con le due pronunce in commento della Corte costituzionale? È cambiato lo sguardo del diritto che finalmente si rivolge al bambino, e nel prisma dei suoi diritti esamina i due diversi casi.

La Corte non abbandona la linea tracciata dai suoi precedenti (nn. 237/2019, 230/2020 ed anche questa volta le due sentenze

dichiarano inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, ritenendo necessario l'intervento del legislatore. C'è tuttavia un cambio di passo. Non solo l'intervento del legislatore viene definito "indifferibile" e viene giudicato "non ... più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa" (n. 32), ma, ancor prima il bambino e i suoi diritti sono al centro dell'attenzione.

Ma l'invito che la Corte rivolge al legislatore perché ponga rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela solleva, de iure condito, l'interrogativo su quali siano le forme e i modi di tutela, coerenti con i precetti costituzionale, che, nell'attesa di una legge, debbono essere garantiti per rendere effettivi i diritti del bambino.

In attesa dell'intervento del legislatore auspicato dalla Corte costituzionale, nella fecondazione eterologa omosessuale femminile il problema dell'attribuzione dello stato di figlio nei confronti della madre intenzionale non si presta ad essere fronteggiato tramite l'applicazione analogica della norma sull'efficacia costitutiva del consenso in considerazione della sua natura eccezionale, ma attraverso un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente adeguata delle norme sull'adozione in casi particolari: che consenta di superarne gli ostacoli applicativi e di dilatarne gli effetti.

Ma il ricorso all'adozione come soluzione per garantire lo stato di figlio rispetto al genitore d'intenzione ai nati da fecondazione eterologa e gestazione praticata all'estero da coppie dello stesso sesso, non ha persuaso gli interpreti, i quali hanno sottolineato le discrepanze tra lo stato di figlio e la condizione del minore adottato ex art. 44, lett. d), L. n. 184/1983 e, in particolare, la difformità rispetto alle indicazioni contenute nel parere consultivo reso dalla Corte Edu: il parere ammette, infatti, quale alternativa alla trascrizione il "procedimento di adozione, purché questo produca effetti simili a quelli del riconoscimento legale nell'atto di nascita e consenta un procedimento di riconoscimento dello *status veloce* e dunque idoneo a ridurre la situazione di incertezza"

Tra i profili critici si sottolinea che sul piano dell'acquisto dello stato di figlio, l'adozione presuppone un giudizio e quindi espone il minore ai tempi processo e ai rischi di eventuali sopravvenienze (ripensamento, morte, crisi del rapporto con l'altro genitore) L'adozione non presenterebbe, pertanto, i requisiti di rapidità e di efficacia indicati dalla Corte EDU come condizioni di ammissibilità dei percorsi alternativi alla trascrizione, formulati nell'ambito del margine di apprezzamento statale.

La Cassazione sez. un., 31/03/2021, n. 9006 ha statuito come segue:

La controversia che origina dal rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di trascrivere il provvedimento giurisdizionale straniero con cui è disposta l'adozione di un minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile deve essere trattata dalla Corte d'appello

in unico grado, in applicazione dell'art. 67 della l. n. 218 del 1995, qualora entrambi gli adottanti risiedano all'estero e uno solo di essi sia cittadino italiano, poiché le leggi speciali sull'adozione, richiamate dall'art. 41 della legge cit., non si applicano in mancanza dei requisiti soggettivi di cui agli artt. 35 e 36 della l. n. 184 del 1983, né la vertenza può essere ricondotta alla disciplina di cui agli artt. 95 e 96 del d.P.R. n. 396 del 2000, tenuto conto che la trascrizione riguarda un atto formato all'estero, e non in Italia, in relazione al quale rilevano le condizioni per il riconoscimento dell'efficacia nel nostro ordinamento, e non la dimensione formale dello stesso o l'ambito delle attribuzioni e delle competenze dell'ufficiale di stato civile.

La Cassazione 23/8/2021 n. 23319, invece, ha statuito come segue:

In materia di stato civile, è legittimamente trascritto in Italia l'atto di nascita formato all'estero, relativo a un minore, figlio di madre intenzionale italiana e di madre biologica straniera, non essendo contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento di un rapporto di filiazione in assenza di un legame biologico, quando la madre intenzionale abbia comunque prestato il consenso all'impiego da parte della "partner" di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche se tali tecniche non sono consentite nel nostro ordinamento.