

Paternità senza relazione biologica

di CHIARA CAMPAGNA

SOMMARIO: 1. Inquadramento normativo - 2. La legge n. 219/2012 e la legge n. 40/2004: dal mutamento dello *status* di figlio legittimo al, seppur parziale, riconoscimento della procreazione medicalmente assistita - 3. L'adozione quale strumento atto a tutelare il *best interest* del minore - 3.1. La legge n. 76/2016 e la questione attinente all'ostensibilità della disciplina adottiva tra persone dello stesso sesso - 3.2. La sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 12193/2019 e l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 8325/2020.

The progress of medical science has offered new and effective remedies not only to the pathologies that afflict human beings, including infertility or sterility, but also to the objective impossibility of satisfying the desire for the parenthood by people of the same sex. At the same time, similar methodologies have raised problems concerning the ethical-legal aspect, in particular with reference to the absence of a biological relationship even of one of the two subject of the couple involved (international parents) towards the child.

In fact, one wonders whether the necessary need to protect minors, generated without any biological relationship with one of the two subject belonging to the couple, appears aimed at satisfying not so much the interest of the minor himself, but rather the interest of the adults to have their right/ desire for parenthood satisfied.

1. Inquadramento normativo.

Il progresso della scienza medica ha offerto nuovi ed efficaci rimedi non solo alle patologie che affliggono gli esseri umani, ivi comprese l'infertilità e la sterilità, ma anche all'impossibilità oggettiva di soddisfare il desiderio di genitorialità da parte di persone dello stesso sesso. In pari tempo, simili metodologie hanno posto problematiche riguardanti il

profilo etico-giuridico, in particolare con riferimento all'assenza di relazione biologica anche di uno dei due soggetti della coppia coinvolta (genitori intenzionali) nei confronti del nato. Le pratiche di procreazione medicalmente assistita mediante intervento medico, nonché di maternità surrogata sono diffuse ormai da anni e sono state a lungo eseguite in assenza di una disciplina normativa riguardante sia le condizioni di ricorso alla fecondazione sia – ed è questo il profilo più delicato – lo *status* di figlio nato in conseguenza di un tale intervento. È bene precisare che il predetto vuoto normativo è stato colmato dall'entrata in vigore della l. 40/2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»¹, la quale persegue la finalità di tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti. Possono accedere, infatti, alle tecniche di procreazione, coppie di persone maggiorenni di sesso diverso, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi. Il legislatore pone, però, il divieto di ricorrere alla cd. surrogazione di maternità ex art. 12, comma 6, della legge predetta². Inizialmente tale divieto era esteso anche alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; tuttavia con l'intervento della Corte Costituzionale nel 2014³, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004⁴, per esplicita violazione della libertà di autodeterminarsi disciplinata dagli artt. 2, 3 e 31 Cost., ammettendo, dunque, il ricorso a tecniche di tipo eterologo nelle sole ipotesi in cui sia stata diagnosticata una patologia che abbia causato sterilità irreversibile. Oltre che mediante il ricorso alle tecniche propriamente definite di fecondazione assistita, il nostro ordinamento consente ad un soggetto di soddisfare il proprio bisogno di genitorialità, pur senza che ricorra alcuna relazione biologica, attraverso l'adozione del figlio dell'altro coniuge (c.d. *stepchild adoption*), di recente introduzione con la l. n. 76/2016⁵, nonché

¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita».

² Ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³ Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162.

⁴ L'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, prevedeva: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

⁵ Legge 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»).

mediante l'istituto dell'adozione in generale, tenuto conto dell'effettivo *discrimen* tra l'adozione in casi particolari ex art. 44, l. n. 184/1983 e l'adozione piena⁶.

Ci si chiede, dunque, se l'esigenza di tutela dei minori, generati senza alcuna relazione biologica con uno dei due soggetti appartenenti alla coppia, appaia volta alla soddisfazione non tanto dell'interesse del minore stesso, quanto piuttosto, dell'interesse degli adulti di vedere soddisfatto il proprio diritto/desiderio di genitorialità.

2. La legge n. 219/2012 e la legge n. 40/2004: dal mutamento dello *status* di figlio legittimo al, seppur parziale, riconoscimento della procreazione medicalmente assistita.

Prima di individuare lo *status* del soggetto privo di relazione biologica con il minore nato e le eventuali azioni proponibili, appare opportuno svolgere alcune considerazioni in merito agli istituti sopra indicati.

Ebbene, con il termine “filiazione” si intende il rapporto intercorrente tra il nato e i soggetti che l'hanno concepito. Prima della riforma attuata con l. n. 219/2012⁷, il nostro ordinamento giuridico distingueva tra filiazione in costanza di matrimonio e filiazione al di fuori del matrimonio, riservando allo *status* di figlio nato nel matrimonio un netto *favor* rispetto a quello di figlio “naturale”, subordinato al riconoscimento da parte dei genitori.

Non potendosi più concepire una simile discriminazione fondata essenzialmente sulla nascita e sullo *status* genitoriale, indipendentemente dalla sussistenza o meno del vincolo

⁶ L'art. 44, l. n. 184/1983, inserito all'interno del Titolo IV rubricato «Adozioni in casi particolari», statuisce espressamente che: «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli legittimi. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare».

⁷ Legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali».

matrimoniale, il legislatore ha ben pensato di modificare lo *status* di figlio omettendo ogni riferimento alle categorie predette.

L'unificazione dello *status* di figlio si fonda sui principi fondamentali e sui diritti inviolabili di cui si fanno portatori, oltre alla Costituzione, anche le fonti sovranazionali, i quali non intendono ridurre la valenza etico-giuridica del matrimonio in quanto tale, ma mirano ad una estensione dal punto di vista semantico e normativo del rapporto di filiazione come valore relativamente "indipendente", in forza del già citato preminente interesse del minore e del principio della responsabilità per la procreazione⁸.

Per quanto concerne il figlio concepito con ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, risulta ormai pacifico che esso assume lo *status* di figlio della coppia che si sia sottoposta a tali tecniche, con la precisazione che, in questo caso, non è necessario un atto di riconoscimento da parte dei genitori ma è sufficiente il momento della nascita, vigendo in capo alla coppia medesima un espresso divieto di disconoscimento a seguito di prestazione del consenso.

Con riferimento, invece, al soggetto che dona il seme nell'ambito di tecniche di tipo eterologo, questi non assume alcuna parentela con il nato, nei cui confronti quindi non può far valere alcun diritto o obbligo.

Il progresso scientifico ha permesso di rivedere le categorie di soggetti legittimati a ricorrere alle tecniche predette. Invero, con riferimento alla possibilità di accesso alla fecondazione assistita delle sole coppie sterili o infertili, è intervenuta la Consulta con una pronuncia del 2015⁹, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4, l. n. 40/2004, nella parte in cui non estendevano tale possibilità di ricorso alle coppie fertili, portatrici però di malattie genetiche.

3. L'adozione quale strumento atto a tutelare il *best interest* del minore.

Ulteriore tutela dell'interesse di un soggetto – adulto e sprovvisto di prole – a formare una famiglia, nonché del diritto fondamentale del minore ad una famiglia, è riconosciuta

⁸ È quanto precisato nell'art. 315 c.c. rubricato «Stato giuridico della filiazione», ove si afferma che tutti i figli hanno eguale stato giuridico.

⁹ Corte cost., 14 maggio 2015, n. 96.

dall'adozione. L'adozione dei minori di età è disciplinata dalla l. n. 184/1983, la quale è consentita non solo nei confronti di soggetti che si trovino in stato di abbandono, ovvero privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori tenuti a provvedervi, ma anche in casi particolari riguardanti l'ipotesi in cui il minore non si trovi in stato di abbandono o quando l'adozione piena non sia realizzabile. In quest'ultimo caso, infatti, si parla di adozione non legittimante, in quanto il minore non acquista lo *status* di figlio, ma gli sono riconosciuti soltanto i diritti propri del rapporto di filiazione (mantenimento, educazione, istruzione). L'art. 44 della suddetta legge individua tassativamente i casi di adozione non legittimante in quattro ipotesi ovvero quando: 1) il minore è orfano; 2) il minore è figlio del coniuge dell'adottante; 3) il minore è orfano ma è affetto da *handicap*; 4) per il minore risulta impossibile l'affidamento preadottivo.

Il predetto procedimento di adozione presenta, inoltre, analogie e differenze rispetto all'adozione piena. Invero, se da un lato è necessario che il Tribunale competente verifichi l'esistenza dei requisiti prescritti al fine di valutare se l'adozione risponda al preminente interesse del minore, dall'altro trattasi di un procedimento notevolmente più snello rispetto a quello descritto dagli artt. 8 e ss. della legge sull'adozione.

Se fino al 2007 tale tipologia di adozione era ammessa soltanto per le coppie coniugate, successivamente, grazie all'intervento di una copiosa giurisprudenza intervenuta sul punto, si è estesa tale facoltà anche ai conviventi eterosessuali, ritenendo preminente l'interesse del minore non solo ad un rapporto affettivo ma anche giuridico consistente in diritti ma soprattutto in doveri.

3.1 La legge n. 76/2016 e la questione attinente all'ostensibilità della disciplina adottiva tra persone dello stesso sesso.

Con l'introduzione della l. n. 76/2016, che regola le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, si è posto il problema dell'ostensibilità della disciplina adottiva anche a tali categorie di soggetti. È bene precisare che proprio le unioni civili condividono con il matrimonio i tratti essenziali inerenti al momento costitutivo dell'atto e il profilo attinente alle relazioni interpersonali del rapporto, nonostante la diversità dal punto di vista giuridico degli istituti in sé considerati. A rigore di ciò si rileva, infatti, che il *punctum*

dolens rispetto all'istituto del matrimonio riguarda proprio i rapporti con i figli, prevedendo il nuovo testo l'impossibilità di estendere l'intera disciplina dell'adozione alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché l'impossibilità per uno dei due componenti della coppia di adottare il figlio dell'altro secondo quanto previsto dall'art. 44, l. n. 184/1983. Sul punto, proprio l'art. 1, comma 20, l. n. 76/2016, con specifico riferimento all'adozione, dispone che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». È dunque lapalissiano il divieto di una applicazione analogica dell'istituto dell'adozione legittimante riservata ai coniugi, nonché dell'adozione in casi particolari espressamente prevista dall'art. 44, lett. b), della legge sull'adozione sopra richiamata, in favore delle predette unioni civili.

Nonostante il vuoto normativo, in ragione della palese contraddittorietà tra l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce qualsiasi tipo di formazione sociale¹⁰, e l'art. 29 Cost., che qualifica come famiglia legittima esclusivamente quella fondata sul matrimonio¹¹, si è assistito ad una continua evoluzione, seppur ancora ondivaga, della giurisprudenza di legittimità sul tema, che ha portato la Suprema Corte di Cassazione all'elaborazione di una serie di pronunce aventi come nucleo centrale proprio la valorizzazione del profilo riguardante il legame affettivo e stabile tra i soggetti coinvolti e il superiore interesse del minore. Tale interpretazione è stata avallata da una nota sentenza della Cassazione del 2016¹², secondo cui la trascrizione dell'atto di stato civile in Italia validamente formato all'estero, nel quale risulti la nascita di un figlio da due madri, non contrasta con l'ordine pubblico, dal momento che la donazione di un ovocita da parte della donna alla propria *partner* che partorisce grazie ad un gamete anonimo, realizza una fattispecie differente dalla maternità surrogata.

La giurisprudenza di legittimità, tentando di offrire copertura giuridica ad una situazione preesistente, non ha però considerato la situazione in cui verserebbero le coppie omosessuali di sesso maschile, desiderose di soddisfare il bisogno di genitorialità, obbligate dunque a

¹⁰ Ai sensi dell'art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹¹ Ai sensi dell'art. 29 Cost.: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

¹² Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599.

ricorrere, senza possibilità di scelta, alla maternità surrogata, rivendicando per sé il ruolo pieno di genitori e non accontentandosi dello *status* adozionale.

3.2 La sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 12193/2019 e l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 8325/2020.

Si assiste, dunque, ad un vivace dibattito giurisprudenziale foriero di implicazioni pratiche in punto di disciplina.

Invero, la Cassazione tende a richiamare la nozione di ordine pubblico internazionale *ex art.* 16 l. n. 218/1995¹³, come vero e proprio limite all'applicazione del diritto straniero e con riferimento ai principi costituzionali, europei e sovranazionali espressi all'interno dei Trattati istitutivi, della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, nonché della CEDU e della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

In una recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2019¹⁴, si è posta l'attenzione sul particolare caso di una coppia maschile, ricorso alla maternità surrogata, che aveva chiesto la trascrizione in Italia di un provvedimento del giudice canadese con cui si affermava la genitorialità di entrambi attraverso la modifica dell'atto di nascita. Trattasi di due soggetti uniti civilmente, in cui soltanto uno di essi può vantare la relazione biologica con il nato, mentre l'altro assumerebbe lo *status* di genitore "intenzionale". Le Sezioni Unite concludono nel senso dell'inefficacia in Italia del predetto provvedimento, in quanto si aggirerebbe non soltanto il divieto del ricorso alla maternità surrogata riconosciuto come reato nel nostro ordinamento, ma anche l'istituto dell'adozione non legittimante, già riconosciuto dalla precedente giurisprudenza tanto per le coppie femminili quanto per le coppie maschili. Se ne deduce che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite offre un'occasione di riflessione sul concreto e preminente interesse del minore e, di conseguenza, sul suo diritto ad avere una identità certa in termini giuridici ed etico-legali.

¹³ Ai sensi dell'art. 16, l. n. 218/1995: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

¹⁴ Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 1283.

A tal proposito è intervenuta la Corte di Cassazione con un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale in ordine alla questione circa la possibilità di riconoscere il provvedimento giudiziario straniero relativo ad un minore nato all'estero attraverso la maternità surrogata e riconosciuto come figlio di una coppia dello stesso sesso. Si è infatti posta l'attenzione sul Protocollo n. 16 della CEDU¹⁵ secondo cui «...un divieto generale ed assoluto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale sarebbe lesivo dell'identità del minore e del suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, poiché ne comprometterebbe il radicamento nel contesto familiare in cui è nato». Tale impostazione rappresenta peraltro il filo conduttore di una serie di disposizioni contenute nelle fonti di natura sovranazionale, quali ad esempio le convenzioni internazionali e i trattati istitutivi, ove, tra i diritti fondamentali garantiti a ciascun individuo, emerge proprio il riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale che non sia anche genitore biologico. Sembrerebbe dunque che le tutele del minore debbano essere garantite al solo fine di consentirgli di sviluppare correttamente la sua personalità all'interno di qualsiasi contesto o formazione sociale in modo assolutamente dignitoso e sano sia sul piano affettivo che sul piano giuridico.

Alla luce delle predette considerazioni, pertanto, si evince la naturale scelta del legislatore di demandare agli interpreti il compito di individuare quei diritti che possano garantire ai figli certezza e stabilità nel rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. La questione rimane, peraltro, ancora aperta fintantoché sul punto non si pronunci la Consulta.

La tutela del minore ha, altresì, costituito il perno della disciplina circa la proponibilità di azioni volte all'accertamento dello stato di figlio "legittimo". Trattasi, nella specie, delle azioni di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, di disconoscimento della paternità, di contestazione e di reclamo dello stato di figlio.

Con riferimento alle argomentazioni sopra esposte, per quel che concerne la fecondazione eterologa, è pacifico che il soggetto che presti il proprio consenso al trattamento non possa in futuro proporre alcuna azione di disconoscimento. Per quanto concerne, invece, la maternità

¹⁵ Protocollo n. 16 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

surrogata praticata all'estero e il cui atto di nascita può validamente essere trascritto in Italia, si potrebbe ipotizzare la proponibilità dell'azione di riconoscimento da parte del padre anche senza alcuna relazione biologica o della dichiarazione giudiziale di paternità, nonché l'azione di reclamo della legittimità da parte del minore medesimo.

L'azione di riconoscimento espressamente disciplinata dall'art. 250 c.c. mira al riconoscimento dell'effettivo *status* di figlio legittimo. L'interesse del minore costituisce il criterio fondamentale in base al quale il giudice deve concedere o negare l'autorizzazione. La non sufficiente determinatezza della disposizione, in assenza di una elencazione tassativa dei requisiti che possano comprovare lo *status filiationis* del minore in questione e l'ammissibilità dell'azione predetta, ha ingenerato notevoli dubbi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento, la verifica dell'esistenza di tale interesse dovrebbe essere svolta in concreto; un secondo indirizzo, invece, ritiene che il riconoscimento possa essere negato soltanto in casi eccezionali, valorizzando del resto il diritto del figlio ad avere una famiglia e ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori, sulla base del principio della bigenitorialità.

L'art. 269 c.c. disciplina, invece, la dichiarazione giudiziale di paternità, la quale può essere provata con ogni mezzo, lasciando presupporre, in casi di assenza, indeterminatezza o incompletezza dell'atto di nascita, il ricorso al possesso di stato, ossia la convinzione di far valere la condizione di figlio anche a chi non è in grado di dimostrare di essere stato riconosciuto.

Si potrebbe, altresì, richiamare l'azione di reclamo della legittimità ex art. 239 c.c. da parte del figlio al fine di ottenerne il riconoscimento, nel caso in cui non risulti dall'atto di nascita. Considerato, dunque, l'elenco non tassativo dei casi in cui il reclamo è ammesso, appare ragionevole la possibilità per lo stesso minore di far valere, ove consentito e sulla base del suo preminente interesse alla certezza legale dello *status filiationis*, la bigenitorialità anche nei confronti del soggetto privo di relazione biologica con il nato.