



REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI BRESCIA
- Volontaria Giurisdizione -

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Enrico Consolandi Presidente
dott. Andrea Tinelli Giudice relatore
dott.ssa Patrizia Fantin Giudice

a scioglimento della riserva assunta all'udienza dell'8 ottobre 2020,
ha pronunciato il seguente

DECRETO

Nel procedimento iscritto al n. [redacted] 2019 V.G. promosso da
[redacted] e [redacted] (avv. Michele Giarratano)
con l'intervento del

Pubblico Ministero

«oggetto: ricorso *ex artt.* 95 e ss. D.P.R. n. 396/2000»

Esposizione dei fatti:

le sig.re [redacted] e [redacted] hanno fatto ricorso in territorio spagnolo, presso
la città di Bilbao, alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo;

in data [redacted] 2017, la sig.ra [redacted] ha partorito [redacted]

l'atto di nascita della bambina, formato presso il Comune di [redacted] menziona, quale
madre, la sola [redacted]

di conseguenza, le odierne ricorrenti si sono attivate presso il predetto Comune al fine di
consentire alla sig.ra [redacted] di riconoscere la figlia;

il Comune, pur non definendo il procedimento amministrativo con un rigetto formale, non
ha dato corso alla richiesta delle attrici;

le istanti hanno allora proposto ricorso *ex artt.* 95 e ss. D.P.R. n. 396/2000, chiedendo al
Tribunale di «dichiarare illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di [redacted]
di ricevere la dichiarazione di riconoscimento della minore [redacted] presentato in data

21.03.2019 dalle sig.re [redacted] e [redacted] e per l'effetto dare atto del riconoscimento stesso e ordinare la rettificazione dell'atto di nascita di [redacted] mediante aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, [redacted];

il procedimento si è articolato nella richiesta di parere del Giudice Tutelare, nell'intervento del Pubblico Ministero e nell'audizione delle ricorrenti all'udienza dell'8 ottobre 2020.

La vicenda deve essere inquadrata all'interno della cornice della l. 19 febbraio 2004, n. 40, recante «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*».

Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito, previa prestazione di consenso informato (art. 6 l. n. 40/2004), in presenza di presupposti oggettivi (artt. 1 e 4 l. n. 40/2004) e requisiti soggettivi (art. 5 l. n. 40/2004); a seguito dell'intervento della Consulta, può essere anche di tipo eterologo, «*qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili*» (C. Cost. sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162).

Sul piano oggettivo, la procreazione medicalmente assistita è volta a porre rimedio a «*problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana*» (art. 1), documentati da atto medico e non altrimenti risolvibili (art. 4). Inoltre, per effetto della sentenza della Corte costituzionale 14 maggio - 5 giugno 2015, n. 96, ad essa possono altresì accedere le «*coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194*».

I requisiti soggettivi circoscrivono i fruitori della procreazione medicalmente assistita alle «*coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*» (art. 5).

L'art. 8 l. n. 40/2004 disciplina, poi, la condizione giuridica dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, i quali «*hanno lo stato di figli o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime*».

Questa disposizione è fondamentale per individuare il trattamento giuridico delle ipotesi – come quella in esame – in cui due donne abbiano fatto ricorso, all'estero, alla procreazione medicalmente assistita, e la madre c.d. intenzionale intenda poi riconoscere il figlio nato in Italia.

In particolare, va evidenziato che l'art. 8 non subordina il conseguimento dello *status filiationis* al presupposto che il ricorso alla PMA sia avvenuto nel rispetto dei requisiti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 1, 4 e 5.

È lecito domandarsi se tale nesso di condizionamento – non espresso – debba, tuttavia, ritenersi implicito.

La risposta è negativa, con la sola eccezione dei casi di maternità surrogata e di affitto di utero, dove i valori fondamentali di ordine pubblico quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione sono «*non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore*» (Cass. Civ., S.U., 8.5.2019, n. 12193).

L'art. 8 deve essere interpretato in combinato disposto con gli artt. 9 e 12, nonché alla luce della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità.

Quando ancora era vigente il divieto assoluto di procreazione eterologa, l'art. 9, lungi dal far discendere dalla trasgressione del divieto la mancata acquisizione, da parte del nato, dello stato di figlio del coniuge o del convivente, impediva, al contrario, a quest'ultimo di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c. e, al contempo, escludeva che il donatore dei gameti acquisisse alcuna relazione giuridica parentale con il nato: il bambino nato da coniugi o conviventi che avessero fatto ricorso alla PMA eterologa contro la proibizione di legge, era figlio di entrambi, non solo della madre che l'aveva partorito.

In coerenza con questa impostazione, l'art. 12 l. n. 40/2004 presidia il rispetto dei requisiti soggettivi di accesso alla procreazione medicalmente assistita attraverso sanzioni amministrative, senza mai menzionare, intaccandola, l'instaurazione del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale.

Ed allora, può dirsi che la legge n. 40/2004 costituisca un esempio di quella che, secondo la classificazione romanistica attribuita a Ulpiano, viene definita *lex minus quam perfecta*¹: gli atti compiuti in difformità dalla fattispecie legale (*i.e.*, i casi di PMA praticati al fuori delle condizioni di accesso) sono eventualmente passibili di sanzione amministrativa, ma producono comunque l'effetto della costituzione del rapporto giuridico di filiazione tra il nato ed entrambi i membri della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita.

Questa conclusione è avvalorata dal principio di tutela del concepito, enunciato dall'art. 1 l. n. 40/2004, che caratterizza tutta la normativa e costituisce il punto di riferimento costante di ogni eventuale dubbio interpretativo. Tale principio non mira alla sola salvaguardia dell'embrione, bensì, dopo il parto, assume, senza soluzione di continuità, i connotati della protezione del nato.

Di conseguenza, la questione relativa allo stato del figlio deve essere tenuta distinta rispetto a quella della liceità della tecnica prescelta per farlo nascere: la circostanza che i genitori abbiano

¹ *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.*

fatto ricorso all'estero ad una tecnica di PMA che in Italia non è loro consentita non può avere preminente considerazione rispetto al diritto del figlio alla certezza e riconoscibilità sociale delle relazioni con coloro che ne hanno voluto la nascita nell'ambito di un comune progetto di vita. In questo senso, va evidenziato come il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine fin dalla nascita e alla continuità dei rapporti con i suoi familiari sia un principio riconosciuto dalla Corte Edu e dalla Corte costituzionale (Corte Edu – Marckx c. Belgio, 13 giugno 1979; Corte Cost. sentenza n. 31 del 2012).

Si tratta, a ben vedere, di un meccanismo – quello della scissione fra il piano della liceità della fattispecie generativa ed il profilo degli effetti di tale fattispecie – al quale il nostro ordinamento ricorre anche in altra ipotesi afferente alla materia dei rapporti familiari, quando, pur sanzionando penalmente l'incesto (art. 564 c.p.), consente, previa autorizzazione del giudice, il riconoscimento del figlio nato da persone tra le quali esiste un vincolo di parentela in linea retta all'infinito o in linea collaterale nel secondo grado, ovvero un vincolo di affinità in linea retta (art. 251 c.c.).

Potrebbe sorgere il dubbio che la soluzione prospettata operi in difetto di un qualsivoglia requisito di accesso alla PMA, con l'eccezione della diversità di sesso. Tale dubbio è avallato da due pronunce della Corte di cassazione che hanno ritenuto legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile di inserire, nell'atto di nascita di un minore nato in Italia, per effetto di PMA praticata all'estero, il nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, poiché *«nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva»* (Cass. Civ., Sez. I, 3.4.2020, n. 7668) e detto inserimento sarebbe *«in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto»* (Cass. Civ., Sez. I, 22.4.2020, n. 8029).

Nondimeno, si ritiene di doversi confrontare anche con altri argomenti afferenti la tutela della prole, che portano a diverse valutazioni.

Queste decisioni promuovono infatti un'interpretazione dell'art. 8 l. n. 40/2020 che finisce per discriminare le coppie omosessuali, le quali sono pacificamente annoverate fra le formazioni sociali tutelate ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione (cfr. art. 1 comma 1 l. n. 76/2016). Non si vede perché solo la mancanza del requisito della diversità di sesso, a differenza dell'assenza delle altre condizioni di accesso alla PMA, debba impedire l'instaurazione del rapporto di filiazione col genitore intenzionale, a maggior ragione ove si consideri che la stessa Corte di cassazione ha escluso che esistano certezze scientifiche, dati di esperienza o l'indicazione di specifiche

ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio (Cass. Civ., Sez. I, 11.1.2013, n. 601).

Le decisioni legittimano, altresì, una irragionevole disparità di trattamento rispetto alle ipotesi 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, in relazione alle quali la stessa Cassazione ha escluso il contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 15.6.2017, n. 14878; Cass. Civ., Sez. I, 30.9.2016, n. 19599).

Infine, le sentenze muovono dall'assunto che l'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineata dal codice civile, rimanga tutt'ora saldamente ancorata alla necessità di un rapporto biologico tra il nato e i genitori, identificati nella madre e nel padre. Ed è questo modello che sarebbe messo in discussione con *«la scelta 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.»* (così, in motivazione, la già menzionata Cass. n. 8029/2020).

Ebbene, se è certo che la disciplina dell'accertamento di stato contenuta nel Titolo VII del codice civile faccia ripetutamente riferimento al padre e alla madre, è altrettanto evidente che il modello cui il legislatore guardava era quello della coppia feconda. Ciò non significa, però, che quel modello – alla luce delle trasformazioni economiche, sociali e dell'evoluzione delle tecniche e dei valori di riferimento – sia l'unico possibile. Come è stato efficacemente osservato in dottrina, i diritti del bambino devono essere tutelati anche quando si trovi a vivere in una famiglia "altra" rispetto a quel modello tutt'ora presente, ma non più esclusivo, nel nostro sistema.

Lo stato di figlio è unico, ma può sorgere per effetto di fattispecie differenziate: accanto all'atto sessuale, menzionato dalla Cassazione quale elemento fondante dell'impianto codicistico della filiazione, si collocano l'adozione e la procreazione medicalmente assistita. Di conseguenza, non è possibile interpretare restrittivamente la portata ampia dell'art. 8 l. n. 40/2004, sulla base di argomenti tratti da un contesto normativo – quello codicistico – riferito a diverse modalità di costituzione dello *status filiationis*.

Ritiene, quindi, il Tribunale che l'art. 8 l. n. 40/2004 debba trovare applicazione anche nel caso, come quello in esame, in cui due mamme abbiano avuto in Italia un figlio da procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero.

In questa logica, il riconoscimento da parte della madre intenzionale assume natura peculiare rispetto al paradigma dell'art. 250 c.c., poiché non attesta la verità della generazione, bensì il consenso in origine prestato alla procreazione medicalmente assistita: si tratta, dunque, di un atto giuridico volto a completare la fattispecie dell'art. 8 e determinare la costituzione del rapporto di filiazione col genitore intenzionale.

Sulla base delle considerazioni svolte, il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di [redacted] di consentire il riconoscimento di [redacted] da parte della sig.ra [redacted] appare illegittimo e deve essere superato.

In conformità alla richiesta delle ricorrenti ed in ossequio al disposto dell'art. 262 comma 2 c.c., la minore assumerà il cognome [redacted].

Nulla viene disposto in ordine alle spese di lite, trattandosi di procedimento ascrivibile alla volontaria giurisdizione, in questione ampiamente dibattuta.

P.Q.M.

Visti gli artt. 8 l. n. 40/2004 e 95 e ss. D.P.R. n. 396/2000,

ordina all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di [redacted] di annotare, a margine dell'atto di nascita di [redacted], il riconoscimento della figlia presentato in data 21 marzo 2019 dalla sig.ra [redacted]

dispone che [redacted] assumi il cognome [redacted],

dichiara il presente provvedimento immediatamente efficace;

manda alla Cancelleria affinché trasmetta, per l'esecuzione, copia del presente decreto all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di [redacted]

Così deciso in Brescia nella Camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020.

Il giudice estensore

Andrea Tinelli

Il Presidente
Enrico Consolandi