



LA CORTE D'APPELLO DI BRESCIA
Sezione III Civile – Famiglia Minori Tutela delle Persone

composto dai signori Magistrati:

Claudio Castelli

Maria Grazia Domanico

Francesca Caprioli

Presidente

Consigliere rel. est.

Consigliere

ha pronunciato il seguente

DECRETO

sul reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c. depositato in data 4.3.2021

da

MINISTERO DELL'INTERNO in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è legalmente domiciliato in Brescia, via Santa Caterina n. 6

reclamante

nei confronti di

XY e WZ, quest'ultima in proprio e anche quale esercente la responsabilità genitoriale sui minori bbbb e cccc

reclamate - non costituite

CON L'INTERVENTO

DEL P.G. presso la Corte di Appello di Brescia in persona del dr. Pier Umberto Vallerin

OGGETTO: Appello ex art. 96 DPR 396/2000 e art. 739 CPC avverso decreto pubblicato dal Tribunale di Brescia in data 16.2.2023 nel procedimento n. 346/2021 R.G.V. relativo a rettificazione atto dello Stato Civile

CONCLUSIONI

PER L'APPELLANTE MINISTERO DELL'INTERNO:

Voglia la Corte, in totale riforma del decreto del Tribunale, in quanto illegittimo e ingiusto per i motivi indicati, rigettare il ricorso proposto dalle ricorrenti, in quanto infondato. Si chiede di disporre la immediata efficacia del decreto che sarà emanato. Con vittoria di spese e onorari.

PER IL PG:

Letti gli atti del proc. civ. n. 275/2023 V.G.;

Letto il reclamo in data 04/07/2023 presentato dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Brescia avverso il decreto con cui in data 16/02/2023 il Tribunale di Brescia, accoglieva il ricorso proposto da XY e WZ avverso il provvedimento di diniego di iscrizione nei registri dello stato civile, per venir riconosciute entrambe madri di bbbb e cccc, figli biologici della ricorrente XY, dei quali la WZ (legata sentimentalmente e convivente sin dal 2014 con XY) intende essere riconosciuta quale madre intenzionale. Ritenuto di dover condividere e quindi qui richiamare le argomentazioni, poggianti su una lettura di adesione evolutiva ai principi e diritti costituzionalmente garantiti e allineate alla giurisprudenza sovranazionale europea, contenute nel decreto impugnato (peraltro fondate anche sul l'esito di recenti studi scientifici che hanno appurato l'assenza di possibili pregiudizi, nello sviluppo psicofisico dei minori, derivanti da condizioni familiari come quelle che il decreto intende tutelare).

Si chiede il rigetto del reclamo, con ogni conseguente statuizione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1▪ XY e WZ hanno tra loro una relazione sentimentale, convivono dal 2014 e sono unite civilmente dal 2018 ai sensi della legge n. 76/2016. Hanno condiviso un progetto genitoriale mediante fecondazione eterologa praticata all'estero da XY, madre biologica dei minori bbbb, nata a Brescia nel 2014, e cccc, nato a Brescia nel 2016.

Si sono quindi rivolte all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia per la relativa iscrizione dei riconoscimenti delle due madri sui certificati di nascita dei minori e l'Ufficiale di Stato Civile ha rifiutato l'iscrizione della madre non biologica.

2▪ XY e WZ si sono quindi rivolte al Tribunale di Brescia con ricorso depositato il 13.1.2021, chiedendo di dichiarare illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia del 16.12.2020, di ricevere la dichiarazione di riconoscimento dei minori bbbb e cccc presentato in data 20.11.2020 e, per l'effetto, dare atto del riconoscimento stesso ordinando la rettificazione dell'atto di nascita di bbbb e cccc mediante aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, WZ.

Le ricorrenti, in particolare, hanno ritenuto possibile il riconoscimento da parte della madre intenzionale e la conseguente annotazione in forza della previsione dell'art. 8 della legge 40/2004 per la quale *“i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6”* e della possibilità, quindi, di applicarla a favore di tutti i nati da p.m.a..

3▪ Il Ministero dell'Interno si è costituito nel giudizio di primo grado chiedendo il rigetto del ricorso, rilevando come le finalità della legge 40 /2004 siano quelle di porre rimedio a “sterilità o infertilità umana” (art. 1) e quindi non possa applicarsi alle coppie omosessuali e che, conseguentemente, l'art. 8 della medesima legge non possa applicarsi ai figli di coppie di sole donne; ha evidenziato che l'art. 5 prevede l'accesso alla p.m.a. per le sole coppie di sesso diverso; ha infine richiamato la tassatività degli atti dell'ufficiale di Stato Civile, che devono essere conformi alle istruzioni e ai moduli predisposti dal Ministero, che non prevedono due madri, ma una madre ed un padre.

4▪ Con decreto n. 1601/23 pubblicato in data 16.2.2023 il Tribunale di Brescia, in composizione collegiale, ha dichiarato illegittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia del 16.12.2020 di ricevere la dichiarazione di riconoscimento dei minori bbbb e cccc presentato in data 20.11.2020 dalle sig.re XY e WZ, e per l'effetto ha dato atto del riconoscimento stesso e ha ordinato la rettificazione dell'atto di nascita di bbbb e cccc mediante aggiunta dell'indicazione del secondo genitore, WZ; ha compensato le spese di lite; ha dichiarato il provvedimento immediatamente efficace; ha mandato alla Cancelleria di trasmettere, per l'esecuzione, copia del decreto all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Brescia.

5▪ In data 6.9.2023 la Procura Generale presso questa Corte ha espresso il proprio parere come sopra trascritto, chiedendo il rigetto dell'appello con la seguente motivazione:

“...Ritenuto di dover condividere e quindi qui richiamare le argomentazioni, poggianti su una lettura di adesione evolutiva ai principi e diritti costituzionalmente garantiti e allineate alla giurisprudenza sovranazionale europea, contenute nel decreto impugnato (peraltro fondate anche sull'esito di recenti studi scientifici che hanno appurato l'assenza di possibili pregiudizi, nello sviluppo psicofisico dei minori, derivanti da condizioni familiari come quelle che il decreto intende tutelare) si chiede il rigetto del reclamo ...”.

6▪ All'udienza del 12.9.2023 la causa è stata rinviata per consentire alla parte reclamante di rinnovare la notifica del reclamo e del decreto di fissazione di udienza alle parti interessate, essendo stato l'atto introduttivo notificato tardivamente al Comune di Brescia-Ufficio Anagrafe.

All'udienza del 24.10.2024 nessuno è comparso e la Corte ha rinviato l'udienza.

Alla successiva udienza del 7.11.2023 l'Avvocatura dello Stato, per il reclamante, ha insistito nelle proprie richieste e conclusioni, illustrando le proprie ragioni, e la Corte, verificata la regolarità delle notifiche e la mancata costituzione in giudizio sia delle ricorrenti che del Comune di Brescia, si è riservata la decisione.

7▪ La Corte ritiene che il reclamo sia infondato e che il provvedimento impugnato debba essere confermato, condividendo questa Corte tutte le osservazioni e argomentazioni svolte dal Tribunale di Brescia e dal P.G, oltre che dalle ricorrenti come dedotte in ricorso.

7.1. Il Tribunale, premesso che nel caso in esame non è in discussione il progetto genitoriale condiviso da parte delle due donne, ha preso in esame le motivazioni del rifiuto da parte dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia, che ha sostenuto quanto segue:

1. va escluso che le norme del codice civile non richiamate dalla l. 76/2016 (c.d. legge Cirinnà) si applichino alla unione civile e fra queste gli artt. 231 e 232 cc ;

2. gli atti dello Stato Civile sono tipici e redatti secondo quanto disposto dal Ministero degli Interni e il Regolamento di Stato Civile consente la denuncia di nascita e/o riconoscimento di filiazione da parte della sola madre, del solo padre in mancanza del riconoscimento materno, ma non da parte del genitore d'intenzione e da parte di genitori dello stesso sesso;

3. la legge 40/2004 esclude che coppie omosessuali possano ricorrere alla fecondazione artificiale e commina sanzioni ai medici che la praticino al di fuori delle ipotesi previste dalla legge;

4. diversi precedenti giurisprudenziali hanno escluso che si possa formare un atto di nascita che riconosca la maternità intenzionale;

5. la Corte costituzionale nel 2019 aveva attribuito alla discrezionalità del legislatore stabilire limiti alla liceità del ricorso a tecniche di procreazione assistita e ritenuto poi legittime le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita previste nel nostro ordinamento.

Il Tribunale di Brescia ha ancora premesso:

- che le ricorrenti hanno chiesto il riconoscimento della madre intenzionale in forza della previsione dell'art. 8 della legge 40 /2004 per la quale *“i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6”*;

- che le ricorrenti stesse hanno rilevato che la coppia ha fatto ricorso, all'estero, ad una tecnica di p.m.a. non espressamente disciplinata dal nostro ordinamento ma ciò non esclude ed anzi impone, nel superiore interesse dei minori, l'applicazione dell'art. 8 e di tutte le disposizioni che, nella legge n. 40/2004, disciplinano lo *status* del figlio nato a seguito del ricorso alla p.m.a.;

- che, in particolare, hanno richiamato l'art. 24 CEDU per il quale *“in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”* e *“ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

Il Tribunale ha osservato che, viceversa, il Ministero degli Interni, così come l'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia, ha ritenuto che la legge 40/2004, per le sue finalità, non possa applicarsi alle coppie omosessuali e che conseguentemente l'art. 8 della medesima legge non possa applicarsi ai figli di coppie di sole donne. L'art. 5 prevede infatti l'accesso alla p.m.a. delle sole coppie di sesso diverso; inoltre, la Corte costituzionale nella sentenza 32/2021 avrebbe escluso la legittimità di domande di trascrivibilità del genitore intenzionale. Infine, il Ministero resistente ha rilevato la tassatività degli atti dell'ufficiale di Stato Civile, che devono essere conformi alle istruzioni e ai moduli predisposti dal Ministero, che non prevedono due madri, ma una madre ed un padre.

7.1.1. Il Tribunale di Brescia non ha condiviso le argomentazioni del Ministero dell'Interno e dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Brescia.

Ha ritenuto che punto centrale sia quello di stabilire quale sia l'effetto e l'ambito di applicabilità dell'art. 8 l. 40/2004, apparendo non pertinente e ultronea ogni altra considerazione.

Fermi restando divieto e sanzioni per la pratica medica della p.m.a. fuori dai casi ammessi, occorre verificare se fra questi effetti negativi vi sia anche la impossibilità di essere genitore legale rispetto al bimbo comunque nato o, più correttamente, la

impossibilità per questi di essere figlio anche del genitore intenzionale.

Il Tribunale ha ritenuto *“molto debole e soprattutto formalistico, pur se sostenuto da pronunce di Cassazione, l'argomento dell'assenza di moduli e decreti ministeriali che si adattino alla situazione perché si verte in tema di diritti fondamentali della persona, quali la identità personale e il rapporto genitore/figlio, che devono poter essere accertati e fatti valere innanzi al giudice ordinario al di là della attività amministrativa. Altrimenti si arriverebbe all'incongruità che questi diritti della persona sarebbero condizionati ad attività amministrativa ed alla modifica, molto formale, della indicazione o meno del genere del genitore nel modulo, senza possibilità di sindacato della A.G.O. sui diritti della persona se questa non potesse sindacare i provvedimenti amministrativi che li pregiudicano.”*

Resta da vedere se debba prevalere l'interesse del minore, comunque nato, alla bigenitorialità o quello di reprimere il comportamento, non consentito in Italia ma consentito all'estero, del genitore, tenendo conto dei principi dell'ordinamento anche in chiave sovranazionale. In particolare, l'art. 24 CEDU sancisce il diritto del minore a *due* genitori.

Il Tribunale ha quindi richiamato e riportato la motivazione di un precedente provvedimento dello stesso Tribunale, in diversa composizione, emesso l'11.11.2020, con cui già si era ritenuto illegittimo il rifiuto dell'iscrizione, da parte dell'Ufficiale di stato civile, della madre intenzionale, motivazione del seguente tenore:

“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 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

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

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 alla tutela della prole, che portano a diverse valutazioni.

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.”.

7.1.2. Il Tribunale, richiamata dunque la motivazione già spesa nel 2020, si è confrontato quindi con la giurisprudenza successiva di contrario avviso ed in particolare con due decreti della sezione prima di questa Corte, sezione prima, del maggio e novembre 2021 e con la sentenza delle Sezioni Unite 38162/2022.

Ha riassunto la posizione della prima sezione di questa Corte nei seguenti termini:

“La Corte d'Appello di Brescia con decisione depositata il 14 maggio 2021 (RG 125/2020) ha ritenuto legittimo in caso analogo il rifiuto dell'ufficiale di Stato Civile considerando:

- la tipicità dei provvedimenti dell'Ufficiale di stato civile, che si deve attenere a modelli ministeriali ove non è prevista la figura della madre intenzionale, non biologica;*
- la non applicabilità dell'art. 8 della legge 40/2004 non ritenendo possibile una interpretazione “adeguatrice, tale da renderne le disposizioni compatibili con la dovuta esigenza di tutela dei diritti del minore, riconosciuta anche dalla recentissima sentenza n.32/2021 della Corte Costituzionale.*

La Corte d'Appello osservava che la legge 40/2004 “mira a porre rimedio a problemi di carattere biologico-sanitario (sterilità/infertilità), nella specie non ricorrenti, e – soprattutto - implicitamente ma inequivocabilmente esclude la possibilità per la componente della coppia omosessuale del ricorso alla procreazione medicalmente assistita e, con esso, della formazione di un rapporto di filiazione intenzionale tra il nascituro e l'altro componente della coppia stessa.”

Il Tribunale di Brescia ha criticato tale impostazione, evidenziando come si faccia riferimento a un divieto (non consentire la annotazione sull'atto di nascita del minore del genitore non biologico) che nella legge non c'è, ma che viene ritenuto “implicito ma inequivocabile”, arrivando a negare la tutela dell'art. 8 l.40/2004 al bimbo comunque nato, cui invece la norma vuole assicurare due genitori nel momento in cui fa riferimento genericamente ad una coppia. Ha richiamato quindi la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, laddove evidenziava che “il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa”, nonché la sentenza n. 272/2017 che ha riconosciuto la “genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica”, richiamata dalla più recente sentenza 32/2021.

Il Tribunale ha osservato quindi che non è sostenibile dare la prevalenza al portato repressivo della legge 40 e ciò alla luce dei principi generali dell'ordinamento, rinvenibili nella giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione.

Ha osservato che il punto da decidere è se per i casi in cui la legge n. 40 preclude la p.m.a., l'art. 8 della medesima legge intenda o meno assicurare la “coppia” di genitori al bambino comunque nato ovvero se questi debba avere solo il genitore biologico o al limite un adottante.

Il Tribunale ha evidenziato che la Corte di Cassazione, in un caso di concepimento con seme di genitore morto (rientrando quindi nei divieti di cui all'art. 12) ha invece riconosciuto la tutela al comunque nato, affermando il principio di diritto per cui “l'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre” (Cass. 13000 del 15.3.2019)

“In realtà – ha concluso il Tribunale - in questa pronuncia la Cassazione prescinde dalla finalità di assicurare la “coppia” genitoriale al comunque nato - uno dei genitori era difatti morto al momento del concepimento - ma comunque evoca la operatività

della norma dell'art. 8 in uno dei casi vietati dalla l. 40/2004 sulla Procreazione Medicalmente Assistita. Entra così però in crisi la ricostruzione della Corte d'Appello che esclude la operatività della norma dell'art. 8 l.40/2014, sulla genitorialità, nei casi non voluti dalla norma.”

Ha osservato il primo giudice che le decisioni della Corte di Cassazione appaiono tutt'altro che rettilinee in materia.

Ha richiamato in proposito la sentenza n. 23320 del 23.8.21 che ha negato la iscrivibilità come genitore della madre intenzionale ma in tale sentenza, ha osservato il Tribunale, si è fatto esplicito riferimento al proprio precedente relativo al genitore deceduto, *“...tuttavia la argomentazione sul punto è una petizione di principio, motivando la iscrizione del genitore deceduto con il fatto che non fosse in discussione “un rapporto biologico tra il nato ed il genitore d'intenzione, il quale non si era limitato a prestare il proprio consenso alla fecondazione, ma aveva messo a disposizione i gameti a tal fine necessari, senza poter vedere coronati da successo gli sforzi compiuti per acquistare lo status giuridico di genitore a causa del prematuro decesso”, dichiarando così una prevalenza della biologia sulla norma che vieta, prevalenza della quale non è spiegato il fondamento giuridico. In questo modo la Corte non ha fatto che ripetere la fattispecie senza dire perché in quel caso potesse il genitore d'intenzione essere iscritto nonostante il divieto alla pratica mediante la quale il nato era stato concepito. E come si è detto nel caso del genitore biologico morto al momento del concepimento medicalmente assistito non c'era da tutelare la bigenitorialità. Stride poi il ricorso alla motivazione del concorso biologico alla procreazione per l'uomo deceduto, che viene invece tenuto in non cale per la donna, vivente, che abbia fornito l'ovocita per la gravidanza portata avanti da altra donna, affermato dalla sentenza 6383/2022 della Cassazione.”*

7.2. Il Ministero dell'Interno, con l'atto di reclamo in esame, chiede la riforma del decreto impugnato e il rigetto della domanda proposta dalle ricorrenti in primo grado.

Con un unico motivo di appello il reclamante deduce la *“- illegittimità, ingiustizia ed erroneità del decreto per violazione di plurime norme di legge (in particolare: art. 5 l. 40/2004; art. 12 prel.; artt. 11 e ss. Dpr 396/2000). Ingiustizia; difetto e contraddittorietà di motivazione.”*

Il Ministero dell'Interno motiva la sua adesione al rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile di procedere alla annotazione ex artt. 43 e 49, c. 1, lett. k) D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, del riconoscimento dei minori da parte della madre intenzionale, nonché la ritenuta illegittimità del decreto impugnato, nei seguenti termini:

a) l'interpretazione data dal Tribunale della legge 40/2004, e in particolare dell'art. 8, è illegittima in quanto *“contrastata... con i più elementari criteri ermeneutici, logici prima ancora che giuridici: non è consentito estrapolare una parte di una norma dal contesto sia della disposizione stessa, sia del sistema più generale della legge di cui fa parte.*

La legge n.40/2004 sulla procreazione assistita in realtà indica chiaramente già all'art.1 le finalità della legge: "1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito. 2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità." L'art. 4 a sua volta prescrive che: "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico ". L'art. 5 indica i "Requisiti soggettivi" per poter accedere alla procedura: "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". Alla luce della struttura della legge, è evidente che gli artt. 6 e 8 devono essere letti in coordinamento con le norme che li precedono. La lettura adottata dal Tribunale contrasta pertanto con il criterio sistematico di interpretazione della legge: è evidente che l'art. 8, nel momento in cui riconosce lo status di figli ai nati con la procedura di procreazione assistita, fa riferimento ai soggetti che risultano dall'insieme di tutte le norme che precedono lo stesso art. 8, tra cui rientra il fondamentale art. 5, che pone esplicitamente dei chiari ed espliciti limiti soggettivi. Non si può pensare che una legge possa riferirsi non solo ai casi contemplati e disciplinati dalla legge stessa, ma anche a casi in cui la legge sia violata, attuando comportamenti di trasgressione dei divieti dalla stessa espressamente posti, così legittimando a priori ipotesi di frode alla stessa legge di cui l'articolo fa parte. Il collegamento effettuato nel decreto tra "pezzi" di norma dell'art. 8, e "brani" di norma dell'art. 6, è quindi del tutto contrario al criterio di interpretazione sistematico della legge."

Secondo il Ministero reclamante il Tribunale non si sarebbe adeguato alle pronunzie della Corte costituzionale, e in particolare alla sentenza n. 221/2019, della quale ha riportato ampi stralci.

Il Ministero richiama inoltre la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale, della quale pure riporta ampi stralci, per concludere che "...pare incredibile che di fronte ad una sentenza così chiara, già emanata al momento della decisione della presente controversia...il Tribunale pretenda di sostituirsi alla Corte Costituzionale nell'interpretazione della legge: invece di far riferimento all'istituzione che costituisce il massimo interprete della legge del nostro ordinamento costituzionale, il giudice di primo grado preferisce far riferimento a non meglio precisate teorie più sociologiche

che giuridiche.”.

Conclude quindi affermando che “... gli artt. 8 e 9 sono il chiaro precipitato del principio di cui agli artt. 5 e 6, per i quali l’accesso alla PMA è permesso solo a coppie di sesso diverso. Del tutto errata è la motivazione del decreto, incentrata su un ragionamento involuto e non chiaro, che assume in maniera parcellizzata gli artt. 8 e 9 e fa loro dire ciò che essi non dicono, ma anzi ciò che essi escludono in quanto vietato: la fecondazione eterologa non si può applicare a norma della L. 40/2004 alle coppie omosessuali, ed al partner non genitore delle medesime non si applica quanto previsto dalle due disposizioni. È impossibile ed errato pretendere di estrapolare il dettato degli artt. 8 e 9 dall’intero impianto complessivo della legge per privarla del doveroso contesto sistematico e giungere alla conclusione di estendere la genitorialità consensuale anche alle coppie omosessuali, come se il riferimento alla coppia contenuto nell’art. 8 fosse privo di significato in termini di riconducibilità a sessi diversi dei suoi componenti, come invece l’intera legge n. 40/2004 obbliga a fare...”.

Infine, richiama il DPR 396/2000 laddove indica, ai commi 1 e 2 dell’art. 11, che gli atti di stato civile sono atti tipici a contenuto vincolato, con limite posto all’attività dell’ufficiale dello stato civile, che non può enunciare, negli atti di cui è richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto. A conferma di ciò, l’art. 12 precisa che “*gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell’interno...*”, imponendo all’ufficiale dello stato civile l’obbligo di utilizzare le formule ministeriali per la redazione degli atti e, quindi, escludendo ancora qualsiasi discrezionalità operativa.

7.3. La Corte ritiene che il Ministero dell’Interno, nel ribadire il proprio punto di vista già illustrato in primo grado, non sia convincente nel censurare la motivazione del Tribunale di Brescia, ben più articolata proprio in relazione ai criteri interpretativi della legge 40/2004, con particolare riguardo alle conseguenze della violazione dei divieti per i bambini nati da p.m.a..

Il Tribunale di Brescia ha motivato con stringenti ragionamenti di carattere giuridico la interpretazione proposta dell’art. 8 L.40/04 anche richiamando i principi generali del sistema delle tutele dei minori nell’ordinamento, ed è incomprensibile la censura mossa dalla Avvocatura, secondo la quale “*il giudice di primo grado preferisce far riferimento a non meglio precisate teorie più sociologiche che giuridiche*”, omettendo poi di rispondere in modo altrettanto puntuale ai passaggi motivazionali del provvedimento impugnato sopra indicati.

Prova ne è che il reclamante riporta ampi stralci della sentenza 221/2019 della Corte

costituzionale, del tutto condivisibile in quanto tratta una questione diversa².

Una cosa, infatti, è interpretare la normativa in relazione alle sue finalità e alla disciplina dell'accesso alle tecniche di p.m.a. (capi I e II): per quanto sia normativa tutt'altro che logica, coerente o di facile interpretazione, ciononostante si condivide l'analisi del Ministero dell'Interno laddove evidenzia i limiti di accesso alla p.m.a., i divieti e le sanzioni previsti dalla legge n. 40. Qualche difficoltà, peraltro, sorge se si fa esclusivo riferimento alla volontà del legislatore o alla interpretazione sistematica della stessa legge, soprattutto dopo i tre interventi da parte della Corte Costituzionale³, che nel dichiarare la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni, ne ha in parte modificato l'impianto originario, fino a consentire, sia pure con dei limiti, la p.m.a. eterologa a coppie eterosessuali, facendo così venir meno la necessità del legame biologico tra genitori e figli, che era viceversa nelle intenzioni del legislatore, il che non è poco.

In ogni caso, è chiaro quale debba essere il comportamento consentito agli adulti e quali le condotte vietate, ma solo su questo aspetto si sofferma il reclamante, così come la citata giurisprudenza di legittimità contraria alla decisione assunta dal Tribunale di Brescia. Per questo le decisioni di contrario avviso - rispetto alla possibilità del riconoscimento da parte della madre intenzionale di figlio nato da p.m.a.- non convincono fino in fondo, presentando anche delle contraddizioni, come bene ha evidenziato il Tribunale.

Altra cosa, infatti, è il tema dibattuto in dottrina e affrontato in modo convincente dal Tribunale di Brescia, oltre che da una significativa giurisprudenza di merito conforme alla decisione in esame: ovvero se e in che misura sia possibile tutelare i bambini già nati da coppie (omosessuali o eterosessuali) a seguito di p.m.a. non consentita in Italia ma praticata legittimamente all'estero (nel senso che è consentita nello Stato prescelto) e se, nel vuoto normativo, sia possibile o meno interpretare le "*disposizioni a tutela del nascituro*" (capo III) anche a favore di tutti i bambini nati da p.m.a. non consentita in Italia e sanzionata solo in via amministrativa, senza alcun'altra specificazione circa le conseguenze delle trasgressioni.

Infine, se e in che misura l'adozione speciale ex art. 44 D L. 184/83 sia strumento alternativo idoneo a tutelare i nati da p.m.a. eterologa, così come indicato da ultimo dalla

² Con la sentenza n. 221/2019 la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 1, commi 1 e 2, 2, 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10 della legge n. 40/2004 laddove si vieta l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali femminili, da ottenersi con fecondazione eterologa. La Corte, in particolare, ricostruisce la ratio della legge n. 40 e la volontà del Legislatore evidenziandone i limiti e l'ambito di applicazione, senza peraltro occuparsi delle conseguenze della violazione dei limiti stessi.

³ Corte Cost Sentenze n. 151/2009; 162/2014; 96/2015

Corte di cassazione S.U. n. 38162/22⁴, o se, viceversa, sia un mezzo di tutela insufficiente, che mantiene una disparità di trattamento per i nati da p.m.a..

Temi, questi, sui quali non vi sono risposte convincenti da parte di chi nega la possibilità di tutelare i nati dalla p.m.a. con la trascrizione del riconoscimento sia del genitore biologico che del genitore intenzionale, opzione della trascrizione del riconoscimento anche del genitore intenzionale che è stata anche condivisa da molti ufficiali dello stato civile di diversi Comuni, indice ulteriore del fatto che il D.P.R. 396/2000 riconosce agli ufficiali di stato civile anche il dovere di compiere una autonoma valutazione giuridica rispetto al caso concreto. Non si condivide affatto, inoltre, la debole tesi della vincolatività, per gli ufficiali dello stato civile e quindi per la autorità giudiziaria, delle direttive Ministeriali, per le ragioni esposte dal Tribunale, non potendo la autorità amministrativa ledere diritti fondamentali senza che l'A.G. possa interferire.

In relazione a tali quesiti il Tribunale ha ampiamente motivato mentre il Ministero non ha replicato in modo appropriato sui punti sin qui evidenziati.

Particolarmente logica, stringente, giuridicamente coerente è la motivazione del decreto del Tribunale di Brescia dell'11.11.2020, sopra riportata, che la Corte condivide.

Non si condividono, viceversa, le argomentazioni di parte reclamante né le motivazioni - richiamate dal Ministero dell'Interno - dei due precedenti decreti emessi dalla sezione prima di questa Corte⁵. Nel senso che non viene affrontato il tema della tutela dei diritti dei minori già nati da p.m.a., e quindi si perviene a una decisione non adeguatamente motivata, mentre si condividono le analisi relative alla esegesi della normativa quanto ai divieti rivolti agli adulti.

È noto come, nella struttura della norma, una cosa sia il precetto e altra la sanzione e altro ancora le conseguenze della sanzione, diversità di piani che si riverberano sui canoni interpretativi, che non possono essere ristretti nell'ambito dell'impianto della normativa medesima.

7.3.1. È noto come la questione della annotazione, sull'atto di nascita di un minore nato da p.m.a. eterologa, del riconoscimento sia della madre biologica che della madre c.d. intenzionale sia a tutt'oggi controversa a causa della protratta inerzia del legislatore, pur dopo il severo monito, nell'ormai lontano 2021, della Corte costituzionale che ha definito "intollerabile" la mancata tutela dei figli nati da p.m.a..

Inerzia ancor più grave a fronte anche dei plurimi moniti della CEDU⁶.

⁴ Sentenza che, peraltro, si è occupata di un caso diverso, ovvero di maternità surrogata e della possibilità o meno del riconoscimento del provvedimento straniero che aveva riconosciuto in quel caso la bigenitorialità.

⁵ Decreti n. 2576/2021 del 12.11.2021 e n.1208/2021 del 14.5.2021

⁶ Più volte la giurisprudenza della C.Edu ha invitato il legislatore nazionale a proporre un possibile riconoscimento giuridico del legame di filiazione che lega i minori nati da p.m.a. o da g.p.a al genitore

Con una recente sentenza del 31 agosto 2023 (ricorso n. 47196/21- causa C cc. Italia) la Corte EDU è intervenuta nuovamente in relazione a un ricorso che riguardava il rifiuto delle autorità italiane di riconoscere il rapporto di filiazione stabilito da un atto di nascita ucraino tra la bambina C, nata all'estero mediante una gestazione per altri (GPA), e il suo padre biologico e la sua madre intenzionale.

Anche in questo caso ha ricordato che “...il rispetto della vita privata esige che ogni bambino possa stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, il che comprende la sua filiazione” e che non possa trovarsi in una condizione di incertezza giuridica. Ha poi richiamato il proprio parere consultivo (n. P16 2018 001, § 40) secondo cui “...la scelta dei mezzi di cui avvalersi per permettere il riconoscimento del legame esistente tra un figlio e un genitore intenzionale rientra nel margine di apprezzamento degli Stati...” ricordando come sul punto non vi sia un consenso europeo in materia e che, d'altra parte, “l'identità dell'individuo è meno direttamente in gioco quando si tratta non del principio stesso dell'accertamento o del riconoscimento della sua filiazione, ma dei mezzi di cui avvalersi a tale scopo. ... Spetta infatti a ciascuno Stato contraente munirsi di strumenti giuridici adeguati e sufficienti per assicurare il rispetto degli obblighi positivi che ad esso incombono ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, tra cui l'obbligo di diligenza eccezionale quando è in gioco la relazione tra una persona e suo figlio... è fondamentale che le modalità di accertamento della filiazione previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione (parere consultivo n. P16-2018-001, sopra citato, § 55), conformemente all'interesse superiore del minore in modo da evitare che quest'ultimo sia mantenuto a lungo nella incertezza giuridica”.

Con particolare riferimento, poi, al genitore intenzionale che, in base all'ordinamento interno dello Stato italiano, potrebbe richiedere l'adozione di cui all'art. 44 l. D legge 184/83, la CEDU, richiamata anche la sentenza del 38162/2022 delle S.U della Suprema Corte, ha ribadito che ciò elimina il problema della impossibilità generale e assoluta di riconoscere un rapporto di filiazione - che determinerebbe la violazione dell'art. 8 CEDU - e che rientra nella discrezionalità degli Stati valutare come procedere al riconoscimento del rapporto di filiazione, che deve comunque essere celermente riconosciuto.

Dunque, *diligenza eccezionale, effettività e celerità*, requisiti non garantiti, a parere di

intenzionale: v. Mennesson c. Francia, n. 65192/11-2014; Labassee c. Francia, n. 65941/11, 26 giugno 2014; D c. Francia n. 11288/18, 16 luglio 2020; D.B. e altri c. Svizzera nn. 58817/15 e 58252/15, 22 novembre 2022. Sostanzialmente la CEDU ha sempre affermato che l'impossibilità generale e assoluta, per un periodo di tempo significativo, di ottenere il riconoscimento del rapporto tra il minore e il genitore intenzionale costituisce un'ingerenza sproporzionata nel diritto del bambino al rispetto della sua vita privata.

questa Corte, dal procedimento della adozione speciale.

A fronte della protratta inerzia del legislatore, si ritiene che nei casi di bambini nati da p.m.a. il giudice ordinario non possa sottrarsi dal verificare se la legislazione data consenta o meno di superare la mancata tutela e discriminazione che oggi subiscono i figli nati da p.m.a., presenti in Italia in numero sempre crescente.

Molto significativa e condivisibile, ad esempio, è la recente decisione del Tribunale di Milano⁷ che ha consentito, a fronte del decesso del genitore biologico, la trascrizione del co-genitore intenzionale, cartina di tornasole della sostanziale ipocrisia della tesi che sostiene la *impossibilità* di procedere con questo mezzo di tutela dei minori in quanto sarebbe *contra legem* e in quanto gli atti dello stato civile sarebbero tipici e redatti secondo quanto disposto dal Ministero degli Interni, dal momento che il regolamento di stato civile consentirebbe la denuncia di nascita e/o riconoscimento di filiazione da parte della sola madre biologica o del solo padre in mancanza del riconoscimento materno, ma non da parte del genitore d'intenzione e da genitori dello stesso sesso.

Non appare fuori tema ricordare come una giurisprudenza risalente di alcuni Tribunali per i Minorenni, maturata circa venti anni fa, che aveva proposto una interpretazione evolutiva dell'art. 44 lettera D della legge adozione, consentendo tale tipo di adozione dapprima al convivente di coppia eterosessuale e poi anche al partner della coppia omosessuale (c.d. *step child adoption*), fosse allora minoritaria e che solo recentemente, senza che peraltro sia intervenuto alcun mutamento legislativo sul punto, la Corte di Cassazione non solo ha affermato che, effettivamente, l'adozione 44 lettera D) può essere lo strumento che consente di creare un legame di filiazione tra minore e genitore intenzionale, ma, da ultimo, ne ha addirittura allargato oltremodo le maglie interpretative, parificandola, di fatto, alla adozione legittimante con mantenimenti di legami (c.d. adozione aperta). Con la sentenza 38162/2022, evidenziato che “*la soluzione dell'adozione da parte del genitore d'intenzione privo di legame biologico presenta...aspetti problematici*”, ha via via affrontato tutte le criticità, già poste in luce dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 33/2021⁸, cercando di superarle con

⁷ Decreto del Tribunale di Milano del 2.3.2023

⁸ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/2021, ha evidenziato che, ferma restando la necessità di riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che si prende cura di fatto del bambino, corrisponde all'insieme dei principi della Costituzione il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU, che ha riconosciuto agli Stati ampi margini di discrezionalità nell'individuare i modi attraverso i quali formalizzare il rapporto di genitorialità intenzionale. Deve comunque essere assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con entrambi i genitori (biologico e intenzionale). Prosegue quindi affermando che l'adozione 44 lettera D non appare ancora del tutto adeguata al metro dei parametri costituzionali e sovranazionali (non attribuisce all'adottante la possibilità di richiederla, richiede il consenso del genitore biologico) e che compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela spetta, *in prima battuta*, al legislatore che

interpretazioni davvero molto evolutive della legislazione data, non tutte condivise da molti commentatori (problema del mancato consenso del genitore biologico; iniziativa, ai fini della costituzione dello *status*, che non compete all'adottando; tempi della decisione; mancanza di rapporti giuridici con la famiglia allargata).

Interpretazione estensiva o evolutiva che, pacificamente, non era nelle intenzioni del legislatore della legge 184 né era prevedibile in base all'impianto della legge adozione né, in epoca recente, vi è stata alcuna modifica della legge medesima, con buona pace del "criterio sistematico" della interpretazione della legge invocato dal Ministero reclamante.

Oltretutto, l'aver oggi reso l'adozione speciale di fatto sostanzialmente sovrapponibile alla adozione legittimante con mantenimento di legami, potrebbe anche creare un "dissesto" nel sistema dell'adozione, in mancanza di un istituto "più leggero" quale l'affidamento etero-familiare *sine die* (del quale, a questo punto, si sentirebbe il bisogno), giacché l'esperienza e la realtà dei casi concreti insegnano che occorrono più strumenti di tutela dei minori, ma gradualmente e diversificati tra loro.

Sta di fatto che, a fronte del ritenuto divieto di riconoscimento alla nascita da parte del genitore intenzionale, la via obbligata non poteva che essere quella indicata da ultimo dalla Suprema Corte, ovvero ampliare al massimo (molto oltre le intenzioni del legislatore dell'epoca, ma la lettera della legge lo consente o meglio, non lo impedisce) il raggio interpretativo dell'art. 44 lettera D.

Non si vede dunque perché il medesimo tipo di interpretazione evolutiva, guidata dalla applicazione di principi costituzionali e sovranazionali - come chiaramente indicati nella interessante ordinanza del 18.10.2021 della prima sezione della Corte di cassazione di rimessione al Primo Presidente per la eventuale assegnazione alle sezioni unite⁹ - non

deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela agli interessi del minore in modo più aderente alla peculiarità della situazione, che sono diverse da quelle dell'adozione 44 D.

Il problema però si ripropone, a parere di questa Corte, nel momento in cui deliberatamente il Legislatore rimane inerte nonostante il severo monito della Corte costituzionale.

⁹ Si tratta di una ordinanza importante e molto articolata e che prospetta delle soluzioni interpretative (quanto alla g.p.a in particolare) che non sono state poi recepite dalle sezioni unite. Per quanto qui interessa (e quindi non le tematiche che interessano la g.p.a., quali quella sull'ordine pubblico internazionale) la prima sezione della Corte di Cassazione ritiene che, a seguito della sentenza n. 33 del 9 marzo 2021 della Corte costituzionale, si sia "aperto un vuoto normativo, per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite", dal momento che la Corte costituzionale da un lato ha evidenziato la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e, dall'altro, ha rilevato la inadeguatezza della soluzione offerta dalla adozione speciale. La prima sezione ha quindi ravvisato

possa essere fatta oggi con riferimento all'art. 8 della legge 40/2004, giacché la lettera della legge non lo vieta. Anzi, la norma è inserita in separato capo della legge, intitolato “*disposizioni concernenti la tutela del nascituro*” e l'art. 8 tratta dello stato giuridico del nato che ha lo stato di figlio riconosciuto dalla coppia che abbia fatto ricorso alla p.m.a.. Vero è che la Corte costituzionale (33/2021)¹⁰ ha indicato che spetta al legislatore farsi carico di colmare la lacuna, riconoscendo il legame filiale tra nati e genitori intenzionali, peraltro valutando il ricorso all'adozione 44 D come rimedio inadeguato¹¹, ma ha

la necessità di una linea interpretativa “*che risponda all'esigenza immediata di tutela del minore pur in assenza dell'intervento del legislatore sollecitato dalla Corte costituzionale*”.

¹⁰ Con ordinanza del 29 aprile 2020, la Corte di cassazione, sezione prima civile, aveva sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), «*nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico*», questione dichiarata inammissibile dalla Corte Costituzionale che ha ritenuto spetti al Legislatore colmare le lacune esistenti nel sistema.

¹¹ “*...il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), ritenuto esperibile nei casi all'esame dalla stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati.*

L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto

affermato che spetta al Legislatore “*in prima battuta*”, ritenendo peraltro ormai “*indifferibile*” la “*individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*”.

Nell’aderire alla opzione interpretativa proposta dal Tribunale di Brescia, la Corte ritiene pertanto di avere applicato i principi indicati dalla sentenza 33/2021 della Corte costituzionale - contrariamente a quanto denunciato dal reclamante - non sostituendosi affatto al legislatore ma, anzi, auspicando un suo intervento e, nell’attesa, ricercando la soluzione interpretativa che meglio tuteli i diritti dei bambini.

Va anche detto che le diverse sentenze della Suprema Corte richiamate dal reclamante, oltre che precedenti all’intervento della Corte costituzionale, sono inerenti a casi di nati da g.p.a. e non da p.m.a., situazioni di fatto che stanno su piani diversi e che implicano valutazioni diverse, ad esempio con riferimento all’ordine pubblico internazionale, per la semplice considerazione che le prime sono sanzionate penalmente dalla legge n. 40/2004, mentre non così le seconde.

Il problema, dunque, permane, pur dopo le importanti indicazioni interpretative delle Sezioni Unite n. 38162/22, che, comunque, si sono occupate di maternità surrogata e della possibilità o meno del riconoscimento del provvedimento straniero che riconosceva in quel caso la bigenitorialità. Problema della mancata tutela dei minori nati da p.m.a. che si pone oggi in termini ancora nuovi, giacché ci si chiede come debba comportarsi la giurisprudenza di merito nel momento in cui il legislatore rimane inerte, nonostante il severo monito della Corte costituzionale.

Già si è evidenziato che la posizione di attesa di un intervento legislativo non regge a fronte di situazioni di urgenza (morte o pericolo di morte del genitore biologico), casi in cui la adozione appare rimedio non praticabile. Allora non si vede perché una interpretazione evolutiva della legge 40/2004 con riferimento alla parte dedicata alla tutela dei nati non possa già oggi trovare ingresso, sempre in attesa che il legislatore disciplini in modo organico la materia, interpretazione evolutiva dell’art. 8 che è oggi comunque largamente condivisa dalla dottrina oltre che da molte pronunzie di merito di Tribunali e Corti di Appello¹². È infatti illogico e irragionevole consentire il

giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc’anzi ricapitolati attraverso l’adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell’art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983....”.

¹² Hanno consentito il riconoscimento del figlio anche da parte del genitore intenzionale con conseguente trascrizione del riconoscimento da parte dell’ufficiale di Stato Civile: Tribunale di Torino.

riconoscimento al genitore intenzionale nei casi di violazione della legge n. 40 da parte di coppie eterosessuali oppure in casi di urgenza (morte del genitore biologico o anche pericolo di morte imminente del genitore biologico) o, ancora, nei casi consentiti di p.m.a. eterologa per le coppie eterosessuali e non consentirlo nel caso del genitore intenzionale di coppia omosessuale, con ciò determinando anche una discriminazione e disparità di trattamento dei bimbi nati da p.m.a..

Questa Corte ritiene che la adozione ex 44 lettera D da parte del genitore non biologico non sia strumento sufficiente e idoneo di tutela del diritto del bambino al celere riconoscimento del proprio *status* di figlio. Infatti, la adozione speciale da parte del genitore intenzionale non consente affatto di equiparare la condizione dei minori nati da p.m.a. rispetto a quelli che possono, *fin dalla nascita*, essere riconosciuti da entrambi i genitori. Anzitutto l'istituto dell'adozione in casi particolari consente all'adulto di decidere se adottare o meno e, soprattutto, non assicura la piena protezione del bambino *fin dalla nascita*; si crea poi una discriminazione tra i bambini nati da p.m.a. eterologa in coppia eterosessuale e nati da p.m.a. in coppia omosessuale.

Infine, è noto agli operatori del settore come l'adozione in casi particolari sia uno strumento complesso, lungo e anche costoso per chi vi ricorre; infatti, nella prassi viene quasi sempre nominato dagli interessati un difensore, poiché non è semplice comprendere la scansione dei tempi con cui lavorano i Tribunali per i Minorenni, data la estrema fluidità della normativa di riferimento, anzitutto processuale. Devono poi essere coinvolti i Servizi Sociali in quanto occorre valutare in concreto il superiore interesse del minore e i tempi di definizione, di conseguenza, non sono affatto brevi, anzi, di regola sono molto lunghi, considerate anche le precise indicazioni sulla istruttoria date dall'art.57. Spesso si tratta di tempi incompatibili con il diritto del neonato al proprio *status filiationis*; ad esempio, poco più di tre anni in un caso recentemente esaminato da questa Corte, che ha deciso un appello relativo a un diniego, da parte del Tribunale per i Minorenni di Brescia, di adozione speciale da parte della mamma intenzionale, con

decreti del 21.5.2018 e dell'11.6.2018; Tribunale di Bologna, decreto del 3.7.2018, pubblicato il 6.7.2018; Tribunale di Pistoia, decreto del 5.7.2018; Corte di Appello di Napoli, decreto del 15.6.2018; Tribunale di Genova, decreto dell'8.11.2018; Corte di Appello di Perugia, decreto del 7.8.2018, pubblicato il 22.8.2018; Tribunale di Rovereto, decreto del 4.4.2019, pubblicato il 12.4.2019; Tribunale di Rimini decreto del 26.9.2019, pubblicato il 25.1.2020; Corte di Appello di Perugia, decreto 18.11.2019, pubblicato il 21.11.2019; Corte di Appello di Trento decreto del 16.1.2020; Tribunale di Trento, decreto del 17.3.2020, pubblicato il 27.5.2020; Tribunale di Bergamo decreto del 25.3.2020, pubblicato il 20.4.2020; Tribunale di Cagliari, decreto del 31.3.2020, pubblicato il 28.4.2020; Corte di Appello di Roma, decreto del 23.4.2020, pubblicato il 27.4.2020; Tribunale di Genova, decreto del 4.11.2020; Tribunale di Brescia, decreto 11.11.2020; Corte di Appello di Cagliari, decreto del 16.4.2021; Tribunale di Taranto, decreto 31.5.2022; Tribunale di Bari, decreto del 20 luglio 2022 pubblicato il 7 settembre 2022.

ricorso depositato il 5.3.2018 e sentenza depositata il 29.4.2021, con cui il Tribunale per i Minorenni di Brescia ha respinto il ricorso ritenendo non applicabile al caso di specie l'art. 44 lettera D legge adozione (ancora nel 2021, e quindi in tempi recenti rispetto alla evoluzione giurisprudenziale in materia, indice che sul territorio nazionale la interpretazione della norma non è un dato certo acquisito).

L'Italia si espone, pertanto, a future condanne della CEDU quando accerterà la non adeguatezza, in concreto, della adozione speciale, non rispondendo ai criteri di *diligenza eccezionale, effettività e celerità* indicati dalla medesima CEDU nella sentenza del 31 agosto 2023.

È pertanto del tutto evidente come permarrrebbe una grave disparità di trattamento tra minori, alcuni dei quali si troverebbero privi di un riconoscimento del loro *status* di figli, in quanto nati da p.m.a. La disparità è ancor più eclatante, tramutandosi in vera discriminazione per i figli di coppie omosessuali, se si pensa che i nati da p.m.a. eterologa praticata da coppia eterosessuale possono invece beneficiare della immediata trascrizione del riconoscimento di entrambi i genitori, quindi anche del genitore *non* biologico, con buona pace della interpretazione rigorosamente restrittiva che richiama le norme del Codice civile e dell'ordinamento dello Stato Civile oltre che i moduli ministeriali.

Non è il comportamento degli adulti che deve essere valutato, così come non vengono richieste alla Autorità Giudiziaria valutazioni di tipo morale o sociologico, bensì compito del giudice è valutare, nel caso concreto all'esame, la condizione effettiva di un soggetto debole privo di diritti, ovvero, anzitutto, il diritto a vedere riconosciuto il proprio *status* di figlio di *due* genitori e il conseguente diritto del bambino alla bigenitorialità, sancito dalle norme nazionali e sovranazionali e continuamente richiamato in tutte le sentenze in tema di diritto di famiglia, essendo ormai pacifica la formazione crescente di famiglie formate da coppie omosessuali accanto a famiglie eterosessuali, senza alcuna necessità di addentrarsi negli studi e approfondimenti che la dottrina familiarista propone da anni in questa materia, ovvero su cosa sia, oggi, una famiglia, semplicemente perché le famiglie omosessuali sono presenti, in misura crescente, nei casi concreti che i giudici devono esaminare.

Il problema, allora, è solo quello di verificare se la lettera della legge, che ovviamente vincola l'interprete, consenta o meno la proposta interpretazione evolutiva.

Nessuno sbarramento o divieto si ravvisa nella lettera della legge per le ragioni molto chiaramente esposte dal Tribunale di Brescia già con il provvedimento del 2020.

Si osserva che quando si passa a trattare, in capo separato (capo III), la tutela del nascituro, cambia anche il lessico, giacché si parla, genericamente, di figli della *coppia* che ha deciso di accedere alla p.m.a., tutte le coppie, dunque: le coppie eterosessuali che abbiano violato i divieti così come le coppie omosessuali, alle quali non è consentita la p.m.a.; si tratta di norme che hanno come obiettivo solo la protezione del nascituro e

prescindono dai divieti elencati nelle altre norme che, evidentemente, non possono ricadere sul bambino nato, che viene protetto sempre - come bene ha evidenziato il Tribunale - anche in caso di incesto. Ciò è tanto vero se si pensa che anche la Corte di cassazione ha richiamato questa regola generale di tutela per applicarla ad un particolare caso di violazione del divieto, ovvero la p.m.a. post mortem¹³.

La tutela dei minori viene imposta oltre che dalla Costituzione, dalla normativa internazionale cosicché una interpretazione evolutiva della norma, ovvero dell'art. 8 L. 40/2004, non può bollarsi come sostitutiva del compito del legislatore, giacché il diritto vivente è appunto anche quello di intervenire colmando lacune a fronte della inerzia protratta del legislatore, così come avvenne allorché la giurisprudenza cominciò a superare l'interpretazione del presupposto della adozione in casi particolari consistente non più nella impossibilità *di fatto* dell'affidamento preadottivo (interpretazione aderente alla intenzione del Legislatore dell'epoca) ma anche *di diritto* (interpretazione che comunque la lettera della legge consentiva) aprendo così la strada, circa venti anni fa, alla possibilità di applicare l'art. 44 lettera D legge adozione a una molteplicità di casi che non avevano tutela, fino alla interpretazione, ancor più estensiva, che ne ha offerto oggi la Suprema Corte.

Questa Corte ritiene pertanto che il reclamo del Ministero dell'Interno debba essere respinto, con conferma del decreto impugnato.

Le spese di questo grado di giudizio restano a carico del reclamante, data la mancata costituzione in giudizio delle reclamate, spese che sarebbero comunque da compensarsi, come correttamente ha statuito il Tribunale, ai sensi dell'art. 92 comma 2 seconda parte.

P.Q.M.

La Corte sul reclamo proposto dal MINISTERO DELL'INTERNO in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, avverso il decreto pubblicato dal Tribunale di Brescia in data 16.2.2023 nel procedimento n. 346/2021, su conforme parere del P.G. così provvede:

- RIGETTA il reclamo e, per l'effetto, conferma il provvedimento impugnato
- Spese a carico del reclamante per non essersi costituite le reclamate

¹³ Cass. n. 13000 del 15.3.2019

Proc. 276/2023 V.G.

Corte d'Appello di Brescia - Sezione III Civile - Famiglia Minori Tutela delle Persone

MANDA alla Cancelleria di comunicare il presente decreto all'ufficiale dello stato civile del Comune di Brescia

Così deciso in Brescia, Camera di Consiglio del 7 novembre 2023

Il Consigliere est.
Maria Grazia Domanico

Il Presidente
Claudio Castelli