

AIAF

WEBINAR BEFORE LUNCH

LA GENITORIALITA' SOCIALE E LE COPPIE SAME SEX

Dialogano

La Dott.ssa Annamaria Fasano

L'Avv. Cinzia Calabrese

L'Avv. Alberto Figone

Il tema di riflessione che oggi AIAF ci propone è la genitorialità all'interno della coppia dello stesso sesso perché da diversi anni a questa parte a fronte di un calo della natalità c.d. naturale, si è assistito, invece, ad un aumento del desiderio di genitorialità da parte di quelle coppie che non possono avere figli, in particolare da parte delle coppie omosessuali.

In passato, la tutela massima che si poteva pretendere era l'adozione da parte di uno dei due componenti della coppia del figlio del *partner* della precedente relazione, mediante l'applicazione dell'istituto dell'art. 44 lettera b) L. 184/1983.

La panoramica giurisprudenziale

Cass. Civ. 19599/2016

Il caso

Due donne (cittadina italiana e cittadina spagnola) unite in matrimonio decidono di avere un figlio.

Il nascituro è geneticamente figlio della cittadina italiana, ma partorito dalla madre con cittadinanza spagnola.

In Spagna, esiste infatti una legislazione che consente al figlio di avere due madri (genetica e biologica).

Problema giuridico

L'atto di nascita che reca l'indicazione di due madri può essere riconosciuto in Italia?

Soluzione della Corte di Cassazione

L'atto di nascita deve essere riconosciuto anche in Italia in quanto non è in contrasto con l'ordine pubblico. Prevale la tutela del superiore interesse del minore, nonché la tutela della libera circolazione degli *status*.

Tribunale di Rimini, 3 dicembre 2019

La soluzione è la stessa adottata dalla Corte di Cassazione.

Sul punto si precisa che in questo caso il parto era avvenuto in Italia con due madri cittadine italiane.

Cass. Civ. 8029/2020 e Cass. Civ. 7668/2020

Il caso

Due donne si recano in Spagna e una sola di esse ha un'inseminazione artificiale. L'altra non è mamma, rimane semplicemente compagna.

Il parto avviene in Italia.

La compagna vuole procedere al riconoscimento del figlio mediante l'articolo 250 c.c.

Soluzione della Corte di Cassazione

Non si può procedere al riconoscimento da parte del genitore intenzionale perché la genitorialità presuppone sempre un apporto genetico.

Affermazione importante che mette in dubbio l'importanza della genitorialità sociale che deve essere considerata non meno importante di una genitorialità biologica e/o genetica.

Le sentenze sono forti della pronuncia n. 221/2019 della Corte Costituzionale che si è espressa sulla questione di legittimità costituzionale delle norme della L. 40/2004 nella parte in cui non consentono alla donna single o alla coppia di donne omosessuali di accedere alla fecondazione assistita

La Corte Costituzionale, ponendo l'attenzione sull'apporto naturalistico nel concepimento di un figlio, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, rimettendo tuttavia la questione alla discrezionalità del legislatore.

Cass. Civ. SS. UU. 12193/2019

Il caso

Due signori trentini fanno ricorso alla tecnica della maternità surrogata in Canada. Uno dona il suo seme e l'altro semplicemente rimane compagno.

Una volta giunti in Italia, chiedono la trascrizione dell'atto di nascita.

La Corte d'Appello fornisce risposta affermativa alla trascrizione del certificato di nascita ponendo l'attenzione sulla circolazione degli *status*.

Soluzione della Corte di Cassazione

L'atto non si può trascrivere in Italia perché è un atto non conforme ai principi dell'ordine pubblico, inteso non solo quale insieme di principi fondamentali, ma anche delle norme che sono applicazione diretta di tali principi, quindi, nel caso di specie, la filiazione legata alla biologia, nonché l'adozione.

Sentenza non in linea con i principi costituzionali, nonché con l'art. 8 CEDU.

Cass. Civ 8325/2020

Recentemente si è riposta di nuovo la questione alla Corte di Cassazione, la quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme della legge 40 del 2004, nonché delle norme dello stato civile.

Il *novum* rispetto al precedente orientamento della Cassazione è individuato nel parere della Grande Camera della Corte EDU fornito nel Caso *Menesson e Labassee c. Francia*.

(**N.B.** L'Italia non riconosce in capo alla CEDU una competenza consultiva, ma rimane fermo che il parere espresso dalla Corte EDU ha un'importanza fondamentale).

La CEDU, nel fornire parere, ha ritenuto che l'esclusione della genitorialità sociale possa porsi in contrasto con l'art. 8 della CEDU.

Ecco che la Corte di Cassazione con una pronuncia innovativa e all'avanguardia rimette la questione alla Corte Costituzionale.

Ora bisognerà vedere che cosa risponderà la Corte Costituzionale.

Concludendo, quello che emerge dalla panoramica giurisprudenziale è uno scenario ancora molto fluido, sarebbe necessario un intervento del legislatore illuminato.

Si potrebbe estendere l'adozione anche alle coppie di persone dello stesso sesso che abbiano formalizzato la loro unione mediante l'istituto dell'unione civile. Sappiamo che oggi non è ancora possibile.

Che cosa è la genitorialità sociale?

Il termine genitorialità sociale viene utilizzato distinguere questa forma di genitorialità da quella tradizione, ovvero quella caratterizzata da una discendenza genetica/biologica che caratterizza la struttura familiare tipica italiana.

Il genitoriale sociale è colui che esercita le funzioni genitoriali di cura, assistenza e mantenimento nei confronti di un minore proprio sul presupposto di un legame affettivo e non anche sulla base di una discendenza biologica.

Partendo da questa definizione non possiamo parlare di diritto di famiglia se non tenendolo distinto dal diritto della filiazione. Anzi possiamo dire che il diritto alla filiazione fonda il diritto di famiglia.

Oggi la nascita del figlio va ad identificare un nucleo familiare. Prima la famiglia era costituita mediante atto di matrimonio.

Il concetto di famiglia è un concetto fluido ed impossibile contenerlo in confini univoci e specifici; non esiste più un modello unico di famiglia. Gli stessi Stati Membri dell'UE hanno difficoltà a tenere il concetto di famiglia in definizioni specifiche e univoche.

Nella genitorialità sociale prevale il consenso delle parti anche con riferimento al rapporto di filiazione. La filiazione nasce da un progetto intenzionale soprattutto nelle coppie omosessuali.

Noi giuristi ci dobbiamo porre una domanda: *ma il rapporto di filiazione fondato su un progetto genitoriale condiviso è meno importante da quello nato da una genitorialità biologica?*

In questo panorama nasce la figura del genitore sociale o del terzo genitore che si affianca e alcune volte si sostituisce al genitore biologico.

Il genitore sociale va visto non solo nelle coppie omosessuali, dove emerge nella sua difficoltà di disciplina, come elemento fondamentale del rapporto di filiazione anche in altre strutture familiari come quelle allargate.

STATI UNITI

Viene riconosciuto un vero e proprio diritto alla scelta della procreazione. C'è una disciplina aperta alla procreazione.

Si parla di *polimorfismo familiare*, ovvero si riconosce ad ogni individuo senza distinzione di sesso la più ampia libertà nell'autodeterminarsi delle scelte, anche giuridiche. Si ha un diritto generalizzato alla procreazione.

L'interesse del nascituro viene tutelato con la garanzia che al momento del concepimento vi sarà un genitore maggiorenne che se ne prenderà cura. Piena esaltazione della volontà e del consenso del singolo.

FRANCIA

La legge francese stabilisce che si può usufruire della procreazione assistita solo se si è in una coppia formata da persone eterosessuali, legata da un matrimonio, da una comunione di vita seria, stabile che duri almeno da due anni.

Il ruolo del consenso è molto limitato perché la procreazione assistita può essere utilizzata solo in caso di infertilità patologica accertata da uno specialista.

Ci sono due principi che devono essere presi in considerazione:

- i) diritto alla continuità affettiva;
- ii) il superiore interesse del minore che regola tutta la materia del diritto di famiglia.

Ma vi è di più, ovvero occorre garantire dei diritti al terzo genitore. Perché se è vero che ci sono dei diritti a tutela del minore, analogamente, per la tutela dei diritti personalissimi tutelati dalla Carta Costituzionale non è possibile escludere un diritto del terzo genitore di continuare a frequentare il minore.

In Francia ci si rende conto che il sistema sociale è in continua evoluzione. Sempre di più si formano famiglie ricomposte e famiglie omosessuali in cui il compagno si prende cura in maniera significativa del figlio dell'altro compagno.

Evoluzione che ha portato all'emanazione **dell'art. 377 codice civile** che stabilisce che il genitore può fare istanza al giudice della famiglia e quindi demandare l'esercizio della potestà con o ad un terzo. Istituto della delega per condividere con un terzo la responsabilità genitoriale. Non si fa riferimento ad un terzo partner o coniugato con il genitore biologico del minore, ma al compagno in generale.

I terzi possono anche essere affidatari del minore e quindi avere legittimazione a compiere atti di ordinaria amministrazione, senza incidere sulla responsabilità parentale dei genitori. Per gli atti di particolare importanza infatti è necessario il consenso dei genitori deleganti.

Legge 679/2010 introduce in Francia l'istituto della delegazione parentale.

La norma nasce per garantire il riconoscimento giuridico ai soggetti che condividono la genitorialità con i genitori biologici e/o genetici.

INGHILTERRA

È previsto l'istituto della delega nel senso che in virtù di un provvedimento giudiziale si può attribuire al genitore sociale una o più funzioni parentali, revocabili da parte del Giudice, nonché di ciascuno dei soggetti che si occupano della gestione del minore.

GERMANIA

Vi è il rapporto sostitutivo, ovvero il genitore biologico viene estromesso dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

La legge tedesca sulla convivenza registrata, che è stata modificata anche nel 2004, concede la possibilità a due persone dello stesso sesso, maggiorenni, non legate da un precedente matrimonio, di costituire un'unione civile prevedendo contestualmente che il *partner* di un genitore che detiene l'affido esclusivo di un bambino, con l'accordo dell'affidatario, possa adottare decisioni sulle questioni attinenti alla vita quotidiana del minore.

ITALIA

FOCUS SU D.L. 1320/2017

Il progetto di legge 1320/2017 prevede l'esercizio della responsabilità genitoriale in capo ad un terzo nel caso in cui il minore stia crescendo in un nucleo familiare atipico.

È fondamentale che il legislatore intervenga.

Occorre dare tutela al genitore sociale anche qualora intervenga una crisi all'interno della famiglia.

