

## PORTOGALLO: Sulla parità dei diritti tra uomo e donna in tema di riconoscimento dei figli\*

di Giovanni Vagli  
(9 ottobre 2016)

**Sommario:** 1. - Introduzione. 2.- Analisi del contenuto delle norme impugnate. 3.- Le argomentazioni indicate nel ricorso di incostituzionalità. 4. – Analisi della decisione del Tribunale costituzionale. 5.- Conclusioni.

### 1. - Introduzione

Questa breve nota prende spunto da una sentenza dalla 2<sup>a</sup> Sezione del Tribunale costituzionale portoghese (TC)<sup>1</sup>, che sorge da un ricorso avverso una decisione della Corte d'Appello di Lisbona, la quale a sua volta aveva rigettato un ulteriore ricorso contro una decisione del Tribunale di prima istanza di Cascais, che aveva sancito per il convenuto il riconoscimento del figlio da lui concepito, su istanza d'ufficio presentata dal Pubblico Ministero (PM).

Le norme di cui si è invocata l'incostituzionalità sono le seguenti: articolo 202 e seguenti dell'Organizzazione Tutelare dei Minori (OTM)<sup>2</sup>, articolo 1.864 e seguenti del Codice civile e 1.869 e seguenti del Codice civile<sup>3</sup> (C.C.); l'oggetto dell'istanza era la supposta illegittimità costituzionale della verifica d'ufficio della

\* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Sentenza n. 346/2015, emanata in data 23 giugno 2015 (reperibile al sito [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)). Ai sensi dell'art. 41 della legge n. 15 novembre 1982, n. 28 e successive modifiche (sull'organizzazione, il funzionamento ed il processo del Tribunale costituzionale), esistono tre sezioni non specializzate, ciascuna delle quali costituita dal presidente o dal vicepresidente più quattro giudici. L'art. 79-A della stessa legge dispone che il Presidente, con il consenso del Tribunale, possa stabilire che il giudizio si svolga di fronte al *Plenário*, al fine di evitare divergenze giurisprudenziali o quando ciò sia giustificato dalla natura della questione da decidere; inoltre, il *Plenário* funziona quale organo di ricorso in caso di divergenza giurisprudenziale tra le sezioni sulla stessa norma (art. 79-D della legge su citata, la quale fissa tutti gli ulteriori casi che devono essere obbligatoriamente decisi dal *Plenário* stesso; il relativo testo può essere consultato al sito indicato all'inizio di nota).

2 Decreto Legge 27 ottobre 1978, n. 314 e successive modifiche, l'ultima delle quali è stata apportata dalla Legge 8 settembre 2015, n. 141 (il testo è reperibile al sito [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2428&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)).

3 Il Codice civile portoghese in vigore è il Decreto Legge 25 novembre 1966, n. 47344 e successive modifiche, l'ultima delle quali è stata apportata dalla Legge 10 settembre 2015, n. 150 (reperibile in [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2424&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2424&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)).

paternità e/o il riconoscimento giudiziario della stessa, contro la volontà del presunto padre.

## 2. – *Analisi del contenuto delle norme impugnate*

Osserviamo in dettaglio il contenuto delle norme in questione.

L'istruttoria relativa alla verifica della paternità e della maternità avviene d'ufficio da parte del *curador*, che può usare qualunque mezzo di prova legalmente ammesso; devono obbligatoriamente verbalizzarsi le deposizioni dei genitori, effettivi o presunti, oltre alle prove che siano utili al Tribunale al fine di appurare la verità (art. 202 OTM); l'istruttoria del processo è segreta e deve essere condotta in modo da evitare offese al pudore e alla dignità delle persone; nel processo non possono intervenire mandatarî giudiziari, tranne che in fase di ricorso (art. 203 OTM); una volta conclusa l'istruttoria, il *curador* emette un parere in merito alla eseguibilità dell'azione di ricerca della maternità o paternità, o della relativa impugnazione (art. 204 OTM); il giudice emette poi la decisione finale decretando o l'archiviazione o la rimessione degli atti al Pubblico Ministero<sup>4</sup> operante presso il Tribunale competente, affinché sia proposta l'azione di ricerca o di impugnazione; prima di decidere, il giudice può svolgere tutte le indagini che ritenga necessarie; la decisione di archiviazione del processo viene notificata al richiedente (art. 205 OTM).

Ogni qualvolta sia registrata la nascita con la mera indicazione del nome della madre, l'ufficiale di stato civile deve trasmettere al tribunale competente il certificato integrale della registrazione in causa, affinché venga verificata d'ufficio l'identità del padre (art. 1.864 C.C.); qualora sia possibile, il Tribunale udirà la madre in merito alla paternità che attribuisce al figlio; se l'uomo ammette la paternità, viene emesso un certificato che è trasmesso allo stato civile al fine di registrazione; se la paternità viene negata o non confermata, il tribunale procede al fine di svolgere le indagini necessarie per la verifica dell'eseguibilità dell'azione di ricerca della paternità; se poi il Tribunale decide che sussistano prove certe della paternità, ordina la trasmissione del processo al PM, affinché esso promuova l'azione di ricerca (art. 1.865 C.C.).

La paternità può essere riconosciuta nel corso di un processo iniziato su istanza del figlio nel caso in cui la maternità sia già stata stabilita oppure nel caso in cui si richieda allo stesso tempo il riconoscimento della maternità e della

---

<sup>4</sup> In Portogallo il PM non svolge solo le funzioni di pubblica accusa nell'ambito del processo penale, ma rappresenta lo Stato in qualsiasi Tribunale e processo, tranne nei casi in cui la legge ammetta la sua sostituzione da parte di altri soggetti, in particolare l'intervento di avvocati designati dallo stesso Stato.

paternità (art. 1.869 C.C.); anche la madre minorenni può promuovere l'azione in rappresentanza del figlio, senza l'autorizzazione dei genitori, ma viene rappresentata nel processo da un *curador* nominato dal Tribunale (art. 1.870 C.C.).

### 3. – *Le argomentazioni indicate nel ricorso di incostituzionalità*

Nel ricorso presentato al Tribunale costituzionale, si è posta in causa la conformità delle norme summenzionate rispetto al principio di uguaglianza, facendosi specifico riferimento all'art. 13, 2° comma, della Costituzione portoghese (CRP), il quale afferma che "Nessuno può essere privilegiato, beneficiato, pregiudicato, privato di qualunque diritto o esentato da qualunque dovere in ragione dell'ascendenza, del sesso, della razza, della lingua, del territorio di origine, della religione, delle convinzioni politiche o ideologiche, dell'istruzione, della situazione economica, della condizione sociale o dell'orientamento sessuale"<sup>5</sup>.

L'argomento principale utilizzato al fine di dimostrare la supposta incostituzionalità delle disposizioni in esame è la differenza di trattamento tra uomo e donna posta in essere dalla legislazione vigente, la quale permetterebbe alla donna di decidere liberamente se e quando portare avanti una gravidanza, senza alcuna possibilità di intervento da parte del padre biologico del feto, mediante la pratica della relativa interruzione volontaria nel corso delle prime dieci settimane di gestazione, diritto che conferisce alla donna la piena e libera determinazione della scelta della maternità, discriminandosi in tal modo l'uomo, che non può in alcun modo condizionare tale scelta, venendone assolutamente escluso. In pratica, secondo tali argomentazioni, il ruolo dello Stato al fine di "garantire, nel rispetto della libertà individuale, il diritto alla pianificazione familiare, promuovendo l'informazione e l'accesso ai metodi e ai mezzi che l'assicurino, e organizzare le strutture giuridiche e tecniche che permettano l'esercizio di una maternità e di una paternità coscienti"<sup>6</sup> verrebbe esercitato solo in favore della donna, ma non dell'uomo<sup>7</sup>.

Il diritto della donna incinta di scegliere se diventare o meno madre, garantito dalla depenalizzazione dell'aborto, non troverebbe analogo riconoscimento per l'uomo, che invece viene obbligato ad accettare contro la

---

5 Traduzione nostra, come tutte le altre presenti nell'articolo.

6 Art. 67, 2° comma, lett. d), CRP.

7 Sul tema cfr. Jorge Martins Ribeiro, *O direito do homem a rejeitar a paternidade do filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar*, Coimbra, 2013, citato nella sentenza in analisi.

propria volontà una paternità accertata mediante un procedimento ad iniziativa d'ufficio.

Gli interessi che soggiacciono alla volontà o meno di procreare sono sostanzialmente uguali per l'uomo e per la donna, così come l'autodeterminazione ed il libero sviluppo della personalità<sup>8</sup>.

Né varrebbe la tesi dell'"interesse del minore", o il diritto dello stesso alla sua identità/filiazione<sup>9</sup>: in termini di diritto comparato si fa riferimento alla legislazione inglese, che prevede espressamente il mancato riconoscimento della paternità quando questa non costituisca il miglior interesse per il minore<sup>10</sup>; la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni di cui sopra non violerebbe il diritto al nome, in quanto la legislazione in vigore in Portogallo non obbliga all'attribuzione del cognome paterno, essendo possibile la mera attribuzione del cognome materno<sup>11</sup>; lo stesso TC ha asserito che il diritto di conoscere la paternità biologica (diritto di conoscere le origini genetiche) e di stabilire il relativo vincolo giuridico non costituisce un valore assoluto, dovendo essere confrontato con altri fattori, in particolare il rispetto della vita privata<sup>12</sup>. Del resto, lo stesso ordinamento giuridico portoghese relativizza il vincolo genetico non permettendo l'impugnazione della paternità sulla base dell'inseminazione artificiale del coniuge consenziente<sup>13</sup>; i donatori di sperma non sono considerati genitori dei bambini che vengono alla luce e non sono titolari di alcun potere o dovere nei loro confronti<sup>14</sup>.

#### 4. – *Analisi della decisione del Tribunale costituzionale*

Vediamo adesso la posizione assunta dal TC relativamente agli argomenti di ricorso.

---

8 Su questo punto viene citata pure l'opinione dissenziente del giudice costituzionale Rui Moura Ramos, proferita nell'ambito della sentenza n. 75/2010 (si rimanda al riferimento internet citato a nota 1).

9 Come invece sostenuto dalla Corte d'Appello di Lisbona nella sentenza impugnata.

10 *Family Law Act, section 55A* (del 1985). Riportiamo questo riferimento normativo così come indicato nella sentenza.

11 Art. 1.875, 1° comma, C.C., che recita: "Il figlio userà i cognomi del padre e della madre o solo uno di essi."

12 Sentenza n. 401/2011 (si rimanda ancora una volta alla nota 1 per il riferimento internet).

13 Art. 1.839, 3° comma, C.C.

14 Art. 10, 2° comma, e 21 Legge 26 luglio 2006, n. 32.

In primo luogo, esso ha limitato l'oggetto del ricorso ai soli articoli 1.865, 5° comma, e 1.869 C.C., escludendo tutte le altre disposizioni impugnate.

Le ragioni a ciò addotte afferiscono al valore strumentale del ricorso di incostituzionalità, che, nel caso di specie, riguardava una sentenza della Corte d'Appello di Lisbona; ovvero, tenuto conto che la verifica d'ufficio costituisce un elemento pregiudiziale, che in quanto tale si era concluso prima del proferimento della sentenza di primo grado, l'eventuale incostituzionalità delle norme applicate in tale fase non avrebbe interferito con la sentenza d'appello.

Questa interpretazione è assai discutibile, perché, sebbene si fondi su presupposti oggettivi e inquestionabili, ossia la conclusione della fase pregiudiziale della verifica d'ufficio, è pur sempre vero che questa, *in casu*, ha reso possibile il processo di primo grado, senza il quale non sarebbe esistito il ricorso alla Corte d'Appello, la cui decisione è stata poi impugnata di fronte al TC. A nostro avviso, esiste quindi un rapporto causale diretto tra il ricorso al TC e la fase pregiudiziale, in virtù dell'intima relazione sussistente tra le varie fasi ed i vari gradi del processo di merito.

Il TC ha operato una scelta di economia processuale, ma non si può disconoscere che l'eventuale incostituzionalità delle disposizioni riguardanti la verifica iniziale d'ufficio avrebbe condizionato l'esito delle successive decisioni.

Comunque, prendiamo atto dell'opzione effettuata e procediamo all'analisi della decisione.

Gli argomenti di ricorso vengono considerati fondati su un errore di valutazione iniziale: la possibilità di interrompere volontariamente una gravidanza non rappresenta una prerogativa in più per la donna rispetto all'uomo, in modo tale da costituire una violazione del principio di uguaglianza, in quanto elemento oggettivamente diverso rispetto al riconoscimento d'ufficio della paternità. L'opzione legislativa di depenalizzare l'aborto<sup>15</sup>, in determinate condizioni, concedendo solo alla volontà della donna la scelta di attuare in tal senso ha a che fare in primo luogo con un elemento biologico, ovvero il fatto che la madre ed il feto nelle prime dieci settimane di gravidanza costituiscono un'entità unica; quindi l'esclusione del padre del nascituro da tale scelta non solo non viola l'art. 13, 2° comma, CRP, ma si pone quale circostanza assolutamente non comparabile con la verifica d'ufficio della paternità, la cui *ratio* si fonda invece sul diritto del figlio di stabilire un vincolo giuridico di paternità, in corrispondenza con la verità biologica, diritto che è incompatibile col riconoscimento in tale ambito dell'autodeterminazione genitoriale.

---

15 Legge 17 aprile 2007, n. 16.

Il TC ha quindi considerato inesistente la violazione del principio di uguaglianza tra uomo e donna, rigettando il ricorso.

Da segnalare al riguardo l'opinione concorrente del Giudice Pedro Machete, il quale, in poche frasi, ha chiarito meglio per quale motivo non sussiste la violazione dell'art. 13, 2° comma, CRP: la legislazione vigente (OTM) prevede espressamente pure il riconoscimento giudiziario della supposta madre (art. 1.808), quindi non vi è alcuna discriminazione tra uomo e donna in ragione del sesso.

In effetti, è questo l'argomento più convincente, ma stranamente non è stato usato nell'ambito della *ratio decidendi*.

## 5. - Conclusioni

Desideriamo adesso spendere alcune parole sui temi affrontati nel corso di questa sentenza.

Sebbene concordiamo perfettamente col fatto che la decisione finale in materia di aborto debba essere di competenza della donna, in forza del diritto di libertà di disporre del proprio corpo<sup>16</sup>, ci chiediamo se sia giusto escludere in modo completo il padre biologico da tale decisione. Riteniamo che sarebbe quanto meno conveniente conferire all'uomo il diritto di pronunciarsi sulla questione, circostanza che invece non viene prevista dalla legislazione in causa. È facile obiettare che normalmente la decisione di interrompere volontariamente una gravidanza viene discussa dalla coppia, ma una cosa è ciò che avviene nella pratica un'altra è godere di un diritto specifico; né vale la

---

<sup>16</sup> Che si evince dall'art. 25 CRP (Diritto all'integrità fisica). L'integrità fisica è un diritto personale, come tale disponibile. In senso contrario, o forse più limitativo, si esprimono J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra, 2007, 455-456, secondo i quali "Il diritto all'integrità fisica e psichica condiziona severamente l'ipotesi di asserire in senso costituzionale un *diritto a disporre del proprio corpo*. Eccettuando le ipotesi di disposizione del corpo con effetto *post mortem* (...), di sostanze rigenerative (...) o di organi parzialmente donabili a persone con relazioni di prossimità esistenziale (...), il principio è quello di indisponibilità del proprio corpo." Non di meno, gli stessi autori citano delle disposizioni legislative che vanno in direzione contraria, ovvero l'art. 149 del Codice penale (Consenso), che recita "1 – Agli effetti del consenso, l'integrità fisica si considera liberamente disponibile.", e l'art. 6 della Legge n. 12/93 (Raccolta e trapianto di organi), il quale disciplina le ipotesi in cui tali pratiche siano consentite in soggetti vivi (si deve però riportare che il 7° comma di tale disposizione proibisce espressamente la donazione e la raccolta di organi, tessuti o cellule quando sussista un'elevata probabilità che essa implichi una grave e permanente diminuzione dell'integrità fisica o della salute del donatore). Sul tema del consenso alla limitazione del diritto all'integrità fisica si veda anche J. Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, 269 e segg., i quali riportano pure casi di esclusione del fatto illecito per consenso in materia civile, in particolare l'art. 340 C.C., che dispone che "L'atto lesivo di diritti altrui è lecito purché vi sia stato consenso alla lesione".

considerazione per cui la donna potrebbe in ogni caso nascondere la gravidanza al partner, per evitare di avere la sua opinione sul caso: il conferimento di un diritto ha valore a prescindere dagli escamotage adottabili per evitarne la fruizione, altrimenti molte delle norme vigenti non avrebbero ragione di esistere.

Un'altra questione riguarda l'opportunità e la convenienza di obbligare al riconoscimento della maternità e della paternità; il diritto dei figli di stabilire un vincolo giuridico parentale si scontra con una questione che, a nostro avviso, gode di una maggiore importanza: chi viene obbligato ad assumere il ruolo di padre o di madre, normalmente non svolge bene tale compito. In effetti, se un soggetto intende esimersi da tale responsabilità, sia esso uomo o donna, deve avere motivi personali che lo inducono in tal senso. Obbligarlo al riconoscimento del figlio non ci pare pertanto una soluzione positiva, non solo per il soggetto in causa, ma proprio, e forse ancor di più, per il figlio stesso.

Ci rendiamo conto che le questioni siano assai complesse e che le scelte legislative possono solo offrire una tutela unilaterale, ma, ciò nonostante, riteniamo che la normativa vigente in Portogallo, per quanto non incostituzionale, potrebbe essere migliorata, tutelando di più l'autodeterminazione genitoriale, a scapito dei diritti filiali, i quali paiono godere più di una protezione formale che di una reale garanzia pedagogica. Il discorso cambia ovviamente per le questioni economiche, che vengono garantite in modo assai migliore dalle norme vigenti, facendo in modo che il riconoscimento genitoriale assicuri una famiglia ai figli; però anche in questo ambito esiste il rovescio della medaglia, ovvero la possibilità di instaurare un'azione giudiziaria di riconoscimento da parte del figlio per meri motivi economici.

Una soluzione perfetta non esiste, ma, lo ripetiamo, la nostra opinione va nel senso di un'esigenza di maggiore tutela delle libere scelte dei genitori, potendosi poi garantire i diritti dei figli in altro modo, per esempio tramite l'inserimento in una famiglia diversa da quella naturale.