

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

GILDA FERRANDO

I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-1

I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto

Sommario

1. Premessa. – 2. L'adozione e i suoi limiti. – 3. Trascrizione di atti di nascita stranieri e ordine pubblico. – 4. Il consenso come fondamento dello stato di figlio nato da PMA. – 5. Segue. Il caso della doppia maternità.

Abstract

L'Autrice analizza la questione della tutela dei figli delle coppie arcobaleno riflettendo sugli istituti dell'adozione e della trascrizione degli atti di nascita stranieri alla luce della recente giurisprudenza in materia.

The Author analyses the issue relating the child protection within the rainbow families illustrating adoption and the birth certificates registration in light of the recent case-law on the topic.

1. Premessa

L'approvazione della legge sulle unioni civili – come è noto – è il frutto di un compromesso politico che ha richiesto la cancellazione di ogni riferimento ai figli e l'eliminazione della c.d. stepchild adoption. Si tratta di un risultato, a dire il vero, raggiunto solo in parte sia per via della c.d. clausola di salvaguardia inserita in chiusura del comma 20, che fa salvo quanto previsto e consentito dalla giurisprudenza nel campo delle adozioni, sia per il fatto che qualche non irrilevante riferimento ai figli è rimasto grazie ai rinvii contenuti nel comma 25 alla procedura divorzile (applicabile agli uniti civilmente) ed in special modo all'art. 4, c. 4, l. n. 898/1970, dove si richiede l'indicazione dei “figli di entrambi”.

Il fatto è che proprio il tentativo di “oscurare” i bambini, di cancellarli con un colpo di spugna, ha sortito quale effetto paradossale quello di renderne manifesta la reale esistenza, e di dare voce alla loro domanda di tutela. I bambini ci sono, sono parte delle famiglie arcobaleno e chiedono di essere riconosciuti e tutelati insieme ai loro genitori.

Già, ma come fare, dove trovare nelle tavole della legge gli strumenti per farlo? I bambini, per il fatto della nascita sono persone (art. 1 c.c.), titolari di diritti inviolabili (art. 2 Cost.), in primo luogo il diritto alla relazione con i genitori (art. 30 Cost.), con entrambi i genitori (art. 24 Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea (CDUE)). Ogni decisione che li riguarda deve essere presa alla luce del loro preminente interesse (Convenzione di New York, art. 3, CDUE, art. 24) E allora gli strumenti si devono trovare.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Privato, Università di Genova.

Il problema principale è quello dello stato giuridico. Come garantire ai bambini uno stato certo nei confronti di entrambi i genitori che li metta al riparo dai rischi della vita (la morte di uno dei due genitori, la loro separazione) che garantisca certezza nelle relazioni con i terzi (la scuola, la sanità ...)? Una volta instaurato il rapporto, va da sé che la sua disciplina è contenuta negli artt. 315 ss. del codice civile dedicati alla responsabilità dei genitori ed agli effetti della rottura della vita di coppia su tale relazione (artt. 337 bis ss. c.c.). Non c'è ragione per riservare ai figli delle coppie arcobaleno un trattamento diverso rispetto a tutti gli altri bambini: sarebbe una discriminazione inammissibile, non consentita dalla Costituzione (art. 3 Cost.)¹.

2. L'adozione e i suoi limiti

In prima battuta lo sguardo si è rivolto all'adozione, strumento tradizionalmente usato per dare veste giuridica ad una famiglia non "del sangue", ma "degli affetti", come si diceva una volta. In mancanza di discendenza genetica, l'adozione instaura un rapporto filiale in tutto identico (artt. 74, 315 c.c.) a quello che deriva dalla generazione e che ha il suo fondamento nell'accoglienza, nella responsabilità. L'accesso all'adozione piena di minori è attualmente sbarrato dalla legge (art. 6, c. 1, l. n. 184/1983 al quale non si applica il principio di equivalenza) che lo riserva ai "coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni", escludendo in tal modo tanto le persone singole quanto le coppie conviventi o unite civilmente². Solo in taluni casi è stata riconosciuta l'adozione piena di minori effettuata all'estero da parte di coppie (o di single) ivi stabilmente residenti da almeno due anni (art. 36, c. 4, l. n. 184/1983, art. 41, l. 218/1995) in conformità dei principi della Convenzione dell'Aja³. Anche l'adozione piena di minori in stato abbandono, dunque, non consentita dalla legge italiana a coppie non coniugate, può produrre effetti in Italia, se effettuata all'estero, secondo i meccanismi internazionalprivatistici di riconoscimento dei provvedimenti stranieri (art. 36, c. 4, l. 184/1983; art. 41, l. 218/1995).

- 1 Lo ha messo in chiaro la Corte di Cassazione quando ha affermato che l'omosessualità della madre, la sua convivenza con un'altra donna, non la rende inidonea a prendersi cura dei figli nati dal precedente matrimonio. In senso contrario non ci sono «certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» ed in forza del quale «si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». Cass, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036, con nota di M. Winkler, e di B. Paparo; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 432, con nota di C. Murgo. A sua volta la Corte Europea dei diritti umani aveva chiarito che quella fondata sull'orientamento sessuale è «una distinzione che la Convenzione non tollera», sulla cui base non è ammissibile negare al padre, che convive con una persona dello stesso sesso, il diritto di visita e l'affidamento della figlia avuta da una precedente relazione coniugale eterosessuale: Corte Edu, 21 marzo 2000, Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, ricorso n. 33290/96.
- 2 L'art. 1, comma 20 della l. n. 76 stabilisce che il c.d. principio di equivalenza non si applica «alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184», fermo restando, peraltro, «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» (c.d. «clausola di salvaguardia»). Il comma 20, si badi bene, non dice che la legge sull'adozione non si applica alle unioni civili. Dichiarò invece inapplicabile la regola generale contenuta nella prima parte dello stesso comma 20. Il riferimento, dunque, è esclusivamente alle disposizioni della l. n. 184/1983 relative al matrimonio o che contengono le parole coniuge, coniugi o similari: sono soltanto queste le disposizioni che non si applicano a chi è unito civilmente.
- 3 Trib. Min Firenze, 8 marzo 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss. con note di G. Ferrando e C. Tuo: «Il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente nel Regno Unito tra i minori adottati e i genitori adottivi, determinerebbe una 'incertezza giuridica'...una 'situazione giuridica claudicante... che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale dei minori». Né è possibile «ricorrere alla nozione di ordine pubblico per giustificare discriminazioni nei confronti dei minori» in ragione dell'omosessualità dei genitori e della loro impossibilità di sposarsi in Italia: App. Napoli 30 marzo 2016; App. Milano 16 ottobre 2015; App. Genova 1° settembre 2017, in *Articolo 29.it*, con nota di G. Noto, in *Fam. dir.*, 2018, con nota di F. Pesce. Al riguardo, per una ricostruzione conforme del quadro normativo, v. anche Cass. 16 giugno 2017, n. 14987; Corte Edu, 28 giugno 2007, Wagner c. Lussemburgo; Corte Edu, 3 maggio 2011, Negréontis-Giannisis c. Grecia, relative all'adozione piena da parte di persona singola (e v. Corte cost., sentenza del 7 aprile 2016, n. 76, in *Foro it.*, 2016, I, 1, 1910). Aveva in precedenza escluso la possibilità di adozione piena a favore di persona singola, ritenendo di ordine pubblico il principio per cui l'adozione piena è riservata alle coppie di coniugi Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Fam. dir.*, 2011, 701.

Nella gran parte dei casi, tuttavia, il bambino di cui si chiede l'adozione non è in stato di abbandono, dato che si tratta del figlio che il partner ha avuto da un precedente matrimonio o relazione, oppure del figlio che la coppia ha voluto nell'ambito di un comune progetto di vita, ma che geneticamente è legato ad uno soltanto dei genitori. Di conseguenza la domanda di adozione viene fatta secondo il disposto dell'art. 44 l. adoz., che prevede la c.d. "adozione in casi particolari". La mancata applicazione del principio di equivalenza alla legge sull'adozione (art. 1, c.20, l. n. 76/2016) impedisce tuttavia che il partner del genitore possa procedere alla c.d. *stepchild adoption* a norma dell'art. 44, lett. b), l. n. 184, dato che la lett. b) fa riferimento all'adozione da parte del coniuge. L'adozione co-parentale è stata tuttavia ritenuta ammissibile grazie ad una lettura evolutiva della lett. d) art. 44 l. adoz. che la giurisprudenza da tempo aveva sviluppato per garantire la continuità delle relazioni affettive che il bambino aveva stabilito con il convivente di fatto del genitore. Lo stesso comma 20 stabilisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Il legislatore, sia pur in modo ambiguo, sembra stabilire una linea di continuità con il diritto applicato, con gli orientamenti della giurisprudenza. E la giurisprudenza prevalente ritiene ammissibile l'adozione in casi particolari a favore del compagno o della compagna del genitore sulla base di un'interpretazione evolutiva della lett. d) dell'art. 44, l. n. 184/1983⁴. Secondo questa interpretazione l'«impossibilità di affidamento preadottivo», va intesa non solo come impossibilità «di fatto», ma anche come impossibilità «di diritto» - intendendosi tale quella derivante dalla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione «piena» -, e sempre che risulti accertato in fatto - secondo il disposto dell'art. 57, l. adoz. - che il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma «minor», corrisponda al preminente interesse del bambino, in quanto formalizzazione di una relazione affettiva già esistente e valutata nel corso dell'istruttoria come elemento positivo nella sua crescita⁵. Non osta a questa interpretazione l'art. 48 l. adoz. il quale prevede che nel caso di adozione da parte del coniuge la potestà/responsabilità dei genitori è esercitata da entrambi, quasi che, in caso di adozione da parte del partner non coniugato la responsabilità genitoriale fosse riservata in via esclusiva all'adottante, con una sorta di (inammissibile) decadenza automatica dell'altro⁶. Si tratta di una conclusione priva di qualsiasi fondamento dato che la regola generale in materia è quella della bigenitorialità, dell'esercizio congiunto della responsabilità da parte di entrambi i genitori (art. 316 c.c.).

Seguendo questa lettura, dunque, l'adozione co-parentale deve ritenersi ammissibile, ai sensi della lett. d), l. n. 184/1983 ed alle condizioni previste dalla legge.

La *stepchild adoption*, tuttavia, funziona bene nei casi di famiglie ricostituite, eterosessuali o omosessuali, per dare veste giuridica al c.d. «terzo genitore».

Nel caso, invece, di figlio generato nell'ambito di una coppia di donne o di uomini, frutto di un comune progetto parentale, l'adozione appare una soluzione «di ripiego» in quanto il bambino non ha un "altro" genitore. E' figlio della coppia, voluto, atteso, accudito da entrambi⁷. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti⁸. Senza contare che l'adozione

⁴ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in Corr. giur., 2016, 10, 1203, con note di P. Morozzo della Rocca e L. Attademo; in Fam. dir., 2016, 1025, con nota di S. Veronesi; in Nuova giur. civ. comm. 2016, I, 1135, con commento di G. Ferrando, al quale mi permetto di rinviare. La sentenza della S.C. conferma App. Roma, 9 aprile 2015, in articolo29.it; Trib. Roma, 30 luglio 2014, in Fam. dir. 2015, 574, con nota di Ruo; in Rass. dir. civ., 2015, 679, con nota di G. Salvi; in Nuova giur. civ. comm., 2015, I, 109, con nota di J. Long.

⁵ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

⁶ Trib. Palermo 3 luglio 2017, in articolo 29.it, con commento di M. Gattuso e A. Schillaci, Il dialogo tra le corti minorili in materia di *stepchild adoption*. L'argomentazione è confutata da App. Napoli 4 luglio 2018, ivi, con nota di M. Gattuso. In dottrina, v. A. Morace Pinelli, Il problema della filiazione nell'unione civile, in M. C. Bianca (a cura di), Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017, Giappichelli, Torino, 2017, 318.

⁷ V. Corte d'appello di Napoli, sentenza del 4 luglio 2018, cit.

⁸ Difficile pensare che l'adozione in casi particolari prevista dalla l. n. 184/1983 sia in grado di assicurare quella tutela "pronta ed effettiva" che la Corte Edu (G.C. avis consultatif 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001) ha indicato come condizione neces-

in casi particolari ha effetti non pieni, almeno secondo una certa lettura dell'art. 74 c.c. che personalmente non condivido, ma che ha ancora qualche credito.⁹

3. Trascrizione di atti di nascita stranieri e ordine pubblico

Per evitare questi inconvenienti sono state tentate altre strade che, senza ricorrere alla "finzione" dell'adozione, rendano possibile l'accertamento della doppia genitorialità in capo a due mamme o a due papà.

Le coppie dello stesso sesso che desiderano un figlio fanno ricorso alla procreazione medicalmente assistita. In Italia non è possibile, dato che, secondo la legge n. 40/2004, possono accedere alle tecniche solo «coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi» (art.5)¹⁰ e solo in caso di «sterilità o infertilità» (art. 4). Inoltre, la legge vieta e sanziona come reato la maternità surrogata (art. 12, c. 6). E' tuttavia lecito il ricorso alla PMA all'estero, nei Paesi in cui è consentita¹¹. Non è infrequente che le coppie di donne vadano in Spagna dove è ammessa la fecondazione eterologa sia a favore di una donna sola, sia a favore di coppie dello stesso sesso e dove è possibile anche la fecondazione c.d. «incrociata» in cui una delle due donne porta avanti la gravidanza realizzata con l'ovocita della compagna fecondata con seme di donatore anonimo. Le coppie di uomini che desiderano un figlio ricorrono alla gestazione per altri a volte negli Stati Uniti (specie in California), altre volte in Canada, paesi in cui dove la pratica è ammessa (in Canada, come in Inghilterra, solo su base solidaristica).

In questi paesi è previsto che l'atto di nascita del bambino attribuisca la doppia maternità o la doppia paternità. Si pone così il problema del riconoscimento di atti di nascita formati all'estero, che contengono, secondo la legge straniera, l'indicazione della doppia maternità o della doppia paternità. Il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di bambino nato da PMA all'estero richiede la verifica della sua non contrarietà all'ordine pubblico (art. 65, L. n. 218/1995, art. 18, d.P.R. n. 396/2000) da parte dell'ufficiale di stato civile o, altrimenti, da parte del giudice, su ricorso contro il provvedimento amministrativo di rifiuto.

Al riguardo si confrontano due diverse opinioni, due diverse visioni dell'ordine pubblico sulle quali è stato richiesto l'intervento delle Sezioni Unite della S.C.¹².

Secondo una prima opinione, fatta propria anche dalla Corte di Cassazione, il riconoscimento dell'atto di nascita straniero sarebbe ammissibile perché il principio di ordine pubblico (secondo le norme costituzionali interne e sovranazionali) consiste nella tutela del preminente interesse del minore, nel suo diritto all'identità, alla certezza dello stato¹³. Secondo un'altra opinione tale riconoscimento

saria che debbono soddisfare gli strumenti che gli Stati sono tenuti a predisporre per assicurare il diritto del bambino (nella specie nato da gestazione per altri) al riconoscimento del legame con il genitore intenzionale.

- 9 Si ritiene infatti che l'art. 74, che prevede anche per l'adottato (con la sola esclusione dell'adozione del maggiorenne) rapporti di parentela con entrambe le reti familiari dei genitori non si applichi (dato il rinvio contenuto nell'art. 55, l. n. 184/1983 all'art. 300 c.c.) all'adozione dei minori in casi particolari (v. C. M. Bianca, *Diritto civile*. 2.1 La famiglia, sesta edizione, Milano, 2017, 501). Non si tiene conto in tal modo che la regola generale è posta dall'art. 74 per ogni adozione di minore senza distinguere tra adozione piena o particolare: v. P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status e le adozioni in casi particolari*, *Fam. dir.*, 2013, 838; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 201.
- 10 Il Tribunale di Pordenone, ordinanza del 4 luglio 2018, in articolo29.it, con nota di A. Schillaci, ha rimesso alla corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. 40 nella parte in cui vieta alle coppie dello stesso sesso di accedere alla PMA.
- 11 Esclude che sia penalmente perseguibile la GPA realizzata all'estero (nella specie da parte di una coppia di sesso diverso) e che possa configurarsi il reato di alterazione di status nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero Cass. 5 aprile 2016, n. 13525.
- 12 La questione della trascrivibilità dell'atto di nascita straniero a favore di una coppia di uomini che aveva fatto ricorso alla GPA in Canada (il caso è quello deciso dalla Corte d'appello di Trento 23 gennaio 2017, cit.) è stata rimessa alle sezioni Unite della S.C.: v. Cass. 22 gennaio 2018, n. 4382, ord., in Articolo29.it.
- 13 U. Salanitro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Della famiglia*, De Rosa (a cura di), in *Commen-*

non sarebbe ammissibile in quanto in contrasto con il divieto di maternità surrogata, con il principio per cui i genitori debbono essere di sesso diverso, con il diritto del bambino ad avere un padre e una madre¹⁴.

La Corte di cassazione ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita nei confronti della compagna della madre¹⁵. Come in altre occasioni ho avuto modo di argomentare con maggiore ampiezza¹⁶, questa tesi, a mio parere, merita di essere condivisa per diversi ordini di ragioni che mi provo qui sinteticamente a riassumere. Il principio di ordine pubblico da tenere presente nel caso di specie è quello del preminente interesse del minore e di tutela dei diritti fondamentali della persona. Si tratta di principio fondamentale secondo le norme costituzionali interne (artt. 2, 30 Cost.), europee (art. 24 Carta di Nizza), internazionali (Convenzione di New York, art. 3), principio al quale si ispira anche la nostra legislazione ordinaria, a partire dalla riforma della filiazione, per non parlare della legislazione minorile. L'interesse del minore è ormai, nella giurisprudenza ordinaria¹⁷ e costituzionale¹⁸, criterio guida non solo per affrontare le questioni inerenti alla relazione tra genitori e figli, o alla separazione della coppia, lo è anche per quanto riguarda quelle relative all'accertamento di stato ed alle relative azioni¹⁹. Nel caso di specie questo principio si declina nel diritto all'identità ed alla continuità dello *status* che richiede di garantire al nato la certezza della sua condizione personale e familiare (lo *status*) e la possibilità di farla valere non solo nel luogo di nascita, ma anche nello Stato di cui è cittadino e ovunque egli si trovi. Se si guarda al principio fondamentale di ordine pubblico applicato al caso di specie, non si può non concordare con la S.C.²⁰ sul carattere primario dell'interesse del minore, inteso come diritto "a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali" (art. 8, par. 1, della Convenzione di New York). È questo il principio fondamentale di riferimento, riguardo al quale effettuare il bilanciamento con altri principi ritenuti anch'essi meritevoli di tutela. Nessuno dei principi invocati in senso contrario supera tale confronto.

È intanto evidente che il legame biologico con il genitore non costituisce nell'attuale sistema della filiazione elemento necessario ai fini della costituzione dello stato. È ormai un dato di comune osser-

tario del codice civile diretto da E. Gabrielli, 2° ed, Milano, 2018, vol. III, Leggi complementari, specie 1744 ss.; G. Palmeri, Le unioni civili. I rapporti con i figli, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Legami di coppia e modelli familiari, in Trattato di diritto di famiglia. Le riforme, diretto da P. Zatti, vol. I, pp. 85 ss. specie, pp. 97 ss.; M.C. Venuti, Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di p.m.a. e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e coppie, unite civilmente, in *GenJus*, rivista online 2018, I, p. 85 ss.; M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in *Unione civile e convivenza*, G. Buffone, M. Gattuso, M.M. Winkler (a cura di), Giuffrè, 2017, p. 266.

- 14 Secondo alcuni la trascrizione sarebbe ammissibile solo nei confronti del genitore biologicamente tale. Il "genitore sociale" dovrebbe, invece, procedere ad adozione particolare: v. R. Senigallia, Genitorialità tra biologia e volontà. tra fatto e diritto, essere e dover essere, *Europa e dir. priv.*, 2017, 953 ss., pp. 997 ss. Con molte cautele, v. anche C. Campiglio, La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile, in *Fam. dir.*, 2018, pp. 924 ss.
- 15 In caso di gravidanza avvenuta con l'impianto di embrione formato con l'ovocita della compagna fecondato con seme di donatore anonimo, v. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, 181, con mia nota; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 372, con nota di G. Palmeri; in *Articolo29.it*, con nota di A. Schillaci. La sentenza di cassazione conferma Corte d'appello di Torino, sentenza del 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 822, con nota di M. Farina. Nello stesso senso, in un caso in cui la co-madre non aveva legami biologici col nato, v. Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it*, con commento di S. Stefanelli.
- 16 G. Ferrando, Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis, in *Corr. giur.*, 2017, 181; G. Ferrando, Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico, interesse del minore, *ivi*, 2017, 166 ss.
- 17 Cass. 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 857, con commento di F. Scia, Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore, *ivi*, 851 ss.
- 18 Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, 446, con nota di G. Ferrando.
- 19 Corte cost. 20 luglio 1990, n. 341, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2485, con nota di Sassani; Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, in *Giur.it.*, 1992, I, 1, 385, con nota di M. D'Amico; Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit. Al riguardo, sono ancora attuali i rilievi svolti in anni lontani: mi permetto di rinviare a G. Ferrando, Interesse del minore e status del figlio, in *Giur. it.*, 1999, 1110 ss.
- 20 Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

vazione che la filiazione non scaturisce solo dalla generazione (artt. 231 ss. c.c.) - il legame genetico, "di sangue" -, si fonda anche sull'accoglienza - con l'adozione (l. n. 184/1983) -, sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori - con la procreazione medicalmente assistita (artt. 8, 9, l. n. 40/2004) -²¹. La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014²² ha reso disponibili anche le tecniche c.d. eterologhe, che si avvalgono di gameti provenienti da donatori. Anche prima della pronuncia, tuttavia, quando l'eterologa era vietata, lo stato del figlio nei confronti del marito o compagno consenziente era giuridicamente stabilito, pur in assenza di discendenza genetica, sulla base dell'intenzione, della responsabilità.

Neppure l'identità di sesso dei genitori può costituire ragione di discriminazione dei figli, dato che tale circostanza, come si è visto in apertura, non rappresenta indice di inidoneità educativa. Il fatto di essere figlio di una coppia dello stesso sesso non può giustificare un trattamento discriminatorio rispetto ai bambini che hanno una mamma e da un papà.

Nel caso di bambino nato da una coppia di uomini in seguito a gravidanza per altri all'estero, la giurisprudenza di merito ha ammesso il riconoscimento dell'atto di nascita anche nei confronti del compagno del padre biologico²³. Le Sezioni unite hanno censurato questa decisione e respinto la domanda di riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso a maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, in quanto in contrasto con il divieto della surrogazione di maternità (art. 12, c. 6, L. n. 40/2004) che viene considerato principio di ordine pubblico²⁴.

Per ragioni, altrove sviluppate con maggiore ampiezza, non ritengo decisivo il fatto che la nascita sia avvenuta grazie a tecniche vietate dall'ordinamento interno. E neppure il fatto che alla GPA, si attribuisca un "elevato grado di disvalore" essendo "vietata da apposita disposizione penale"²⁵. Si deve infatti tenere presente che, in materia di *status*, il legislatore ha definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria: se tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti che l'ordinamento riprova, anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto²⁶), non impedisce (o non impedisce più) di costituire legalmente lo sta-

-
- 21 Lo sottolinea P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Milano, 2011, p. 3 ss. Per una complessiva ricognizione dell'attuale sistema, v. M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 20. Con particolare riferimento alle coppie omoaffettive, v. G. Casaburi, "Grande è la confusione sotto il cielo": genitorialità affettiva, biologica, genetica, sociale; incertezze o fluidità della giurisprudenza, *Foro It.*, 2017, I, 167.
- 22 Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062, con mia nota, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.
- 23 App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 162 ss., con note di G. Ferrando e di C. Tuo. E v. anche Trib. Napoli 6 dicembre 2016, in *articolo29.it*. Per un caso particolare, v. App. Milano 28 dicembre 2016, in *articolo29.it*.
- 24 Cass. S.U. 8 maggio 2019, in *Fam. dir.*, 2019, con mia nota, in corso di stampa: "Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983. In applicazione di tali principi, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, u. c. c.p.c., con rigetto della domanda di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero".
- 25 La maternità surrogata è stata stigmatizzata da Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit., in quanto "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".
- 26 La riforma del 1975 ha ammesso la riconoscibilità dei c.d. "figli adulterini" (art. 250 c.c.). La condanna per stupro anche nel codice civile del 1942 costituiva uno dei casi in cui era ammessa l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità. Il riconoscimento del figlio incestuoso è ora ammesso (art. 251 c.c. e v. già Corte cost. n.494/2002)) salvo che il giudice non rilevi la sua contrarietà all'interesse del figlio.

to di figlio. Neppure impedisce l'esercizio della responsabilità genitoriale a meno che non sia dimostrato in concreto il pregiudizio per il bambino.²⁷

Il fatto che i genitori abbiano fatto ricorso all'estero ad una tecnica di PMA che in Italia non è loro consentita non dovrebbe avere preminente considerazione rispetto al diritto del figlio alla certezza e riconoscibilità sociale delle relazioni con quelli che effettivamente sono i suoi genitori perché ne hanno voluto la nascita nell'ambito di un comune progetto di vita e ne sostengono la crescita in una relazione di amore e di responsabilità. E questo a prescindere dal grado di "disvalore sociale" che alla pratica venga attribuito²⁸.

4. Il consenso come fondamento dello stato di figlio nato da PMA

Nel caso di coppie composte da due uomini il discorso potrebbe fermarsi qui. La casistica presenta attualmente solo esempi di richiesta di trascrizione di atti di nascita stranieri. Il che si comprende considerato che la nascita è il risultato di un accordo di maternità surrogata stipulato all'estero con una donna che vive e partorisce all'estero. Ed è nel luogo di nascita che viene formato l'atto di nascita. Diversamente stanno le cose nel caso di coppie di donne. Effettuata la fecondazione eterologa (semplice o "incrociata") all'estero, di solito la coppia rientra in Italia dove si svolge la gravidanza e nasce il bambino. Si pone così il problema della formazione in Italia dell'atto di nascita che non si limiti a riportare la maternità della partoriente (artt. 239, 240, 269 c.c. artt. 29, 30, ord. stato civile), ma che indichi anche la seconda mamma.

Sono sempre più numerosi i Comuni che – sulla base di una interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, degli artt. 6, 8, 9, della l. n. 40/2004 – accolgono domande di formazione dell'atto di nascita di un bambino a favore di due genitori dello stesso sesso. Altri comuni, invece, sulla base di una lettura tradizionale, rifiutano di formare l'atto di nascita con l'indicazione della doppia maternità²⁹.

Si pone in tal modo una questione nuova che non può essere risolta applicando le norme del codice civile. Come in anni lontani ebbe a rilevare la Corte costituzionale³⁰, le norme del codice civile che disciplinano lo stato di figlio e la sua impugnazione presuppongono che la generazione sia il frutto di un rapporto sessuale tra un uomo e una donna, di modo che esse non trovano applicazione quando il concepimento avvenga grazie a tecniche di procreazione medicalmente assistita. Seguendo questo indirizzo, la Corte di Cassazione risolse il problema del disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa cui il marito aveva dato il proprio consenso non in base all'art. 235 c.c. allora vigente, ma alla luce dei principi generali dell'ordinamento, quello per cui *nemo contra factum proprium venire potest*

²⁷ La Corte costituzionale (Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31; Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7) ha rifiutato ogni logica sanzionatoria quando ha escluso che la condanna per il reato di alterazione di stato giustifichi, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori, dovendo anche in tal caso il giudice valutare, nell'esclusivo interesse del bambino, l'effettiva qualità della relazione e l'opportunità di salvaguardarla.

²⁸ La Corte Edu, anche nel recente avis consultatif (Cedu, G.C. avis consultatif 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001) ha considerato il diritto del minore all'identità come aspetto essenziale del suo diritto al rispetto alla vita privata riguardo al quale sono limitati i margini di discrezionalità da riconoscersi ai singoli Stati, cosicché ne deriva l'obbligo per gli stati di garantire forme di riconoscimento delle relazioni stabilite all'estero tra il bambino e la madre intenzionale. Più ampi margini vanno riconosciuti agli Stati quanto ai "modi" del riconoscimento (eventualmente anche con lo strumento dell'adozione, sempre che produca effetti analoghi alla registrazione dell'atto di nascita), a condizione che la procedura prevista dalla legge sia in grado di garantire una tutela "pronta ed effettiva" del preminente interesse del bambino.

²⁹ Il reclamo proposto contro tale rifiuto è stato in qualche occasione accolto dai tribunali Tribunale di Bologna, decreto del 6 luglio 2018; Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018; Tribunale di Genova, decreto del 16 novembre 2018, tutte in *Articolo 29.it*. In motivazione v. anche Corte d'appello di Napoli, sez. min., decreto del 15 giugno 2018, in *articolo 29.it.*, con nota di M. Gattuso.

³⁰ Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51, con nota di E. Palmerini; in *Giur. it.* 1999, 461, con note di Balestra e di Uccella.

ed il principio di responsabilità per la procreazione, alla luce del quale chi, prestando il proprio consenso, ha dato causa al concepimento e alla nascita del figlio, non può sottrarsi alle conseguenze della propria azione, alla responsabilità che ne deriva³¹.

Il legislatore, quando nel 2004 ha disciplinato la procreazione medicalmente assistita, ha tenuto conto di questo insegnamento, costruendo sui principi enunciati dalle Corti la disciplina dello stato del figlio nato da PMA. Il consenso all'applicazione delle tecniche (art. 6, l. n. 40/2004) non costituisce solo consenso informato al trattamento medico (nella prospettiva ora compiutamente delineata dalla l. n. 219/2017), costituisce nello stesso tempo assunzione di responsabilità nei confronti del nato, di modo che "i nati in seguito all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli ... della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6" (art. 8). Nel caso di ricorso a tecniche eterologhe, nel 2004 vietate ed ora ammesse³², il marito o compagno della madre che ha prestato il suo consenso non può impugnare la propria paternità (art. 9, c. 1), mentre il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica col nato (art. 9, c. 3). La disciplina degli artt. 8 e 9 si applica non solo ai nati dalle tecniche originariamente ammesse dal legislatore, ma ad ogni ipotesi di PMA anche non prevista, in quanto riguardano in termini generali lo stato del figlio nato in seguito all'applicazione delle tecniche³³. Tutti "i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di PMA hanno lo stato di figli ... della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6".

Si è tuttavia fatto notare³⁴ che, per effetto del rinvio che l'art. 8 fa all'art. 6 (consenso informato) e di quello che l'art. 6 fa all'art. 5 (che disciplina i requisiti soggettivi) il quale a sua volta richiama l'art. 4 (che prevede i requisiti oggettivi)³⁵, l'art.8 troverebbe applicazione solo nel caso di tecniche ammesse dalla legge, non nel caso di tecniche vietate³⁶.

Bisogna tuttavia tener conto del fatto che il consenso prestato dagli aspiranti genitori ha un duplice valore ed un duplice effetto: da un lato costituisce consenso al trattamento medico, dall'altro costituisce assunzione di responsabilità verso il nato, elemento costitutivo dello stato di figlio. Questo è chiaro nell'impianto della legge che tiene distinto il primo profilo quando disciplina il consenso (art. 6) nel capo II (accesso alle tecniche) ed il secondo profilo (art. 8) nel capo III (Disposizioni concernenti la

31 Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, *Corriere giur.*, 1999, 429 ed *ivi*, a p. 401 un commento di Schlesinger, *Inseminazione eterologa*: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 523, con nota di E. Palmerini; in *Fam. dir.*, 1999, 237, con nota di M. Sesta. Per un commento della sentenza della Cassazione e di quella della Corte costituzionale, v. anche G. Ferrando, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 223.

32 Corte cost. n. 162/2014, *cit.*

33 "I profili ... concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono ... anch'essi regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una species del genus, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»: Corte cost. 162/2014, *cit.*

34 Tribunale di Pisa, ordinanza del 15 marzo 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1569, con nota di A.G. Grasso, secondo cui "L'art. 8 che disciplinava, nell'impianto originario della legge, la sola procreazione medicalmente assistita omologa, perché era la sola consentita, si deve quindi oggi interpretare nel senso che disciplini anche la procreazione medicalmente assistita eterologa compiuta legittimamente, perché vi è stata diagnosi di patologia che causa sterilità o infertilità assolute, fa infatti rinvio al consenso espresso ai sensi dell'art. 6 che a sua volta menziona come soggetti destinatari dell'informazione quelli previsti dall'art. 5, che a sua volta tiene fermo l'art. 4, comma 1, e rende così evidente che gli effetti giuridici previsti dall'art. 8 presuppongono una procreazione medicalmente assistita compiuta in conformità, oggettiva e soggettiva alle norme di legge".

35 "Fermo restando quanto stabilito dall'art. 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": art. 5, l. n. 40/2004.

36 In dottrina, nel senso che l'art. 8 si riferisca solo alle tecniche consentite dalla legge, v. U. Salanitro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Della famiglia*, E. De Rosa (a cura di), *cit.*, 1739.

tutela del nascituro).

Dal primo punto di vista, va considerato che le tecniche di PMA sono trattamenti medici (indagini diagnostiche, anche invasive, terapie farmacologiche, prelievo di seme, prelievo di ovociti, impianto di embrioni, ecc.) che la legge sottopone ad una precisa disciplina quanto all'accesso, prescrivendo condizioni di ammissibilità di tipo soggettivo (art. 5) e oggettivo (art. 4), e per i quali è richiesto, secondo le regole generali che disciplinano la relazione di cura, il consenso informato delle persone interessate (art. 6). La legge disciplina attualmente il consenso informato intendendolo come elemento su cui "si basa" la "relazione di cura e fiducia" e nel quale "si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico" (art. 1, c. 2, l. n. 219/2017). La tutela del "diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona" di cui agli artt. 2, 13, e 32 della Costituzione e agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" si esprime nel principio per cui "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge" (art. 1, c. 1, l. n. 219/2017). L'art. 6 della legge n. 40 disciplina, con riferimento ai trattamenti medici di PMA, le informazioni che devono essere date agli interessati e le forme in cui il consenso deve essere prestato. La sua disciplina va naturalmente coordinata con i principi e con le regole che governano la materia³⁷. In particolare, si deve ricordare che il consenso al trattamento medico non costituisce consenso "contrattuale"³⁸, cioè un atto di volontà iniziale da cui nasce un vincolo, bensì il sostegno continuativo, la legittimazione permanente della relazione di cura. Ne deriva, tra l'altro, che le categorie civilistiche della "validità", "invalidità" del contratto non possono essere applicate pari pari al consenso al trattamento medico. Per quanto riguarda le PMA, le conseguenze della violazione delle regole e dei divieti contenuti nel capo II della legge 40 sono disciplinate nel capo V (Divieti e sanzioni), il quale dispone sanzioni di tipo amministrativo e/o penale a carico del medico e della struttura. Per quanto riguarda la relazione medico/paziente, bisogna poi considerare che il mancato rispetto del consenso informato comporta l'applicazione delle regole generali relative alla responsabilità professionale del medico e delle strutture³⁹.

Il consenso prestato all'applicazione delle tecniche produce tuttavia anche un diverso ordine di conseguenze che attengono non alla relazione terapeutica tra medico e paziente, ma alla relazione familiare tra genitore e figlio. Da questo punto di vista, il "consenso" manifesta l'"intenzione" di avere un figlio. Non bisogna cadere nell'equivoco di identificare "intenzione" di essere genitori, con "desiderio" di un figlio, rivolto principalmente a soddisfare un supposto interesse (egoistico) degli aspiranti genitori. Se è vero infatti che è il "desiderio" di un figlio che muove ogni essere umano a ricercarne la nascita, è però anche vero che l'"intenzione" che si manifesta nel consenso alla PMA supera tale desiderio e costituisce assunzione di responsabilità verso il nato. Il consenso prestato all'applicazione delle tecniche costituisce infatti la causa senza la quale le tecniche non sarebbero state applicate dal medico e quindi non ci sarebbe stato concepimento e poi nascita del figlio⁴⁰.

Il consenso è il fondamento dello stato del figlio, uno stato che origina non dalla generazione, ma dalla scelta, dalla volontà/responsabilità di essere genitori (art. 8). L'impugnativa di paternità da parte del padre consenziente non è ammissibile in quanto lo stato di figlio si è legittimamente formato grazie a quel consenso che è stato causa del concepimento e della nascita e con il quale il genitore ha assunto la responsabilità, non revocabile, verso il figlio⁴¹. La lettura congiunta degli artt. 8 e 9 (che nel-

³⁷ Cosicché si deve escludere che la prevista impossibilità di revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6, c. 3) implichi la possibilità di procedere ad un impianto di embrione contro la volontà della donna.

³⁸ Da questo punto di vista, il consenso al trattamento medico si distingue dal "consenso" come elemento costitutivo del contratto stipulato con la struttura, il c.d. "contratto di speditività", fonte di un fascio complesso di obbligazioni a carico della struttura e di responsabilità per il loro inadempimento: v. R. De Matteis, *La responsabilità in ambito sanitario, Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Padova, 2017.

³⁹ L. 8 marzo 2017, n. 24 («Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»),

⁴⁰ Ho provato ad argomentare questo assunto in anni lontani: v. G. Ferrando, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999.

⁴¹ A proposito della revoca del consenso, v. Cass. 18 dicembre 2017, n. 30294, *Fam. dir.*, 2018, 21, con nota di A. Figone.

la versione 2004 faceva riferimento alla fecondazione eterologa effettuata in violazione del divieto di legge) rende evidente che la regola del consenso si applica non solo in caso di tecniche consentite, ma anche in quello di tecniche vietate. Quel che rileva, aggiunge l'art. 9, è che un consenso vi sia, anche se "ricavabile da atti concludenti". In seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 tali regole si applicano non solo in caso di donazione di gameti maschili, ma in ogni caso di eterologa, compreso quello di donazione di ovociti e di doppia donazione, quando non sussiste legame genetico né con la madre, né con il padre.

Due sono le regole poste dagli articoli 8 e 9: da un lato lo *status* del nato da PMA si fonda sull'intenzione di essere genitori, non sulla derivazione genetica. Dall'altro lo stato – proprio in quanto si fonda sul consenso e non sulla derivazione genetica – non può essere contestato se non dimostrando che il consenso mancava⁴². Identica è la ratio che le giustifica: il principio di responsabilità per la procreazione, la tutela dei diritti del figlio e del preminente interesse del minore. L'art. 9, poi, nella sua originaria versione, costituiva momento di emersione del principio per cui non debbono ricadere sul figlio le colpe dei genitori. Una cosa è la condotta dei genitori – che l'ordinamento può vietare ed eventualmente sanzionare – altra cosa è lo stato del figlio che non può essere influenzato dall'esigenza di sanzionare e reprimere condotte dei genitori contrarie ai valori espressi dall'ordinamento⁴³. Ne costituisce riprova la caduta del divieto di riconoscimento dei figli "adulterini", prima, e "incestuosi", poi⁴⁴. Oggi lo Stato riconosce a tutti i figli non solo il medesimo stato, ma anche il medesimo diritto all'accertamento dello stato.

Se, dunque, con uno sguardo di sintesi, vogliamo rappresentare l'attuale sistema della filiazione, possiamo affermare che l'unico stato di figlio può essere costituito sulla base di regole differenti a seconda che si tratti di figli generati, adottati, o voluti con PMA. Ai primi sono rivolte le norme del codice civile. Anche a seguito delle riforme del 2012 e 2013 che hanno riscritto il diritto della filiazione, il codice civile è rimasto fedele alla sua originaria impostazione: le sue norme si occupano dei figli generati. Da tempo, tuttavia, la generazione non costituisce più l'unico fondamento della filiazione, accanto ad essa si collocano con pari dignità l'accoglienza (adozione), e l'intenzione, la scelta di essere genitori (PMA). Se lo stato di figlio è unico a prescindere dalla sua origine, diversi sono i modi in cui in cui viene costituito, in seguito a generazione, ad adozione a PMA. Per quanto riguarda i nati da PMA, gli artt. 8 e 9 stabiliscono che genitori sono coloro che hanno espresso l'intenzione di ricorrere alle tecniche e tali regole si applicano anche nel caso di ricorso alla PMA in violazione di divieti di legge: ad esempio nel caso di fecondazione di una donna sola che si presenti ad un centro di PMA con un amico dichiarando una convivenza che invece non sussiste, o nel caso in cui siano stati superati i limiti di età, o sia stata fatta una fecondazione *post mortem*⁴⁵.

5. Segue. Il caso della doppia maternità

Un problema ulteriore si pone nel caso di bambino nato da una coppia di donne che si è rivolta ad un centro estero per la fecondazione eterologa. La regola per cui lo stato del nato da PMA si fonda sul consenso e non sulla discendenza genetica si applica anche nel caso di genitori dello stesso sesso, quando due donne abbiano fatto ricorso alla fecondazione eterologa in violazione del divieto di legge oppure all'estero dove il divieto non sussiste?

⁴² Utili indicazioni in Cass. 18 dicembre 2017, n. 30294, cit.

⁴³ La distinzione tra tutela dei diritti del bambino e apprezzamento della condotta dei genitori è ribadita da Corte Edu, G.C., avis consultatif 10 aprile 2019, cit.

⁴⁴ V. nota 25.

⁴⁵ Ammette l'attribuzione della paternità e del cognome in caso di fecondazione post mortem Cass., 15 marzo 2019, n. 13000. Nella giurisprudenza di merito, v. Tribunale di Messina, sentenza del 28 settembre 2017. Contra Corte di appello di Ancona, sentenza del 12 marzo 2018. Va tenuto presente che il divieto di fecondazione post mortem non riguarda l'impianto di embrioni già formati prima della morte del marito: Tribunale di Bologna, sentenza del 25 agosto 2018.

In questa sede non occorre affrontare la questione del divieto per le coppie dello stesso sesso di accedere alla PMA (art. 5, l. n. 40). Al riguardo, si potrebbe sostenere che vi è stata un'abrogazione implicita del divieto da parte della l. n. 76/2016, oppure che il divieto è costituzionalmente illegittimo. Sotto il primo profilo si fa notare che il riferimento alle "coppie conviventi" contenuto nell'art. 5, l. n. 40 dovrebbe essere inteso alla luce dell'art. 36 della legge n. 76, come comprensivo anche di quelle dello stesso sesso, altrimenti incorrendosi in una discriminazione non consentita dall'art. 3 Cost. e dall'art. 14 CEDU⁴⁶. Si fa inoltre osservare che per effetto del principio di equivalenza contenuto nell'art. 1, c. 20, l. n. 76, principio non derogato relativamente alla l. n. 40, il termine "coniugi" contenuto nell'art. 5, l. n. 40 deve leggersi come comprensivo anche delle coppie che hanno contratto unione civile⁴⁷.

Anche a non voler considerare la possibilità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 5 alla luce delle norme sopravvenute, meritano una riflessione ulteriore i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 5, in relazione agli artt. 2, 3, 31, 32 Cost., manifestati dal Tribunale di Pordenone⁴⁸. La questione appare tuttavia rilevante in un eventuale giudizio instaurato contro il rifiuto opposto da un centro di PMA alla richiesta di accesso da parte di una coppia di donne (è questo il caso portato all'esame del Tribunale di Pordenone), non in quello relativo allo stato giuridico del nato. In questo caso il problema non è se il divieto sia o no illegittimo. Il problema è quello di determinare lo stato del figlio, questione, per le ragioni in precedenza illustrate, indipendente rispetto a quella della liceità o meno della condotta dei genitori. Il punto è allora questo: è ammissibile l'accertamento di stato – e la formazione del relativo atto di nascita - nei confronti di due mamme?

La disciplina dell'accertamento di stato contenuta nel Titolo VII del codice civile fa ripetutamente riferimento al padre e alla madre. Il marito è il padre del figlio nato nel matrimonio (art. 231); il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto dalla madre e dal padre; in mancanza di riconoscimento, la paternità e la maternità possono essere accertate in via giudiziale (art. 269 c.c.). Nell'ordinamento di stato civile sulla scena domina la figura della madre, variamente considerata in quanto gestante (art. 44), puerpera (art. 30), essendo l'attestazione dell'avvenuta nascita (e quindi del parto) necessaria ai fini della dichiarazione di nascita e della formazione dell'atto di nascita. Il fatto è che il codice civile (e l'ordinamento di stato civile), come si è in precedenza notato, disciplina lo stato del figlio generato da una donna e da un uomo nel corso di un rapporto sessuale, la generazione "naturale", come si suol dire. Non allarga il suo orizzonte oltre questo confine. Il legislatore, a veder bene, non ha neanche preso in considerazione la nascita da coppie dello stesso sesso. L'interprete non può tuttavia sottrarsi alla ricerca di una regola appropriata al caso quando la situazione non prevista diventa attuale. Da questo punto di vista si può notare che nella disciplina dell'atto di nascita (artt. 29, 30 ord. stato civ.) viene fatto riferimento ai "genitori", senza ulteriori specificazioni, e che questo termine può essere riferito, in una lettura evolutiva della disposizione, come riferibile a tutti coloro nei cui confronti viene accertata la filiazione secondo le norme che regolano la costituzione dello stato.

Il tribunale di Pisa ⁴⁹ ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'insieme di norme (art. 449 c.c., 29, c. 2 ord. stato civ., 250 c.c., 5,8, l. n. 40) da cui si dovrebbe desumere – secondo l'interpretazione fatta propria dal Tribunale - l'impossibilità di formare in Italia un atto di nascita nei confronti di due mamme, dubitando della loro legittimità costituzionale, almeno nell'ipotesi in cui, essendo il figlio di nazionalità straniera, dovrebbe essere applicata (ex art. 33, l. n. 218/1995) la legge del

46 V. Corte Edu, 19 febbraio 2013, X c. Austria.

47 In particolare, v. M. Gattuso, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40 in Questione Giustizia on line*, 2018.

48 Il Tribunale di Pordenone, ordinanza del 4 luglio 2018, cit., ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 40 per contrasto con l'art. 2 sotto il profilo della violazione del diritto a realizzare la propria scelta di diventare genitori; dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevole discriminazione delle coppie omosessuali rispetto alle coppie di sesso diverso; dell'art. 31 Cost., per contrasto con l'obiettivo di "favorire la maternità"; dell'art. 32 Cost., in quanto il divieto incide negativamente sulla salute della coppia; con l'art. 117 Cost. per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

49 Tribunale di Pisa, 15 marzo 2018, in Nuova giur. civ. comm., 2018, I, p. 1569, con nota di A. G. Grasso (ove ampi riferimenti dottrinali) e in Articolo29.it, con nota di A. Schillaci.

Wisconsin che ammette la doppia maternità. Il caso avrebbe forse essere risolto senza bisogno di interpellare la Consulta. Appare infatti assai discutibile ritenere che l'atto di nascita non possa essere formato in Italia secondo la legge straniera applicabile, nell'assunto che siano di applicazione necessaria non solo le norme procedurali che regolano la formazione degli atti di stato civile, ma anche quelle sostanziali che definiscono lo stato, specie tenuto conto del fatto che l'atto di nascita vale a documentare gli *status* di cui offre prova privilegiata, anche se non esclusiva (artt. 449 ss. c.c.), mentre la relativa disciplina sostanziale è contenuta nel codice civile e nelle altre leggi di settore⁵⁰. Quanto al diritto interno, il fatto che il codice civile consideri genitori il padre e la madre non significa che solo il padre e la madre possano essere considerati tali, quantomeno in situazioni che il codice non aveva preso in considerazione⁵¹.

Le norme del codice civile - anche in seguito alle recenti riforme - non si riferiscono alla costituzione del rapporto di filiazione in seguito ad adozione o a procreazione medicalmente assistita, disciplinati rispettivamente dalla l. n. 184/1983 e dalla l. n. 40/2004. Se le norme del codice sull'accertamento di stato non trovano applicazione quando il concepimento si verifica grazie a tecniche di procreazione medicalmente assistita⁵², allora anche il paradigma eterosessuale che le ispira non si estende automaticamente alla PMA⁵³.

Per quanto riguarda l'adozione, nulla impedisce che il genitore adottivo sia dello stesso sesso di quello d'origine. E' vero che la l. n. 184/1983 (art. 6) riserva l'adozione di un minore abbandonato a favore di una coppia di coniugi, ma è anche vero che l'adozione di minore in casi particolari (art. 44) può essere effettuata anche a favore di una persona singola, indipendentemente dal fatto che sia dello stesso sesso o di sesso diverso dal genitore. Quel che conta è che l'adozione corrisponda al preminente interesse del minore accertato dal giudice ex art. 57, l. n. 184/1983.

Anche per quanto riguarda la PMA, non dovrebbe valere l'automatica trasposizione del paradigma eterosessuale riflesso nel codice civile, dovendosi piuttosto ricercare le regole di accertamento di stato del figlio coerenti con i principi espressi dalla legge e con quello costituzionale di salvaguardia del preminente interesse del bambino. E neppure dovrebbe avere preminente considerazione il fatto che l'art. 5 non ammetta alla PMA le coppie dello stesso sesso. Il divieto, che attualmente non consente ai centri situati sul territorio italiano di accogliere le domande di accesso provenienti da coppie di donne, non interferisce, per le ragioni in precedenza illustrate, con le regole sull'accertamento di stato contenute negli artt. 8 e 9, l. n. 40. Queste regole, come rilevato dalla Corte costituzionale⁵⁴, si applicano ad ogni tecnica, anche non originariamente prevista dalla legge, anche a quelle in Italia non ammesse (arg. ex art. 9), quando la coppia abbia manifestato l'intenzione di avere un figlio.

Dal punto di vista del bambino, l'accertamento di stato nei confronti delle due mamme - e non solo nei confronti di quella che ha portato avanti la gravidanza e lo ha fatto nascere - corrisponde al suo diritto ad avere due genitori, alla certezza dello stato, alla riconoscibilità sociale delle sue relazioni familiari e affettive, in definitiva ai suoi diritti all'identità ed alla pari dignità sociale. Solo un autentico pregiudizio, che la Corte di Cassazione ha stigmatizzato⁵⁵, può far pensare che una coppia di donne non sia in grado di offrire ad un bambino l'ambiente idoneo alla sua crescita.

Le regole degli articoli 8 e 9 della legge n. 40 possono dunque trovare applicazione anche nel caso

50 V., Da ultimo, I. Rapisarda, Della registrazione relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio, in *Della famiglia*, E. De Rosa (a cura di), Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, 2° ed, Milano, 2018, vol. III, leggi complementari, pp. 1203 ss.

51 In senso contrario, v. Tribunale di Venezia, ordinanza del 3 aprile 2019 che solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 20, della l. n. 76/2016 "nella parte in cui limita la tutela ... delle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai "soli diritti e ... doveri nascenti dall'unione civile" e dell'art. 29, 2° co d. P.R. 396/2000 - per contrasto con gli artt. 1, 2, 3, I e II comma, 30 e 117 Cost."

52 Corte cost. 1998 Cass. 1999.

53 Sulla base di ragionamenti di questo tipo il Tribunale di Bologna (ordinanza del 3 luglio 2018, cit.) ha ritenuto ammissibile un'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, degli artt. 250, 269, tale da rendere ammissibile il "riconoscimento" da parte della seconda mamma.

54 Corte cost. n. 162/2014, cit. V. nota 28.

55 Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, cit.

in cui due mamme abbiano avuto in Italia un figlio da PMA effettuata all'estero. Si può discutere se sia il "consenso, a costituire lo stato di figlio, come suggerisce l'art. 8, l. 40⁵⁶, o se occorra un (successivo) atto di "riconoscimento", come lascerebbe intendere l'art. 9⁵⁷. In ogni caso si dovrebbe tener conto che "consenso" manifestato in occasione dell'accesso alle tecniche e successivo "riconoscimento" sono strettamente collegati, trovando il secondo il proprio necessario presupposto nel primo dal quale già derivano alcuni effetti⁵⁸. Cosicché il "riconoscimento" sostanzierebbe l'atto pubblico necessario per rappresentare all'ufficiale di stato civile una circostanza (il consenso) (non solo anteriore alla nascita, ma) avvenuta in un momento in cui lo stesso concepimento era incerto; di fronte ad un soggetto (il medico) solitamente non preposto al compimento di atti pubblici in materia di status; ed in forme (anche "per fatti concludenti", ex art. 9) non appropriate. Anche a voler parlare di vero e proprio riconoscimento, si tratterebbe comunque di un "riconoscimento" sui generis, non soggetto ad impugnativa ex art. 263.

Una lettura costituzionalmente orientata del sistema della filiazione, tesa a tutelare i diritti del bambino, consente dunque di giungere ad una soluzione che, grazie alla formazione dell'atto di stato civile a favore di entrambe le donne che hanno reso possibile la sua nascita – l'una con la gravidanza ed il parto e l'altra con l'assunzione di responsabilità nei suoi confronti - tutela il suo preminente interesse meglio di quanto non faccia il ricorso all'adozione in casi particolari.

56 In questo senso, tra gli altri, cfr. M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., p. 19.

57 V., per quanto a malincuore, anche M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, cit., p. 266.

58 Come spiega U. Salanitro, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit.