

Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40

di Marco Gattuso
giudice del Tribunale di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa: la procreazione *ex latere matris* – 2. Rileggere la legge 40 – 3. I due mondi della procreazione naturale e della procreazione artificiale: biologia *v.* volontà – 4. La legge n. 76 del 2016 e il riconoscimento normativo della coppia dello stesso sesso – 5. La tutela dei minori nati da coppie di donne in seguito a Pma – 6. Brevi cenni sul cognome – 7. Conclusioni: un passo avanti nella protezione del superiore interesse del minore

1. Premessa: la procreazione *ex latere matris*

Il fenomeno delle cd. *famiglie arcobaleno*, rimasto pressoché invisibile ai più sino all'accesissimo dibattito nel corso dell'*iter* di approvazione della cd. legge Cirinnà, ha suscitato un vasto interesse nel dibattito pubblico e giuridico ed è stato ormai oggetto di numerose ricerche, convegni, studi, interessando infine anche la nostra giurisprudenza di merito e della Corte di cassazione.

Nonostante la permanenza del divieto di accesso in Italia alla Pma da parte di donne singole, previsto dall'art. 5 della legge 40/2004, o di coppie di donne, sanzionato dall'art. 12, comma secondo della stessa legge¹, è noto che negli ultimi

¹ La restrizione della Pma alle sole coppie di sesso diverso si desume dalla sanzione amministrativa prevista dall'art. 12, secondo comma per cui «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie (...) che siano composte da soggetti dello stesso sesso (...) è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Dopo l'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016 non appare invece dirimente l'art. 5 della legge, per cui «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi» in quanto la disposizione

anni un gran numero di bambini sono nati in Italia da coppie di donne che si sono recate all'estero per ricorrere a tecniche procreative nei paesi in cui l'accesso è loro consentito² e il fenomeno è in prevedibile e inarrestabile espansione³.

È difatti proprio con il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, nei paesi in cui è consentita, che le coppie di donne, meramente conviventi o unite civilmente, sono in grado di accedere già oggi alla generazione di prole comune.

Posto che il seme proviene sempre da un donatore (a volte, ma non sempre, anonimo⁴) secondo le consuete modalità di una tradizionale fecondazione eterologa, la procreazione in una coppia di donne può avvenire con diverso apporto delle due parti della coppia, mediante fecondazione *in vitro* di un embrione formato con gamete della donna partoriente, oppure con gamete proveniente dall'altra donna (e quindi trasferito nella donna partoriente, cd. metodo *Ropa*, *Reception of Oocytes from Partner*) o, ancora, in casi più rari, con gamete femminile proveniente da donatrice (cd. *doppia eterologa*).

È inoltre noto che i medesimi risultati possono conseguirsi anche attraverso pratiche di autoinseminazione (ancora una volta con seme proveniente da donatore anonimo, o da persona conosciuta) le quali (non rientrando *stricto sensu* nella nozione di procreazione *medicalmente* assistita) sono perfettamente lecite anche nel nostro ordinamento⁵. Infine, non mancano casi di procreazione naturale

si riferisce al matrimonio e contiene la parola «coniugate» ed è dunque obiettivamente richiamata dall'art. 1, comma 20 della legge Cirinnà. Ne consegue che l'art. 5 che individua coloro che sono «coniugati» fra i soggetti legittimati ad accedere alla Pma, è *prima facie* applicabile anche alle parti di una unione civile fra persone dello stesso sesso, non parendo ostativa l'ulteriore specificazione per cui si deve trattare di coppie coniugate «di sesso diverso», atteso che tutte le norme matrimoniali richiamate dal comma 20 si riferiscono sempre a coniugi «di sesso diverso» e che il comma 20 svolge in effetti proprio la funzione di estendere alle unioni civili tutte le disposizioni applicabili a coppie coniugate «di sesso diverso». Su questi temi sia consentito il rinvio a M. Gattuso, *Coppie di donne unite civilmente e accesso alla PMA*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 298.

² Fra le mete più visitate dalle donne italiane, si segnalano la Spagna, il Belgio e la Danimarca.

³ Fenomeno diverso è quello del ricorso all'estero alla cd. *gravidanza per altri* (o gestazione per altri o maternità surrogata), utilizzata, oltre che da un gran numero di coppie eterosessuali italiane, anche da numerose coppie di uomini, sui cui presupposti ed effetti si consenta il rinvio ad altro studio M. Gattuso, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40 in Giudicedonna*, 2017.

⁴ Come noto, mentre in tutti gli ordinamenti è sancito il principio della carenza di qualsiasi *status* genitoriale del donatore di seme, le leggi dei diversi paesi regolamentano in modo differenziato la questione del diritto del donatore all'anonimato e dell'interesse del minore a conoscere, una volta divenuto adulto, a conoscere le proprie origini genetiche.

⁵ Ci si riferisce all'ipotesi in cui un soggetto doni il proprio seme (o, ipotesi più rara, il proprio gamete femminile) ad una donna, singola o in coppia, fuori da un percorso medicalmente assistito, al fine di favorirne l'autonomo progetto procreativo. Si tratta di pratiche che hanno una certa diffusione e che costituiscono una linea d'ombra che solleva ulteriori seri interrogativi.

con accordi *inter partes* che escludono o regolamentano in vario modo la responsabilità genitoriale/diritto di visita del padre genetico⁶.

Nel presente lavoro si cercherà di esaminare la condizione dei minori nati a mezzo di una procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero da una coppia di donne, alla luce delle novità introdotte nella legislazione italiana dai reiterati interventi della Consulta sulla legge n. 40 del 2004 e alla luce del profondo mutamento paradigmatico impresso dalla legge n. 76 del 2016, la quale ha introdotto, come noto, il nuovo istituto dell'unione civile, riservato alle sole coppie dello stesso sesso, e ha dato una regolamentazione normativa alla famiglia di fatto, sia eterosessuale che omosessuale.

La prospettiva che si intende qui assumere, e che coincide con quella dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea, attiene esclusivamente all'interesse superiore del bambino, il quale rileva non soltanto nelle decisioni relative alla valutazione della capacità e responsabilità genitoriali, ma «in tutte le decisioni relative ai fanciulli» (articolo 3 della Convenzione di New York) e dunque anche ai fini del riconoscimento dello *status* di filiazione⁷.

Rileva qui non tanto la libertà degli adulti di generare, che pure è meritevole della più alta considerazione⁸, quanto il diritto del figlio al riconoscimento della genitorialità, annoverato a pieno titolo tra i diritti della personalità ed oggetto di

L'inseminazione avviene artificialmente, non v'è dunque procreazione naturale, eppure in questi casi non v'è applicazione diretta della disciplina di cui alla legge n. 40/2004. Nonostante il mancato intervento medico, si presentano circostanze (donazione, assunzione di responsabilità, consenso) per molti versi analoghe a quelle conosciute nei processi di Pma, sicché potrebbe affermarsi la possibilità di applicazione analogica della disciplina in materia di Pma.

⁶ Tali ipotesi paiono invece ricadere in pieno nella disciplina codicistica della filiazione, che come vedremo esclude in caso di procreazione naturale qualunque discrezionalità nell'assunzione della responsabilità genitoriale nei confronti del figlio biologico, salvi tuttavia anche in questo gli effetti "sananti" della prescrizione delle azioni.

⁷ Cass. sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, (pres. De Palma, est. Lamorgese) § 8.1. in *Articolo29.it*, con nota di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; in *Guida al Diritto Il Sole 24ore Settimanale*, 2016, 44, pag. 39, con nota di A. Porracciolo, *Esclusa la violazione dei principi di ordine pubblico; La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 3, 1, pag. 362, con nota G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; *Il diritto di famiglia e delle persone* 2017, 2, 1, pag. 298, con nota P. Di Marzio, *Figlio di due madri?*; *Vita Notarile* 2017, 1, pag. 131 con nota S. Di Gesu, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; *Il corriere giuridico*, 2017, 2, pag. 190, con nota G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; *Diritto Civile Contemporaneo*, 2017, 1 con nota B. Salone, *Trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso e ordine pubblico internazionale. La Cassazione alle prese con un singolare caso di «doppia maternità»*.

⁸ Anche la coppia di donne, infatti, rientra da un punto di vista tecnico in una "condizione di infertilità e sterilità" che dovrebbe legittimare, ad avviso di chi scrive, l'accesso alla Pma, sicché è in dubbio il fondamento giuridico dell'attuale divieto. Su questo tema si consenta il rinvio a M. Gattuso, *Coppie di donne unite civilmente e accesso alla PMA*, cit..

tutela costituzionale, in particolare, negli articoli 2 e 30 della Costituzione, inteso quale diritto «ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati»⁹.

Salvo casi assai sporadici in cui il bambino abbia un atto di nascita estero, il quale, secondo due recenti arresti della suprema Corte¹⁰, è trascrivibile (non si ravvisandosi nella presenza di due mamme alcuna contrarietà all'ordine pubblico internazionale), nella quasi totalità dei casi i bambini italiani con due mamme nascono in Italia e restano dunque tuttora privi di una idonea protezione.

Non rappresenta, in particolare, una soluzione soddisfacente la possibilità, pure consentita dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione¹¹, di ricorrere all'adozione coparentale *ex* articolo 44, lettera *d*), della legge n. 184/1983, non solo per i limiti dell'adozione non piena, ma soprattutto perché lo *status* viene riconosciuto con un provvedimento giurisdizionale e non *ab initio* già con la nascita, richiedendo l'accertamento di una consolidata relazione genitoriale di fatto che si produce solo dopo qualche mese di vita, cui si somma il tempo necessario per un *iter* spesso lungo e faticoso (le indagini dei servizi sociali e l'istruttoria durano in alcuni tribunali per i minorenni anche più di uno o due anni) e lasciando quindi il minore privo di protezione nei primi anni di vita (con evidenti conseguenze in tema di mantenimento, effetti successori in caso di morte del genitore etc.) e, ancora, perché la protezione del minore rimane comunque subordinata alla proposizione della relativa istanza da parte della mamma sociale, previo consenso della mamma biologica, sicché la responsabilità genitoriale di chi ha fatto nascere il bambino non viene imposta dall'ordinamento, nell'interesse di quest'ultimo, ma è lasciata alla discrezionalità degli adulti.

⁹ A. Sassi, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2015, p. 42

¹⁰ Cass. n. 19599/2016, cit., e Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878 (pres. De Palma, est. Dogliotti) in *Articolo29.it* con nota S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, <http://www.articolo29.it/2017/riconoscimento-dellatto-di-nascita-da-due-madri-in-difetto-di-legame-genetico-con-colei-che-non-ha-partorito-nota-a-cass-civ-sez-i-15-giugno-2017-n-14878/>.

¹¹ Cass. civ., sez. I, 2016, n. 12962, (pres. Luccioli, est. Acierno) § 8.1. in *Articolo29.it*, con nota di M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, <http://www.articolo29.it/2016/la-vittoria-dei-bambini-arcobaleno/>.

2. Rileggere la legge 40

Prima di condurre il nostro discorso sul tema specifico della tutela dei bambini con due mamme, occorre premettere alcune brevi considerazioni sulla disciplina generale prevista nel nostro ordinamento in ordine allo *status* giuridico dei nati a mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche vietate in Italia, in specie nel capo terzo della legge n. 40 del 2004 titolato alle *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*.

Come noto, la legge 40/2004 si fondava, secondo l'intenzione del legislatore, che aderiva allora a una prospettiva fortemente ideologica, sul presupposto della necessità di legame genetico anche in caso di accesso alla Pma, tanto da introdurre un divieto assoluto di fecondazione eterologa. La legge consentiva il ricorso alla procreazione assistita soltanto ove i genitori fossero stati comunque in grado di trasmettere il proprio patrimonio genetico ai figli.

Ciononostante, piuttosto contraddittoriamente il legislatore del 2004 aveva affermato che in caso di ricorso (illegittimo o all'estero) alla fecondazione eterologa si dovesse dare prevalenza non al dato biologico, come ci si sarebbe aspettato, ma proprio al consenso ed alla genitorialità intenzionale¹².

Dunque già nell'impostazione originaria della legge 40, alla tanto declamata centralità dell'elemento biologico corrispondeva, in caso di conflitto, la tutela del concreto interesse del minore ad essere riconosciuto figlio di chi lo aveva voluto e non di chi non lo aveva voluto, e ciò, significativamente, proprio in caso di ricorso a tecniche vietate.

La legge n. 40/2004 prevedeva difatti l'espresso divieto per il coniuge o il convivente che avesse prestato il proprio consenso di esercitare «l'azione di disconoscimento della paternità [nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile]¹³, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (articolo 9, comma 1), prevedendo altresì che «in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce

¹² Si è detto di «legge palesemente contraddittoria», M. Sesta, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, III ed., Torino, 1999, p. 356.

¹³ Come chiarito dalla Corte cost., n. 162/2014, § 11.1, «il richiamo dell'art. 235 c.c. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154/2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis c.c.». Conseguente che non vi è più l'eccezione di cui al n. 3 che consentiva il disconoscimento se la madre ha commesso adulterio o ha celato la propria gravidanza e la nascita del figlio.

alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi», norma che pacificamente è ritenuta applicabile tanto al donatore di gameti maschili che alla donatrice di gameti femminili (articolo 9, comma 3)¹⁴.

La materia *de qua* ha subito quindi una vera e propria rivoluzione in forza della giurisprudenza costituzionale e in special modo della nota decisione della Corte costituzionale n. 162/2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere a tale tecnica per le coppie affette da patologie che conducano ad una irreversibile sterilità o infertilità¹⁵.

La decisione della Corte costituzionale del 2014 è di grande rilievo non solo perché ha affermato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma anche perché così facendo ha contribuito in modo determinante a dare un definitivo assetto alle questioni relative allo *status* del figlio nato con tecniche di Pma.

Richiamando la necessità di applicare «le pertinenti norme della legge n. 40/2004» in materia di costituzione dello *status filiationis*, la Corte ha richiamato infatti anche la regola generale di cui all'articolo 8, affermando 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”»¹⁶.

Viene così superato il dibattito sviluppatosi dopo la promulgazione della legge n. 40/2004 se l'articolo 8 fosse riferibile anche al caso di (allora illegittimo) ricorso alla Pma eterologa¹⁷: la filiazione derivante da procreazione artificiale trova sempre fondamento nel consenso.

¹⁴ R. Villani, *La procreazione assistita*, cit., 154 ss. e ID., *Procreazione assistita*, in *Tratt. fam. Zatti*, VII, Agg. (gennaio 2003-giugno 2006), Milano, 2006, p. 325; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 75; B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014p. 172 ss.

¹⁵ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

¹⁶ *Ibid.*, § 11.1.

¹⁷ Assumevano che non potesse darsi la medesima soluzione per casi legittimi e casi vietati, in particolare in ragione del richiamo dell'articolo 8 al consenso ritualmente prestato «ai sensi dell'articolo 6», C. Casini, M. L. Di Pietro, M. Casini, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'. Commentario*, Torino, p. 149; per G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 108 ss., l'applicabilità dell'articolo 8 alla Pma eterologa era da escludersi sull'assunto che la parola «coppia» ivi utilizzata non potrebbe riferirsi ad un figlio che, essendo nato con fecondazione eterologa, non sarebbe figlio della coppia. Secondo opposto indirizzo, invece, il divieto ad esercitare le azioni, di cui all'articolo 9, primo comma, «significa, in realtà, dare per presupposta la condizione rispettivamente di figlio legittimo e di figlio naturale riconosciuto», assicurando dunque al minore una protezione in tutto analoga a quella garantita dall'articolo 8, R. Villani, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, Milano, 2006, vol. II *Filiazione*, p. 696.

Tale indicazione conferma e suggella la ricostruzione del sistema delle tutele del minore nato da Pma eterologa compiuta dalla dottrina maggioritaria, ben oltre le disposizioni specifiche di cui all'articolo 9.

Siamo abituati a leggere la legge 40 partendo dalla sua impostazione iniziale e aggiornandone quindi l'interpretazione aggiungendo i dati che emergono dall'evoluzione giurisprudenziale, in particolare dalle decisioni della Consulta. In verità quest'ultima ha sostanzialmente riscritto la legge, stravolgendone a tal punto i presupposti che la stessa assume oggi un volto completamente nuovo.

Come osservato da D'Amico, così riscritta dalla Consulta la legge 40 «non è più una legge ideologica che si illude di imporre valori astratti ai cittadini incidendo sui loro diritti, fatta di irragionevoli divieti, ma è una legge laica, che bilancia valori, che riconosce la giusta esigenza della procreazione come diritto incoercibile delle persone, e che, soprattutto, pone come principi fondanti quelli di autonomia e di responsabilità delle coppie e del medico»¹⁸.

Vale rileggere la legge nel suo testo attuale e nei suoi nuovi contenuti.

L'articolo 8 è divenuto oggi norma centrale del sistema, poiché ribaltando l'originaria impostazione della legge afferma in modo irrefutabile l'irrilevanza del dato genetico e la centralità della manifestazione di volontà di cui all'articolo 6. L'articolo 8 ci dice oggi che i figli nati a mezzo di Pma sono figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche procreative anche in carenza di nesso biologico.

Il consenso ai sensi dell'articolo 6, a sua volta, non è mero consenso informato al trattamento sanitario ma assunzione consapevole della responsabilità genitoriale, come attestato dall'ultimo comma per cui ai richiedenti «devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9».

Inoltre, la rimozione disposta dalla Consulta d'ogni riferimento alla fecondazione eterologa ai commi primo e terzo dell'articolo 9 rende tali disposizioni, a ben vedere, regole generali applicabili ad ogni ipotesi di Pma.

¹⁸ M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 34.

Le stesse, d'altra parte, altro non sono che un'applicazione dello stesso principio generale di cui all'articolo 8, per cui sono genitori i membri della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche¹⁹.

Dunque, in seguito all'intervento demolitorio, e ricostruttivo, della Consulta, gli articoli 6, 8 e 9 appaiono oggi come un unico *corpus* inscindibile, il quale si applica, nell'interesse superiore del minore, a ogni ipotesi di Pma.

3. I due mondi della procreazione naturale e della procreazione artificiale: biologia v. volontà

Tanto il meccanismo di riconoscimento della genitorialità previsto dal codice civile nell'ambito del rapporto coniugale quanto il diverso meccanismo del riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio sono stati costruiti dal legislatore del codice civile – e da quello della riforma della filiazione – sul presupposto della sussistenza di un legame biologico del nato con entrambi i genitori (pur ammettendo le eclatanti eccezioni conseguenti al rigido sistema delle prescrizioni dell'azione, che comunque fanno salva la posizione del figlio)²⁰.

Mentre per la riproduzione naturale l'ordinamento ha visto negli anni l'affermarsi del *favor veritatis* (a scapito del *favor legitimitatis*, ordinato alla conservazione dell'unità della famiglia legittima), tendendo dunque alla coincidenza fra criteri legali e verità genetiche e biologiche, la filiazione consentita dalle moderne tecniche di riproduzione, così come la filiazione adottiva, si basa invece sulla consapevole scissione fra dati biologico/genetici e *status* legale.

La Corte di cassazione ha avuto modo di rammentare al riguardo che «nel quadro legislativo attuale, il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitori e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto

¹⁹ B. Salone, *Figli su commissione*, cit., p. 157 ss.

²⁰ Non è dubbio che la presunzione di paternità del marito della partoriente, funzionale a dare certezza allo *status*, sia tradizionalmente connessa alla presunzione che il figlio sia stato concepito all'interno della coppia, in ragione della presunzione dell'esclusività dei rapporti sessuali fra i coniugi in costanza di matrimonio, presidiata dall'obbligo di fedeltà. Il dato di partenza al fine di determinare la genitorialità in costanza di matrimonio è, difatti, la supposizione, sorretta dall'*id quod plerumque accidit*, che il marito della partoriente abbia contribuito al concepimento. Presunzione che, in ragione dell'evoluzione dei costumi e dell'accettazione generalizzata di rapporti sessuali prematrimoniali, la legge oggi estende anche ai figli nati nei primi 180 giorni di matrimonio (cfr. il nuovo articolo 232, secondo comma).

conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa) secondo la disciplina fissata dalla citata legge n. 40, come modificata dal giudice costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014. Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale»²¹.

Come efficacemente osservato da Mirzia Bianca, «mentre nella procreazione naturale la regola è la coincidenza tra stato di filiazione e verità genetica (...) nella fecondazione eterologa, così come nel rapporto di filiazione adottiva, il disallineamento tra verità genetica e stato di filiazione è strutturale e rappresenta la diversità e il *proprium* di questi modelli d'instaurazione del rapporto di filiazione»²².

A fronte di una riproduzione naturale del tutto scollegata dalla volontà (imputata anche in caso di rapporto occasionale o persino non voluto e violento), Zatti parla per la Pma di una «“filiazione senza procreazione” in cui l'ingresso nel ruolo di genitore si fonda “soltanto” sulla decisione di investirsi su una responsabilità che non ha fondamento genetico»²³.

Non persuadono al riguardo le ricostruzioni per cui, a fronte del consolidarsi del *favor veritatis* nella filiazione naturale, vi sarebbe in quella artificiale «un ritorno alle presunzioni e alle finzioni»²⁴, atteso che, invece, il consenso è tutt'altro che una finzione o presunzione, essendo atto concreto e univoco con cui si manifesta la volontà di assumere la piena responsabilità genitoriale del minore che nascerà con la tecnica prescelta.

In realtà, com'è stato acutamente osservato, nella procreazione assistita «la verità» non si identifica più con il principio della mera derivazione biologica²⁵ e, potremmo dire, dalla «causalità di natura» si passa alla «causalità umana»²⁶.

La nozione di “verità” che sottende al *favor veritatis* denota nei due sistemi due oggetti diversi: *la verità* genetica nella procreazione naturale disciplinata dal codice civile; *la verità* della consapevole assunzione della genitorialità manifestata

²¹ Cass. pen., Sez. 6, Sentenza n. 48696 del 2016.

²² M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, in C. M. Bianca (cur.), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 20.

²³ 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.

²⁴ M. Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, II, Filiazione, Milano, 2002, p. 32; A. Palazzo, *La filiazione*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 2007, p. 21

²⁵ L. Rossi Carleo, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 396.

²⁶ V. Baldini, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, p. 32.

al momento del concepimento nella procreazione artificiale disciplinata dalla legge 40.

L'eccessivo accento posto da alcuni sul dato genetico anche nel mondo della Pma risente di un antico pregiudizio, che non tiene conto del radicale mutamento di paradigma scientifico e culturale che sottende all'utilizzo di tecniche di fecondazione eterologa, ai suoi profondi risvolti psicologici, identitari e sociali e, soprattutto, non tiene conto dell'univoco dato normativo rappresentato dalla legge 40, in particolare nel testo vigente dopo la sentenza n. 162 del 2014, che univocamente sostituisce qui il consenso al dato genetico.

Nel caso di mancato spontaneo riconoscimento si deve affermare dunque il diritto del minore di identificare il proprio genitore in ragione della "verità" della sua nascita, grazie al consenso irrevocabile alla tecnica di procreazione artificiale²⁷.

Come osservato da Venuti, «il sistema della genitorialità della procreazione medicalmente assistita va – in quanto tale – coordinato a quello codicistico secondo una linea di equiordinazione», con la conseguente necessità di «declinare il rapporto tra tali regole non in termini di regola/eccezione, né di diritto comune/diritto speciale, bensì di coesistenza di sistemi differenti basati su logiche peculiari, non riducibili a sintesi unitaria»²⁸.

In conseguenza di tale principio, è del tutto pacifico che la comprovata volontà di accedere alle tecniche di fecondazione assistita costituisca il fatto costitutivo da accertarsi ai fini dell'accoglimento della domanda di accertamento giudiziale della paternità e della maternità ex articolo 269, che potrà essere proposta dal figlio ovvero dal genitore legalmente riconosciuto nell'interesse del nato, sicché tale consenso sarà oggetto di dimostrazione in luogo della prova del Dna²⁹.

²⁷ Esula dall'oggetto di questa trattazione la delicata questione dell'individuazione del momento in cui si produce tale irrevocabilità, per cui come noto la legge n. 40/2004 prevede all'art. 6 n. 3 che tale consenso possa essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo. Esula altresì dall'orizzonte di questo contributo l'esame dell'ulteriore questione se il riconoscimento del figlio avvenga automaticamente ed *ex lege* già con il consenso al ricorso alla Pma o se sia comunque necessario un successivo espresso riconoscimento ex articoli 250 e 254 del codice civile, come sembra invero preferibile (su questi temi si consenta il rinvio a M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 266).

²⁸ M. C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente*, relazione al Convegno tenuto a Bologna il 29 settembre 2017, in corso di pubblicazione in GenIUS, *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2018.

²⁹ M. Finocchiaro, *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida dir. Dossier*, 2004, 3, p. 36; A.

Il principio della volontà come canone fondativo dello *status filiationis* in caso di fecondazione eterologa ha indotto, in particolare, la prevalente dottrina e la giurisprudenza di merito ad escludere la legittimazione attiva ad impugnare lo *status filiationis* tanto dello stesso figlio³⁰, quanto di terzi³¹.

Come detto, l'articolo 9, comma terzo della legge n. 40/2004 esclude in radice ogni nesso con il donatore, o donatrice, di gamete maschile o femminile, il che conforta ulteriormente sulla stabilità e irrevocabilità dello *status* fondato sul consenso³².

Come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, ancora nella sentenza n. 162/2014, altra cosa è, invece, la questione relativa all'eventuale identificazione di un diritto alla conoscenza delle proprie origini³³, il quale non interferisce in alcun modo con la determinazione, la certezza e l'irrevocabilità dello *status filiationis*, come confermato dal fatto che il diritto a conoscere le proprie origini riguarda

Renda, *L'accertamento della maternità, Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 155; M. Sesta, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 367; U. Salanitro, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Leggi collegate*, Torino, 2010, *Sub art. 3*, p. 565; V. Caredda, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, IV, p. 4355 ss.; B. Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, p. 258 ss.; G. Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2014, p. 119

³⁰ M. Bianca, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., p. 19; M. Sesta, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 368. Come osservato da Bianca «la filiazione derivante da procreazione medicalmente assistita è infatti rapporto di filiazione il cui fondamento è l'atto di consenso» sicché la previsione di un criterio certo di determinazione della filiazione appare diretto ad assicurare il diritto ad uno *status* familiare certo e irretrattabile, funzionale alla stessa serenità esistenziale ed affettiva del nato.

³¹ Con riguardo alla carenza di legittimazione dei terzi a impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, si è rilevato in giurisprudenza che «essendo la mancata corrispondenza tra verità apparente e verità oggettiva proprio l'essenza della fecondazione eterologa», «nell'attuale contesto normativo, legittimare "chiunque vi abbia interesse" ad un'azione che ha il suo unico presupposto nella difformità tra la verità risultante dalla dichiarazione di riconoscimento, e la verità sostanziale e obiettiva della filiazione, difformità che è proprio l'essenza della pratica di fecondazione eterologa, comporterebbe la negazione della legittimità della pratica e l'esposizione del figlio nato da fecondazione eterologa alla inesorabile caducazione del suo *status*», Corte d'appello di Milano, sentenza 10 agosto 2015 n. 3397, in *Articolo29.it*.

³² Sulla (pacifica) riferibilità della norma anche alla donatrice, vds. B. Salone, *Figli su commissione*, cit., p. 172; G. Capizzi, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA*, cit., p. 124; B. Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, cit., p. 221; R. Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, p. 154 ss. e Id., *Procreazione assistita*, cit., p. 325; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 75.

³³ Il tema del *diritto all'identità genetica* (secondo la terminologia usata dalla Corte) può porsi sia per ragioni mediche che per le ricadute sul diritto all'identità personale. Come noto è stato in qualche misura riconosciuto in caso di adozione (art. 28, commi 4 e 5, della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p), del d.lgs n. 154/2013) e dalla stessa Consulta nell'ipotesi della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata Corte cost., n. 278/2013.

anche il figlio adulterino nato con procreazione naturale in costanza di matrimonio³⁴.

Come osservato dalla Corte costituzionale, al fine di tutelare il nato nella legge n. 40/2004 «sono identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della Pma di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi»³⁵.

È dunque ragionevole e coerente con il sistema emerso dalla decisione della Consulta, assumere che il principio che assicura lo *status filiationis* del nato da Pma trovi applicazione ogni qualvolta sia utilizzata una tecnica di Pma, anche se in carenza dei requisiti oggettivi (condizione di sterilità o infertilità) o soggettivi (età, differenza di sesso, rapporto di coniugio o convivenza) segnalati dagli articoli 1 e 5 della medesima legge³⁶. La manifestazione univoca della volontà di accedere alle dette tecniche deve valere anche se il consenso sia prestato senza i canoni formali di cui all'articolo 6, se sia prestato all'estero con formalità diverse da quelle previste dall'ordinamento italiano, se provenga da soggetti non affetti da infertilità o non conviventi, che siano comunque riusciti ad accedere alla tecnica di fecondazione, e anche se provenga da persone non soggettivamente legittimate, con l'unica eccezione, ragionevolmente, del minorenni, per cui il consenso dovrebbe assumersi viziato in ragione dell'incapacità legale.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, ma non unanimi, erano giunte a gran parte delle conclusioni esegetiche sopra esposte già prima della legge n. 40/2004; anche nel periodo di vigenza del divieto introdotto con l'articolo 4, comma terzo della stessa legge, il quadro si era consolidato grazie alla ricezione legislativa delle regole di cui all'articolo 9. La decisione della Consulta del 2014, tuttavia, restituendo legittimità costituzionale a questa tecnica e richiamando

³⁴ G. Ferrando, *La filiazione e la legittimazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 4, 2a ed., Torino, 1999, p. 148.

³⁵ Corte cost., sentenza n. 162/2014, § 11.

³⁶ Vds. al riguardo G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 340; U. Salanito, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, pp. 497 e ss. e Id., *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, *Leggi collegate*, Torino 2010, Sub art. 3, p. 565 per cui in caso di fecondazione omologa eseguita da conviventi fuori dai presupposti di legge è esperibile «l'azione giudiziale che accerti la sussistenza di tale consenso, ancorché viziato».

espressamente l'articolo 8 (e non solo le due disposizioni di cui all'articolo 9) anche per la fecondazione eterologa, contribuisce a sciogliere i dubbi in ordine alla certezza e irrevocabilità dello *status*: nel microcosmo della Pma, rispetto al dato meramente biologico prevale sempre la volontaria assunzione della responsabilità genitoriale al momento del concepimento.

La filiazione conosce dunque un vero e proprio *tertium genus*, oltre a quella naturale e a quella adottiva, dove (così come accade nell'adozione) non i dati biologici ma il principio del consenso, dell'autoresponsabilità e dell'interesse del minore divengono canoni unici ed inderogabili per la determinazione della genitorialità legalmente riconosciuta.

3. L'omoparentalità nell'ordinamento giuridico italiano

Ciò posto in termini generali con riguardo allo *status* dei bambini nati a mezzo di Pma, prima di procedere ad esaminare come tali canoni si applichino in caso di consenso prestato da due donne appare utile inquadrare, innanzitutto, il trattamento giuridico dell'omoparentalità riprendendo all'uopo quanto osservato dalla Corte di cassazione nella più rilevante decisione in materia, la sentenza n. 19599 del 2016, la quale contiene un vero e proprio inquadramento sistematico della genitorialità omosessuale nel nostro ordinamento³⁷.

La suprema Corte ha rimarcato al riguardo come non possa desumersi dal sistema alcuna particolare preclusione o pregiudizio normativo rispetto all'instaurazione di relazioni genitoriali legalmente riconosciute fra i genitori dello stesso sesso e la loro prole comune.

La Corte di cassazione al riguardo ha affermato che «se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale dove la persona “svolge la sua personalità” e se quella dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce “espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” delle persone, ricondotta dalla Corte costituzionale (sentenze n. 162/2014, § 6 e n. 138/2010, § 8) agli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione (e, si noti, non all'articolo 29), allora deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli» e «di conseguenza, l'elemento di discriminazione rappresentato dalla diversità di sesso tra

³⁷ L'osservazione è di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite*, cit.

genitori — che è tipico dell’istituto matrimoniale — non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro *status*»³⁸.

Secondo la Corte, «che le coppie di persone dello stesso sesso ben possono adeguatamente raccogliere figli e accudirli, è ora confermato dalla possibilità di adottarli, a norma dell’articolo 44, comma 1, lett. *d*), della legge 4 maggio 1983, n. 184», così traendo dalla propria recente decisione in materia di adozione coparentale un giudizio positivo sulla capacità genitoriale della stessa coppia di genitori.

La Corte di cassazione ha pure rilevato, nell’ipotesi di un bambino con due mamme, come «precludendosi al minore di avere un secondo genitore [...] si violerebbe il suo interesse ad avere due genitori e non uno solo, in contrasto con la regola posta dall’articolo 24, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea secondo il quale “il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori”»³⁹. Dunque, il diritto alla bigenitorialità non viene declinato come diritto ad avere genitori di sesso diverso ma viene affermato senz’altro anche con riguardo alle coppie di genitori dello stesso sesso.

La suprema Corte sottolinea inoltre come per le decisioni da assumere con riguardo al riconoscimento dello *status filiationis* «è decisivo il rilievo che le conseguenze della violazione delle prescrizioni dei divieti posti dalla legge n. 40/2004 — imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia — non possono ricadere su chi è nato»⁴⁰, titolare di diritti fondamentali che debbono essere tutelati.

La Corte afferma, inoltre, che «la famiglia sempre più è intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori», mentre «la nozione di “vita familiare”, nella quale è ricompresa l’unione tra persone dello stesso sesso (Corte Edu, 24 giugno 2010, *S&K co. c. Austria* e da ultimo 27 luglio 2015, *Oliari c. Italia*), neppure presuppone necessariamente la discendenza

³⁸ *Ibid.*, § 12.1.

³⁹ Cass., n. 19599/2016, cit., § 8.2.

⁴⁰ *Ibid.*, § 10.2.

biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione (secondo Corte cost. n. 162/2014, § 6, “il dato della provenienza genetica non costituisce un’imprescindibile requisito della famiglia stessa”)»⁴¹.

Oltre alla necessità di assicurare al bambino tutti gli effetti conseguenti alla responsabilità genitoriale (diritto al mantenimento, ad ereditare etc.) attraverso il riconoscimento giuridico dello *status* di figlio, la Corte sottolinea la sua rilevanza sotto il profilo del diritto alla «sua identità personale e sociale». Poche cose, invero, incidono sulla personalità e l’identità della persona quanto l’ambiente familiare e l’identità dei propri genitori. L’essere stato voluto, generato, da quel genitore, da quei due genitori, è parte irriducibile dell’identità personale di ogni essere umano. Dunque, la questione del riconoscimento del rapporto di filiazione non vale solo per i singoli effetti giuridici che ne derivano, ma anche, e soprattutto, per il rispetto e la protezione dovuta alla stessa identità del minore.

Tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, enunciato nel 2016 con riguardo ad una coppia di donne che aveva eseguito una *Ropa* (come detto, la particolare tecnica per cui una è madre gestante e l’altra madre genetica), è stato pienamente confermato anche nella successiva decisione della suprema Corte del 15 giugno 2017, n. 14878, in cui i medesimi principi sono stati ribaditi con nettezza anche nel caso di una coppia di donne ove una sola era madre biologica (gestante e genetica) e l’altra era mera madre intenzionale, priva di qualsiasi collegamento biologico col figlio⁴².

Anche in questo caso la Corte di cassazione, evidenziando come nel caso di specie «la nascita del bambino costituì un progetto condiviso della coppia, espressione di affetto e solidarietà reciproca», ha ribadito con decisione i medesimi principi già affermati nella decisione del 2016 (che «costituisce naturale precedente di questa»).

Come si vedrà più avanti, appare di particolare momento che in questa decisione la suprema Corte, nel valutare compatibile l’atto di nascita con due mamme coi principi di ordine pubblico internazionale, sottolinei come, in fondo, analoga disciplina sia già contenuta nella nostra legge n. 40 del 2004 per fattispecie di fecondazione eterologa.

⁴¹ *Ibid.*, § 12.1.

⁴² Cass. n. 14878/2017, cit.

Tale approdo trova idoneo riscontro anche nelle decisioni europee in materia di omoparentalità e in particolare nel riconoscimento da parte della Corte europea dei diritti umani che anche la relazione fra i bambini e i due membri della coppia omosessuale rientra nella protezione assicurata dall'articolo 8 della Convenzione alla «vita familiare»⁴³.

Analogo è stato l'orientamento che hanno avuto le corti di quegli ordinamenti che prevedono da tempo una unione civile riservata a coppie omosessuali: si rammentano la decisione della Corte costituzionale tedesca che ha consentito alla parte dell'unione civile l'adozione del figlio adottivo del partner⁴⁴, la decisione della Corte di cassazione tedesca che ha imposto la registrazione dei certificati di nascita esteri con due padri⁴⁵ (con decisione analoga a quella adottata da noi dalla Corte di cassazione per due mamme), le decisioni della Corte costituzionale austriaca sul diritto d'accesso delle coppie di donne alla fecondazione eterologa⁴⁶ e all'adozione⁴⁷.

Come rilevato dalla dottrina largamente maggioritaria, deve dunque prendersi atto dell'«ormai universale riconoscimento della dignità delle coppie stabili, modellate sulla convivenza matrimoniale, formate da persone dello stesso sesso, e la loro idoneità ad occuparsi proficuamente di loro eventuali figli»⁴⁸.

⁴³ Corte europea dei diritti umani, *Gas e Dubois c. Francia*, decisione del 15 marzo 2012; Corte europea dei diritti umani, *X e altri c. Austria*, decisione del 19 febbraio 2013: «la Corte ha dichiarato che la relazione tra due donne che vivono insieme in regime di patto civile di solidarietà (PACS) e il figlio che la seconda di loro aveva concepito mediante la procreazione medicalmente assistita, e che la stessa allevava insieme alla sua compagna, si traduceva in una «vita familiare» ai fini dell'articolo 8 della Convenzione. Nella fattispecie, la prima e la terza ricorrente formano una coppia omosessuale stabile che conduce una vita comune da molti anni. Il secondo ricorrente, di cui entrambe si occupano, vive insieme a loro. Pertanto, la Corte ritiene che la relazione che unisce i tre ricorrenti rientri nella nozione di «vita familiare» ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione».

⁴⁴ Corte cost. tedesca (BVerfG) sentenza del 19 febbraio 2013, in *Articolo29.it*, con nota redazionale *Sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla step-adoption*.

⁴⁵ Corte Suprema federale (Bundesgerichtshof), sentenza del 10 dicembre 2014, caso XII ZB 463/13, su cui vedi *Personaedanno.it*, 2015 con nota R. De Felice, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: la Corte Federale di Giustizia della RFT e la garanzia dell'interesse del minore; la Corte di Cassazione italiana e la formale prevalenza dei principi di diritto interno*, <https://www.personaedanno.it/dA/ae5df00c58/allegato/Clicca%20qui%20oper%20testo%20e%20commento%20dott.%20de%20Felice.pdf>.

⁴⁶ Corte cost. austriaca, sentenza 19 dicembre 2013, *Caso di Christina Maria B. e Daniela Bauer*, in *Articolo29*, con breve nota di M. Gattuso, *Austria: viola i diritti umani impedire la procreazione assistita ad una coppia di donne*, <http://www.articolo29.it/tag/austria-fecondazione-assistita/>.

⁴⁷ Corte cost. austriaca, sentenza dell'11 dicembre 2014 in *Articolo29.it*, su cui vds. F. Brunetta D'Usseaux, *La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell'11 dicembre 2014*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2015, I, p. 240.

⁴⁸ A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 964.

4. La legge n. 76 del 2016 e il riconoscimento normativo della coppia dello stesso sesso

Con la disciplina dell'unione civile e delle convivenze di fatto di cui alla legge n. 76 del 2016, il legislatore ha optato definitivamente per una pluralità di modelli familiari (famiglia coniugale; famiglia unita civilmente; famiglia di fatto, sia etero che omosessuale)⁴⁹.

Com'è stato acutamente osservato da Michele Sesta, «prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* — legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile — ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio; ora, il rapporto di filiazione si conforma ad un unico stato di figlio, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell'unione civile, delle — a loro volta multiformi — convivenze»⁵⁰.

La legge Cirinnà assume rilievo per un duplice profilo. Per un verso riconosce la natura familiare delle coppie omosessuali, sia in quanto unite civilmente e quali famiglie di fatto. Per altro verso incide su diverse norme dell'ordinamento, in particolare tutte quelle che fanno riferimento alle nozioni di “convivenza” e di “coppia” e a quelle riferite al matrimonio o che contengono la parola coniuge, imponendone una rinnovata lettura.

La natura familiare dell'unione civile (e delle famiglie di fatto regolamentate dalla seconda parte della legge) è ammessa incondizionatamente dalla dottrina largamente maggioritaria⁵¹ e pure la giurisprudenza ha già avuto modo di sottolinearne la pacifica natura: come rilevato di recente dal Tribunale per i minorenni di Bologna «la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso, che si riconoscano come parti di un medesimo progetto di vita, con le aspirazioni, i

⁴⁹ P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, p. 846. G. Casaburi, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 38.

⁵⁰ M. Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam.dir.*, 2016, 10, p. 882.

⁵¹ Vds. *ex multis* G. Ferrando, *La disciplina dell'atto, Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 890, per cui le unioni civili sono «fonte di uno *status familiare*» e «sono anch'esse “famiglie”, non diversamente da quella tradizionale»; M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 874, per cui «si tratta, all'evidenza, di una vera e propria famiglia tra persone dello stesso sesso»; T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 401 ss.; R. Fadda, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1386.

desideri e i sogni comuni per il futuro, la condivisione insieme dei frammenti di vita quotidiana, costituisce a tutti gli effetti una “famiglia”, luogo in cui è possibile la crescita di un minore, senza che il mero fattore “omoaffettività” possa costituire ostacolo formale»⁵².

Posto che l’unione civile è dunque una forma di famiglia legalmente riconosciuta, ci si deve interrogare, allora, se il riconoscimento attenga ai soli rapporti orizzontali, o di coppia, o se coinvolga l’insieme dei componenti del nucleo familiare, figli compresi.

È indubbio al riguardo che la legge non richiami la disciplina matrimoniale in materia di presunzione di paternità, le norme matrimoniali sull’adozione e diverse altre disposizioni in materia di filiazione e che, in prima battuta, la legge n. 76/2016 non si occupi in modo esplicito dei rapporti verticali fra genitori e figli.

Tuttavia, ad un maggiore approfondimento il fenomeno della filiazione nell’ambito delle coppie unite civilmente non può dirsi estraneo all’attuale quadro normativo prodotto dalla legge n. 76/2016.

Per un verso, i diritti e i doveri scaturenti dalla relazione genitoriale prescindono del tutto dai rapporti orizzontali fra i genitori, posto che la sussistenza di un vincolo coniugale, di unione civile o la carenza di qualsiasi vincolo fra i genitori è ininfluente sotto il profilo dei diritti e dei doveri scaturenti dal rapporto verticale fra genitore e figlio. Ne consegue che sarebbe stata del tutto pleonastica ogni disposizione specifica sulla responsabilità genitoriale nell’ambito dell’unione civile e che alle relazioni genitoriali nell’ambito dell’unione civile si applicano senz’altro le disposizioni dedicate alla disciplina generale dei rapporti di filiazione di cui al titolo IX del libro primo del codice (*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*, articoli 315 e ss.).

Per altro verso, dall’esame della legge si evidenziano molteplici rinvii a norme in materia di figli. Il comma 19 dell’art. 1 della legge Cirinnà, innanzitutto, rinvia all’articolo 146, terzo comma del codice civile consentendo al giudice di intervenire in caso di mancato adempimento dei «doveri verso i figli». Il comma 25 rinvia

⁵² Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza del 6 luglio 2017, in *Articolo29.it* con nota A. Schillaci, *La vita non si ferma: l’unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini*, <http://www.articolo29.it/2017/la-vita-non-si-ferma-lunione-civile-la-famiglia-i-diritti-dei-bambini/>.

espressamente all'obbligo per il ricorrente di indicare la presenza di eventuali figli comuni nella domanda per ottenere lo scioglimento dell'unione civile (articolo 4, comma 4). Lo stesso comma 25 rinvia alla disposizione che prevede che il presidente adotti i provvedimenti temporanei ed urgenti «che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole», espressamente disponendo che sia disposto all'uopo l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento (articolo 4, comma 8). Viene richiamata anche la disposizione che prevede che la domanda congiunta di scioglimento del vincolo «indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole» e che il tribunale valuti in tale sede «la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli», procedendo ai sensi del comma ottavo «qualora il Tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi» (articolo 4, comma 16). Lo stesso comma 25 rinvia anche alla disposizione che prevede la facoltà del pubblico ministero di impugnare la sentenza di divorzio limitatamente all'interesse patrimoniale dei figli (articolo 5, comma 5). Viene richiamata, inoltre, la disposizione per cui qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento, il tribunale dispone, in camera di consiglio e con la partecipazione del pubblico ministero, «la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli» (articolo 9, comma 1). Ancora, la legge rinvia espressamente all'articolo 12-ter della legge 1 dicembre 1970, n. 898 in materia di pensione di reversibilità, stabilendo il diritto di ognuno dei genitori, in caso di morte del figlio, a una quota del 50% della pensione maturata dal figlio comune. Anche il rinvio alla disciplina di cui alla legge n. 162/2014 sulla negoziazione assistita comprende la possibilità di determinazioni con riguardo ai figli comuni.

Si tratta in tutti i casi di disposizioni che non hanno alcun senso se non si presuppone la possibilità che vi siano due genitori di uno stesso figlio. Nel caso di prole di una sola delle parti, difatti, il tribunale non potrebbe ravvisare alcun obbligo per la parte estranea al rapporto genitoriale.

Ma oltre a ciò, va rammentato come la legge contenga precisi dati letterali che impongono una precisa svolta esegetica anche nella lettura di norme non contenute nella stessa legge n. 76 del 2016.

Il comma 20 (cd. “clausola generale di equivalenza”), innanzitutto, espressamente prescrive che tutte le disposizioni dell’ordinamento giuridico «che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi», si applicano anche all’unione civile tra persone dello stesso sesso.

Si tratta di disposizione immediatamente precettiva⁵³ che dà seguito alla giurisprudenza della Corte di cassazione, che in diverse decisioni aveva sottolineato la necessità di garantire «un trattamento omogeneo»⁵⁴, di assicurare «un grado di protezione e tutela equiparabile»⁵⁵ e di prevedere uno «statuto sostanzialmente equiparabile»⁵⁶ al regime matrimoniale, in ottemperanza alle indicazioni della giurisprudenza della Corte Edu⁵⁷ e, soprattutto, dall’assai incisiva azione della Corte di giustizia dell’Unione europea, la quale in numerose sentenze aventi ad oggetto la legge tedesca sul partenariato di vita aveva finito col dichiarare illegittime tutte le differenze rispetto al matrimonio sottoposte al suo vaglio⁵⁸.

Il comma 36, in secondo luogo, utilizza espressamente la parola «coppia» per definire la nozione di famiglia di fatto quale convivenza fra «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale», indifferentemente dalla loro diversità o identità di sesso.

Dopo la legge n. 76/2016 è da escludere, allora, che sia ancora possibile leggere le parole «coppia», «convivente» e «coniuge» contenute in qualsiasi disposizione dell’ordinamento giuridico (e dunque come vedremo anche nella legge n. 40/2004) escludendo la coppia unita civilmente, il convivente dello stesso

⁵³ Sulla clausola generale di equivalenza sia consentito rinviare all’ampia disamina in M. Gattuso, *La clausola generale di equivalenza*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, cit., p. 219.

⁵⁴ Cass. sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, § 3.2.

⁵⁵ Cass. sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400.

⁵⁶ Cass. sez. I, 21 aprile 2015, n. 8097.

⁵⁷ Corte Edu, 16 luglio 2014, ricorso n. 37359/09, *Hämäläinen c. Finlandia*.

⁵⁸ Corte di giustizia Ue, 6 dicembre 2012, cause C-124/2011, C-125/2011 e C-143/2011, *Bundesrepublik Deutschland c. Karen Dittrich e Robert Klinke*; Corte di giustizia UE, 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, in *Raccolta*, 2011, p. I-3591 ss; Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, in *Raccolta*, 2008, p. I-1757 ss.

Sesso e la parte unita civilmente (cui a norma del comma 20 si deve applicare ogni disposizione che contiene la parola “coniuge”).

5. La tutela dei minori nati da coppie di donne in seguito a Pma

Come si è visto, l'articolo 8 della legge n. 40/2004 dispone che i nati a seguito dell'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'articolo 6.

Le disposizioni di cui all'articolo 9, primo e terzo comma, contengono a loro volta l'espresso riferimento al «convivente», senza distinguere fra conviventi di diverso o dello stesso sesso

Dopo l'emanazione della legge n. 76/2016 non pare più possibile affermare che il termine «coppia» sia di per sé giuridicamente riferibile alle sole coppie di sesso diverso.

Come si è visto, infatti, nel fornire la nuova definizione giuridica della convivenza di fatto per il nostro ordinamento giuridico, l'art. 1. comma 36 della legge n. 76/2016 utilizza espressamente il termine «coppia» per denotare giuridicamente tanto la convivenza fra due persone maggiorenni di sesso diverso che dello stesso sesso. Con la nuova definizione di convivenza determinata dalla legge n. 76 del 2016 non può dubitarsi, dunque, che le parole “coppia” e “convivente” denotino nel nostro ordinamento tanto le coppie convivenze di sesso diverso che dello stesso sesso.

Va sottolineato, peraltro, che già prima dell'emanazione della legge n. 76/2016 la giurisprudenza non dubitava che la parola «convivente», utilizzata in fonti normative o negoziali, dovesse essere riferita tanto alle convivenze fra persone di diverso che dello stesso sesso.

La giurisprudenza di merito, difatti, da tempo aveva rilevato come «nell'attuale realtà politico-sociale la convivenza *more uxorio*, intesa quale comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall'assenza del vincolo del matrimonio, nucleo familiare portatore di valori di solidarietà e sostegno reciproco, non è soltanto quella caratterizzata dall'unione di persone di sesso diverso, ma è altresì quella propria delle unioni omosessuali alle quali il sentimento

socialmente diffuso riconosce il diritto alla vita familiare propriamente intesa»⁵⁹, posto che «la convivenza omosessuale non modifica il concetto di convivenza *more uxorio*, poiché tale locuzione, che sta ad esprimere un modo di vivere come conviventi, è conforme sia alla convivenza omosessuale che a quella eterosessuale»⁶⁰.

Tale indirizzo, d'altra parte, è imposto dal risalente e consolidato indirizzo della Corte europea dei diritti umani, per cui – posto il margine di discrezionalità dei singoli stati convenzionati in relazione all'apertura o meno del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso – è da assumersi in violazione dell'art. 14 della Convenzione ogni disparità di trattamento fra conviventi etero e omosessuali, dovendosi intendere che ogni disposizione riferita alle convivenze sia estesa necessariamente anche a quelle omosessuali⁶¹.

I giudici di Strasburgo, in particolare, hanno sempre censurato le differenze di trattamento fra genitori omosessuali ed eterosessuali, sia con riguardo all'affidamento dei minori⁶², che alla possibilità di accedere all'adozione quando la stessa sia consentita dall'ordinamento nazionale alle coppie di fatto⁶³. Per la Corte europea dei diritti umani costituisce difatti violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8, la previsione in materia di adozione di minori di una norma che disciplini diversamente le condizioni di esercizio della potestà genitoriale per le coppie di fatto dello stesso sesso e per quelle di diverso sesso: la disparità di trattamento è difatti discriminatoria, poiché gli *status* giuridici di una coppia di

⁵⁹ Corte d'appello di Milano, sez. lavoro, 31 agosto 2012, n. 7176, in *Articolo29*, ed in *Personaedanno.it*, con nota S. Rossi, *Rientra nel rapporto more uxorio anche la coppia omosessuale*, <https://www.personaedanno.it/articolo/rientra-nel-rapporto-more-uxorio-anche-la-coppia-omosessuale-app-milano-3182012-n-7176-stefano-rossi>.

⁶⁰ Trib. Milano, sez. lavoro, sentenza del 15 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, rep. 1161; in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 866 ss., con nota di E. Faletti, *La convivenza omosessuale non modifica il concetto di more uxorio*; in *Riv. crit. dir. lav. priv. pubbl.*, 2010, p. 152 ss., con nota R. Scorcelli, S. Hüge, *Il diritto vivente e le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*.

⁶¹ Corte Edu, 2 marzo 2010, ricorso n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*, per cui costituisce violazione del principio di non discriminazione (art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione) l'esclusione dal diritto di successione nel contratto di locazione di chi intrattenga una relazione omosessuale di convivenza di fatto con il conduttore, quando la legislazione nazionale riconosca tale diritto a quanti convivono di fatto in una relazione eterosessuale; in *Fam. dir.* 2010, 873, con nota C. Danisi, *Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso Kozak c. Polonia alla Corte di Strasburgo?*. nonché Corte Edu, 24 luglio 2003, ricorso n. 40016/98, *Karner c. Austria*, decisione del 24 luglio 2003 su cui cfr. E. Crivelli, *La Corte di Strasburgo riconosce il diritto di successione nelle locazioni per le coppie omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 853 ss.; R. Aveta, *Vita familiare e coppie dello stesso sesso: il caso Karner c. Austria innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2004, p. 74 ss.

⁶² Corte Edu, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, del 21 dicembre 1999, cit.

⁶³ Corte Edu, *X e altri c. Austria*, decisione del 19 febbraio 2013 in *Articolo29.it*.

fatto omosessuale e di una coppia di fatto eterosessuale sono comparabili fra loro, mentre il governo resistente (nella specie l'Austria) aveva mancato del tutto di dimostrare che possa cagionare nocimento ad un bambino essere allevato da una coppia dello stesso sesso o da due madri o da due padri.

Né, per quanto ampiamente detto in ordine alla compatibilità dell'omogenitorialità con i principi del nostro ordinamento e alla meritevolezza di tutela della stessa, sottolineata a più riprese dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, può assumersi che la parola "coppia" o la parola "convivente" assumano una diversa denotazione quando siano inserite nel contesto della filiazione.

Ciò detto e *ad abundantiam*, va pure osservato come la disposizione di cui all'articolo 9, in quanto riferita al matrimonio e, comunque, contenente la parola «coniuge», è richiamata dal comma 20 dell'articolo 1 della legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili ed è quindi interessata dall'efficacia antidiscriminatoria della stessa clausola generale di equivalenza, che impone dunque la sua applicazione anche alla parte dell'unione civile, in quanto il dovere di assumere la responsabilità genitoriale rientra pienamente nella funzione della clausola di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione.

Né appare ostativo all'ammissione di un apporto innovativo del comma 20 della legge n. 76/2016 il rilievo che la parte della disposizione dell'articolo 9 attinente al coniuge rimanda al disconoscimento della paternità, non applicabile alla parte unita civilmente, mentre la parte relativa al convivente rimanda all'azione di impugnazione per difetto di veridicità. Per quanto ampiamente detto, infatti, l'articolo 9 lungi dal prevedere due disposizioni parcellizzate, è espressione di un principio più ampio, posto a tutela dell'interesse migliore del minore, che come si è visto conduce secondo la migliore dottrina e giurisprudenza ad una sua interpretazione assai estesa, sino a ricondurre un divieto di impugnare lo stato di figlio non solo per chi abbia effettuato il riconoscimento, ma per chiunque (compreso, secondo l'opinione prevalente, il figlio).

Appare peraltro significativo che il legislatore, introducendo con il comma 20 una clausola generale che impone l'applicazione alle unioni civili di tutte le disposizioni riferibili al matrimonio e ai coniugi contenute fuori dal codice civile, abbia escluso la sola legge sulle adozioni e, invece, non abbia escluso la legge n.

40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, nonostante tale normativa contenga la parola «coniuge» e, dunque, risulti obiettivamente richiamata dal detto comma 20.

La circostanza non appare irragionevole in quanto, per un verso, adozione e procreazione non si equivalgono, rispondendo ad esigenze diverse, e in quanto, per altro verso, i requisiti soggettivi richiesti dall'ordinamento per accedere all'adozione di minori sono più ristretti rispetto all'accesso alle tecniche di Pma posto che le disposizioni in materia di Pma si applicano anche ai conviventi.

Non rileva, altresì, che la coppia non sarebbe legittimata ad accedere in Italia alle tecniche di Pma, e sia pertanto ricorso all'estera, poiché per quanto diffusamente detto nel paragrafo sullo *status filiationis* dei minori nati con Pma eterologa, il congegno normativo a tutela del minore prescinde da ogni valutazione sulla legittimità delle condotte poste in essere dai genitori ed era stato pensato, anzi, proprio per il caso della violazione di un divieto di legge (*i.e.* il divieto di fecondazione eterologa).

Il principio per cui i genitori sono individuati sulla base del consenso e non del Dna è stato posto nella legge 40 per ogni ipotesi di nascita a mezzo di procreazione medicalmente assistita, anche se (anzi, in origine *proprio se*) in violazione dei principi stabiliti dalla stessa legge in materia di soggetti legittimati e tecniche consentite, atteso che tale principio è stato introdotto dalla legge proprio al fine di proteggere i minori nati con tecniche al tempo vietate. Né vi è ragione per assumere che i nati abbiano minore o maggiore tutela a seconda del tipo di tecnica adottata o del tipo di violazione di disposizioni di legge realizzata da parte dei genitori.

Inoltre, è pacifico che il principio fotografato nell'articolo 8 (e 9), nonostante il rinvio al consenso espresso «ai sensi dell'articolo 6», non esclude l'imputazione della genitorialità quando analogo consenso informato sia acquisito da una competente autorità estera (posto che, come detto, il *corpus* normativo fu previsto proprio per proteggere soggetti nati a mezzo di Pma eterologhe eseguite all'estero).

Non pare dirimente, infine, che l'articolo 250 del codice civile preveda che il figlio nato fuori dal matrimonio «può essere riconosciuto, nei modi previsti dall'articolo 254, dalla madre e dal padre» o che l'articolo 269 contempli la dichiarazione giudiziale della «paternità e maternità». La circostanza che vi siano due mamme, difatti, non interferisce con l'individuazione di ognuna di loro quale

madre e della loro relazione col minore quale *maternità*. La previsione per cui il figlio può essere riconosciuto «dalla madre e dal padre», pure nell'utilizzo della congiunzione “e”, non ha, nell'intenzione del legislatore, alcuna funzione delimitante od escludente, essendo diretta soltanto ad indicare i soggetti qualificati a rendere la dichiarazione di riconoscimento, i quali sono legittimati sulla base delle disposizioni codicistiche o di quelle contenute in leggi speciali quali la legge n. 40/2004.

Come si è visto, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha chiarito come il diritto del minore alla bigenitorialità non escluda l'identità di sesso dei due genitori e debba essere assicurato anche nei confronti di due genitori dello stesso sesso. Dunque non paiono emergere elementi che escludano che ogni madre sociale, se ed in quanto legittimata ai sensi della disciplina speciale, possa rendere la dichiarazione di riconoscimento a prescindere dall'identità di genere dell'altro genitore che avesse reso la stessa dichiarazione. In senso contrario, in caso di riconoscimento successivo, la dichiarazione della prima madre (che non necessariamente è quello biologica) piuttosto irragionevolmente precluderebbe quella della seconda.

Né parrebbero emergere indizi di segno contrario dalle disposizioni in materia di formazione dell'atto di nascita di cui al dPR 3 novembre 2000, n. 396 (ordinamento dello stato civile), atteso che gli articoli 29 e 30, prevedendo che nell'atto di nascita siano indicate «le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori» e che «la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori», contengono norme applicabili anche in caso di genitori dello stesso sesso.

Gli effetti di tali principi nei confronti di una coppia di donne appaiono dunque abbastanza evidenti.

Ai sensi dell'art. 8 della legge 40 i bambini nati a mezzo di Pma sono figli della “coppia” di donne che ha prestato il consenso alla detta tecnica manifestando all'estero la consapevole volontà di assumere la responsabilità genitoriale.

L'aver prestato consenso alla tecnica di Pma eterologa (eseguita legittimamente all'estero o, illegittimamente, in Italia), una volta verificato che tale consenso sia stato espresso in forme analoghe a quelle richieste dal nostro art. 6, impone l'individuazione dello *status* anche con riguardo alla madre non biologica.

La nostra legge nazionale impone dunque alla madre non biologica di riconoscere il figlio nato a mezzo di Pma eterologa mediante dichiarazione⁶⁴, anche tardiva, a norma dell'articolo 254 cc previo consenso dell'altro genitore, o del figlio se quattordicenne, a norma dell'articolo 250, secondo e terzo comma cc, allegando e provando di avere prestato il relativo consenso.

In mancanza di un suo spontaneo riconoscimento, la legge consente senz'altro di esercitare nei suoi confronti l'azione di accertamento della maternità al fine di assicurare la piena protezione del superiore interesse del nato.

6. Brevi cenni sul cognome

Con riguardo alle conseguenze sul cognome del figlio, applicando la disposizione di cui all'articolo 262, primo comma, del codice civile sul riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio, si deve ritenere che il bambino assuma il cognome della madre che per primo lo ha riconosciuto, aggiungendo, a norma del terzo comma, col successivo riconoscimento dell'altra madre anche il cognome di questa, in quanto il primo cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale.

In caso di ricongiungimento congiunto, si deve assumere che il sistema consenta di individuare il cognome del figlio.

Nell'ipotesi in cui il riconoscimento sia effettuato contemporaneamente da due donne unite civilmente che abbiano assunto un unico cognome a norma del comma 10 della legge, non si dovrebbe dubitare che il figlio possa assumere tale cognome in quanto, appunto, cognome comune ad entrambi i genitori, senza alcun riguardo alla circostanza se lo stesso corrisponda o meno al cognome originario del genitore a lui collegato geneticamente.

Nel caso di riconoscimento congiunto da parte di due donne non unite civilmente o che comunque vogliano dare al bambino entrambi i loro cognomi, appare utile richiamare il principio di recente enunciato dalla Corte costituzionale, che come noto è intervenuta sulla disciplina del cognome con sentenza n. 286 dell'8 novembre 2016. Pur essendo chiamata a decidere sui figli nati in costanza di matrimonio, la Corte ha dichiarato d'ufficio l'incostituzionalità anche dell'articolo

⁶⁴ Oppure sentenza che faccia luogo del consenso negato, ai sensi dell'art. 250, comma 4, cc.

262, primo comma «nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno». Per conseguenza, nonostante il dispositivo della Corte costituzionale abbia espresso riguardo alle sole coppie di genitori di sesso diverso (e non poteva essere altrimenti atteso il caso posto al suo esame), dovrebbe ritenersi che la *ratio* della disposizione conseguente alla decisione della Consulta lasci spazio ad una interpretazione (appunto costituzionalmente orientata) che consenta in ogni caso, se vi è accordo delle due madri legali, di dare il doppio cognome.

7. Conclusioni: un passo avanti nella protezione del superiore interesse del minore

In conclusione, nel nuovo quadro normativo non v'è ragione per assumere che in caso di ricorso a Pma il genitore intenzionale eterosessuale, nonostante l'assenza di alcun legame biologico, sia "costretto" (attraverso i meccanismi della presunzione di paternità e dell'accertamento giudiziale di paternità e maternità) ad assumere lo *status* di genitore nei confronti del figlio che ha contribuito a far nascere, mentre la mamma intenzionale omosessuale, parimenti priva di legame biologico, possa non assumere alcuna responsabilità nei confronti del figlio che ha pure contribuito a far nascere.

Tale evidente discriminazione fra minori con riguardo al loro *status* e alla loro conseguente protezione non può dirsi risolta, come si è detto, consentendo l'accesso all'adozione coparentale *ex* articolo 44, lettera *d*), della legge n. 184/1983, non solo per i limiti dell'adozione non piena, ma soprattutto perché la tutela qui si produce soltanto col provvedimento giurisdizionale (e non *ab initio* già con la nascita) e rimane subordinata alla proposizione della relativa istanza da parte del genitore sociale, mentre il meccanismo di cui agli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 impone la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro, nell'esclusivo interesse di quest'ultimo.

In tal modo il nostro ordinamento si conforma agli ultimi approdi della legislazione e della giurisprudenza estera e noti indirizzi di *common law*, per cui

deve imporsi la responsabilità genitoriale della donna che ha prestato il consenso all'inseminazione artificiale della compagna⁶⁵.

Già in epoca precedente alla stessa emanazione della legge n. 76 del 2016 una dottrina, invero minoritaria, si era espressa positivamente con riguardo all'applicabilità dell'articolo 9 alle coppie dello stesso sesso⁶⁶.

Non è dubbio che l'emanazione della legge n. 76 del 2016 costituisca adesso un vero e proprio spartiacque in questa materia, mutando radicalmente il quadro giuridico di riferimento e favorendo un ripensamento anche di altre disposizioni in materia di famiglia nei diversi settori dell'ordinamento giuridico.

La Corte di cassazione, nel proprio recente arresto in materia di riconoscimento di un certificato straniero con due mamme (di cui una priva di qualsiasi legame biologico/genetico), ha già avuto modo di osservare come la medesima *ratio* che sottende al certificato estero, di tutela del rapporto di filiazione nei confronti della coppia che abbia prestato il consenso, si rinvenga anche nella nostra legge n. 40/2004⁶⁷. Dunque il parallelo fra protezione di minori nati a mezzo di Pma eterologa da coppie eterosessuali e omosessuali è già suggerito dalla stessa Corte di cassazione.

La migliore dottrina ha così osservato come sia pertanto oggi «pienamente condivisibile applicare la disposizione anche alle coppie di persone dello stesso sesso, che siano ricorse all'applicazione di tecniche di procreazione eterologa all'estero in conseguenza della preclusione dettata a loro carico dall'art. 5 legge 40/2004, e sostenere per il tramite dell'art. 8 che ai nati spetta lo stato di figli riconosciuti della coppia, almeno quando siano nati all'estero e si domandi il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita straniero», rilevando come «il passo

⁶⁵ Family Court, Monroe County, *Karin T. v. Michael T.*, 16 gennaio 1985, reperibile in *Articolo29.it*.

⁶⁶ U. Salanitro, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 568, prendendo spunto dalle decisioni della Corte di Strasburgo in materia di adozione (per cui l'esclusione di una coppia di conviventi dello stesso sesso configura violazione del diritto fondamentale alla vita privata e familiare) e del riconoscimento dello *status filiationis* anche in cambio di mutamento di sesso (attestante il riconoscimento già all'epoca di un modello di genitorialità con due soggetti dello stesso sesso); l'A. superava così il precedente orientamento espresso nel primo commento alla legge n. 40/2004, in cui affermava che in caso di coppie dello stesso sesso dovesse essere precluso il riconoscimento ai sensi del combinato disposto degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 poiché «[n]on sembra [...] che, nell'attuale contesto sociale ed in assenza di un intervento normativo, possa essere considerato in linea di principio rispondente all'interesse del minore il riconoscimento di siffatto rapporto genitoriale», U. Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, 499.

⁶⁷ Cass. sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878

successivo» sia «superare la disparità di trattamento che deriverebbe dall'esclusione dell'identica tutela a favore di quanti nascono, attraverso l'identico percorso di assistenza medica, sul territorio nazionale»⁶⁸.

La legge n. 76/2016 ha prodotto, e produrrà ancora, un profondo mutamento che è prima culturale e poi tecnico-giuridico, rivelando il significato di norme che già avevamo innanzi e che pure restavano celate al nostro sguardo.

Assicurare la migliore protezione del minore secondo una interpretazione letterale della legge vigente non eccede i compiti della giurisdizione.

La circostanza che una parte dell'opinione pubblica abbia manifestato dubbi e resistenze rispetto al riconoscimento di tale realtà familiare, non può precludere un'attenta analisi del fenomeno alla luce del diritto, anche *de iure condito*. Anzi, la circostanza che bambini allevati nell'ambito di una minoranza sociale possano subire gli effetti di un radicato pregiudizio sociale sollecita il giudice ad un'attenzione ancora maggiore al loro migliore interesse.

⁶⁸ S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito, cit.*