

Modelli di determinazione della comaternità derivata dal ricorso a tecniche di riproduzione assistita

Un'analisi di diritto comparato

Giulia Giovannini

TESIS DOCTORAL UPF / 2020

DIRECTORES DE LA TESIS

Dr. Josep Ferrer Riba

Dra. Esther Farnós Amorós

DEPARTAMENTO DE DERECHO



*Ai miei genitori,
ai miei fratelli,
a Jean-Philippe*

Agradecimientos

Este trabajo no habría sido posible sin la ayuda sincera y el apoyo incondicional de muchas personas. Quiero agradecer a cada una de ellas por haber compartido conmigo una etapa muy importante de mi vida y de mi trayectoria académica.

En primer lugar, mis más sinceros agradecimientos a mis directores de tesis, Josep Ferrer Riba y Esther Farnós Amorós. Gracias por vuestra paciencia y por vuestros inestimables y preciosos consejos. Ha sido un camino largo y me siento muy hornada, afortunada y privilegiada por la oportunidad de haber podido contar con vosotros en todo momento.

Quiero agradecer también a todos los miembros del Área de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra, Carlos Gómez Ligüerre, Sonia Ramos Gonzáles, Albert Lamarca Marquès, Antoni Rubí Puig, Joan Egea Fernández, Pablo Salvador Coderch, Fernando Gómez Pomar, Rosa Milá Rafel, Laura Alascio Carrasco, Mireia Artigot Golobardes, Marian Gili Saldaña y Josep Sandiumenge Farré. Gracias también a mis amigos, amigas, compañeros y compañeras que me han acompañado en varias fases de mi etapa predoctoral, Idoia Elizalde Salazar, Sébastien Fassiaux, Ignacio García-Perrote Martínez, Tomás García Micó, Sergi Morales Martínez, Miquel Mirambell Fargas y Laura Allueva Aznar. Agradezco muy especialmente a Laura Esteve Alguacil, por su incondicional cariño y apoyo, y a Amaia Forcada Rubio, por haber compartido conmigo todos los años del doctorado, intercambios académicos muy provechosos y muchísimos recuerdos inolvidables. Ha sido una suerte teneros a mi lado.

Gracias también a las profesoras Machteld Vonk y Miriam Sombroek por toda la ayuda brindada con ocasión de la

estancia de investigación que tuve la oportunidad de realizar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Ha sido un placer realizar una parte de mi camino con vosotras.

Estoy muy agradecida al Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra por la beca de Personal Investigador Predoctoral en Formación que me permitió llevar a cabo el presente trabajo.

Grazie ai miei amici, lontanti e vicini, sui quali ho sempre potuto contare. Un abbraccio speciale alle mie migliori amiche, Lucia China, Francesca Fattori e Francesca Mularoni. Saró sempre grata per il vostro immancabile sostegno.

Grazie a mia madre, custode delle mie insicurezze e protettrice delle mie fragilità. Grazie a mio padre, rifugio sicuro nel quale ripararmi in ogni momento. Grazie ai miei fratelli, Andrea e Sofia, per la stima, l'incoraggiamento e l'ammirazione che mi avete sempre trasmesso. Grazie alla mia famiglia per essere l'esempio che ho sempre voluto seguire.

Merci à Jean-Philippe, pour être toujours là pour moi, pour ton optimisme et tes conseils. Merci de m'avoir supportée et soutenue pendant toutes ces années, pour être la personne avec le plus de patience et d'amour au monde. Tout aurait été différent sans toi à mes côtés.

Abstract

La tesi analizza la filiazione derivata da riproduzione assistita nel caso di coppie di donne. Lo studio esamina i casi di comaternità in vari ordinamenti giuridici e in una prospettiva comparata, dai piú proibitivi ai piú permissivi. A tal fine, vengono proposti diversi modelli di determinazione della comaternità, mediante adozione, per presunzione di comaternità, per consenso e mediante meccanismi alternativi e supplementari per giungere a determinare la filiazione a favore di due donne. La mancanza di regolamentazione della comaternità, o l'insufficienza della stessa, evidenziano la necessità di ripensare ai titoli di attribuzione della filiazione. In caso di ricorso a tecniche di riproduzione assistita, è indispensabile stabilire norme di determinazione della filiazione proprie e autonome, che includano anche partner dello stesso sesso nella loro disciplina.

Resumen

La tesis analiza la filiación derivada de reproducción asistida en el caso de parejas de mujeres. El trabajo examina los supuestos de comaternidad en distintos ordenamientos jurídicos y desde una perspectiva comparada, desde los más prohibitivos hasta los más permisivos. Para ello, se ofrecen distintos modelos de determinación de la comaternidad por adopción, por presunción de comaternidad, por consentimiento y mediante mecanismos alternativos y subsidiarios para la determinación de la filiación respecto de dos mujeres. La falta de regulación de la comaternidad, o su insuficiente reglamentación, ponen de manifiesto la necesidad de replantearse los títulos de atribución de la filiación. En caso de recurso a técnicas reproductivas, es precisa la introducción de normas propias y autónomas en caso de recurso a técnicas de reproducción asistida que además incluyan a parejas del mismo sexo en su disciplina.

Sommario

Abbreviazioni.....	1
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPITOLO I

TECNICHE RIPRODUTTIVE E COPPIE DI DONNE	17
1. Oggetto dello studio	17
2. Riconoscimento di famiglie omoparentali.....	19
3. I concetti di maternità e comaternità	21
4. Infertilità <i>vs</i> impossibilità di procreare	26
5. Le conseguenze della mancata determinazione della comaternità	28
6. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di comaternità	32
7. Accessibilità a trattamenti riproduttivi: il turismo riproduttivo	39
7.1. Difficoltà di accesso a tecniche riproduttive	41
7.2. Diversificazione dei trattamenti riproduttivi per coppie di donne.....	42
7.3. Tendenza europea rispetto all'anonimato di donatori e donatrici	45
8. Dati sull'accesso ai trattamenti da parte di coppie di donne	51
9. Delimitazione dello studio	53
10. Riflessioni finali	56

CAPITOLO II

COMATERNITÀ PER ADOZIONE DEL FIGLIO DELLA CONIUGE O PARTNER..... 59

1. Adozione: evoluzione storica 59
2. Tipi di adozione per coppie dello stesso sesso..... 63
 - 2.1. *Joint Adoption* o adozione congiunta 64
 - 2.2. *Stepchild adoption* o adozione del figlio del coniuge o del partner..... 67
3. Lo stato della questione in Europa 72
4. (Impossibilità dell')adozione della comadre: il caso italiano 76
 - 4.1. Adozione in “casi particolari” 78
 - 4.2. Adozione legittimante e non legittimante..... 84
5. Adozione del figlio della comadre: il caso francese 87
6. Limiti e problematiche dell'adozione in tema di comaternità 96
7. I vantaggi dell'adozione in tema di comaternità 99
8. Riflessioni finali 101

CAPITOLO III

COMATERNITÀ PER PRESUNZIONE 107

1. Presunzione di comaternità come titolo autonomo di determinazione della filiazione 107
2. La comaternità nell'*Human Fertilization and Embryology Act* (Regno Unito)..... 110
 - 2.1. Lo stato civile..... 111

2.2. L'importanza del consenso della comadre alla pratica riproduttiva	115
2.3. Aspetti biologici della comaternità.....	116
3. La comaternità nel <i>Code Civil</i> (Belgio)	124
3.1. Stato civile	125
3.2. Controversie circa la determinazione della comaternità	126
3.3. Il riconoscimento.....	127
4. La presunzione di comaternità e la presunzione di consenso: i vantaggi di questo modello	129
5. Riflessioni finali	131

CAPITOLO IV

COMATERNITÀ PER CONSENSO ALLA DETERMINAZIONE DELLA FILIAZIONE.....	135
1. Questioni preliminari.....	135
2. Il concetto di consenso nell'ordinamento giuridico spagnolo.....	138
3. La comaternità nella <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)</i>	145
3.1. L'art. 7.3 LTRHA nella versione originale.....	146
3.2. L'art. 7.3 LTRHA nella versione attuale	161
3.2.1. I requisiti della comaternità ex art. 7.3 LTRHA	162
3.2.2. Revoca del consenso.....	189

3.2.3.	Il ruolo della madre gestante al momento della pratica della tecnica e della determinazione della comaternità	190
3.2.4.	Proposta alternativa di determinazione della comaternità. L'accettazione della filiazione	200
3.2.5.	Possibile impugnazione della filiazione	209
4.	Accordi riproduttivi privati in materia di filiazione	224
5.	Riflessioni finali	226

CAPITOLO V

	COMATERNITÀ PER CONSENSO AD UNA DETERMINATA TECNICA RIPRODUTTIVA	231
1.	Questioni preliminari	231
2.	La determinazione del secondo vincolo materno-filiale nel <i>Codi Civil de Catalunya</i>	232
2.1.	I requisiti della comaternità nel CCCat	235
2.1.1.	Vincolo matrimoniale o accesso congiunto alle tecniche	235
2.1.2.	La forma del consenso	238
2.1.3.	Le tempistiche della manifestazione del consenso e l'eventuale fecondazione <i>post mortem</i>	252
2.1.4.	Revoca del consenso	255
2.2.	Il consenso come (unico) titolo di attribuzione della filiazione derivata da TRA?	257
2.3.	Determinazione della comaternità per contribuzione biologica	260
2.4.	Impugnazione della filiazione	262

2.4.1.	Impugnazione della filiazione per mancanza di coincidenza biologica	263
2.4.2.	Impugnazione del titolo costitutivo della filiazione.....	265
3.	La comaternità nel <i>Código Civil y Comercial de la Nación</i> (Argentina).....	268
3.1.	I requisiti della comaternità nel CCyC.....	270
3.1.1.	La <i>voluntad procreacional</i>	270
3.1.2.	Forma del consenso	276
3.2.	La presunzione di comaternità ed i suoi limiti	280
3.3.	Limiti alla determinazione della comaternità	285
3.4.	Impugnazione della filiazione.....	287
4.	Riflessioni finali	290

CAPITOLO VI

	MECCANISMI ALTERNATIVI DI DETERMINAZIONE DELLA COMATERNITÀ.....	295
1.	Il modello <i>misto</i>	295
2.	Trattamento giuridico delle coppie dello stesso sesso con discendenza negli USA.....	296
2.1.	Vie principali di determinazione della comaternità nell' <i>Uniform Parentage Act</i>	302
2.1.1.	Comaternità per consenso alla pratica di una tecnica riproduttiva	305
2.1.2.	Presunzione di paternità e maternità.....	318

2.1.3.	Il riconoscimento o <i>voluntary acknowledgment of parentage</i> (VPA)	320
2.2.	Vie sussidiarie di determinazione della comaternità nell' <i>Uniform Parentage Act</i>	324
2.2.1.	Il <i>de facto parent</i>	324
3.	La comaternità nel <i>Burgerlijk Wetboek</i> (Paesi Bassi)	330
3.1.	Comaternità <i>by operation of the law</i>	334
3.2.	Riconoscimento	341
3.3.	Adozione del figlio della partner in casi speciali ...	342
4.	La multiparentalità: il dibattito	344
5.	La multiparentalità: una soluzione già a disposizione .	346
5.1.	La proposta statunitense	346
5.2.	La proposta canadese	349
6.	Riflessioni finali	352
CONCLUSIONES		357
BIBLIOGRAFIA		365
RISORSE BIBLIOGRAFICHE DIGITALI		403

Abbreviazioni

ALI	American Law Institute
AP	Audiencia Provincial
Art./Arts./ Artt.	Articolo, Articoli
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
BW	Burgerlijk Wetboek (Codice Civile olandese)
c.d.	Cosiddetto/a
Cap.	Capitolo
CC	Código Civil, Codice Civile
CCCat	Codi Civil de Catalunya
CCyC	Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
CEDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
CF	Codi de Família (Catalunya)
CFC	California Family Code
Cfr.	Confronta

Cit.	Citato/a
CLRA	<i>Children's Law Reform Act</i> (Ontario, Canada)
CNRHA	Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida
Coord./s.	Coordinatore/i
CEDU	Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
Corte EDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
DA	Disposición adicional
DDF	Donor Data Foundation (Paesi Bassi)
DF	Disposicion final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado (Spagna)
Dir./s.	Direttore/i
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DT	Disposición transitoria
Ed./s.	Editore/i

es.	esejpio
ESHRE	European Society of Human Reproduction and Embryology
FJ	Fundamento juridico
FIV	Fecondazione in vitro
FLA	Family Law Act 2011 (British Columbia, Canada)
GPA	Gestazione per altri
GS	Gestación por sustitución
HFEA	Human Fertilization and Embryology Act 2008 (Regno Unito)
IAD	Inseminazione artificiale con sperma di donatore
INE	Instituto Nacional de Estadística (Spagna)
JPI	Juzgado de Primera Instancia
Legge 26.862	Legge 26.862 di Accesso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Asistida

Ley 35/1988	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA)
Ley 13/2005	Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio
Ley 14/2006	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)
Ley 3/2007	Ley 3/2007, de 15 de marzo, de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas
Ley 25/2010	Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia
Ley 19/2015	Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

LTRA	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA)
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
MP	Magistrado Ponente
n.	Numero
<i>op. cit.</i>	Opera citata
OMS	Organizzazione Mondiale della Salute
p./pp.	Pagina/e
par.	Paragrafo
RC	Registro Civil
REDLARA	Red Latinoamericana de Reproducción Asistida
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
ROPA	Recepción de ovocitos de la pareja (<i>intra-partner oocyte donation</i>)

SAP	Sentencia Audiencia Provincial
sec.	Sezione
SEF	Sociedad Española de Fertilidad
ss.	seguenti
S(S)TS	Sentencia(s) Tribunal Supremo
S(S)TSJ	Sentencia(s) Tribunal Superior de Justicia
S(S)TSJC	Sentencia(s) Tribunal Superior de Justicia de Catalunya
TRA	Tecnica/e di Riproduzione Assistita / Trattamento/i di Riproduzione Assistita
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unione Europea
UPA	Uniform Parentage Act (USA)
<i>vid.</i>	Véa(n)se / si veda
<i>v.</i>	Versus
vol.	Volume

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto un análisis jurídico-comparado de la comaternidad, es decir, de la determinación legal de la filiación respecto de dos mujeres que comparten un proyecto parental común y que hacen efectivo mediante el recurso a técnicas de reproducción asistida (en adelante, TRA).

La situación actual plantea problemas respecto de la filiación de la maternidad de la mujer no gestante en un doble sentido. Por un lado, en los ordenamientos donde el acceso a las TRA de parejas de mujeres no está permitido o la comaternidad no está regulada, la madre no gestante se encuentra completamente desprotegida por el derecho y se encuentra en una situación familiar de parentesco *de facto*. La falta de reconocimiento legal conlleva, a parte de incentivos para emprender turismo reproductivo, graves problemas de inseguridad jurídica respecto de la comadre y de los menores nacidos gracias a las TRA, los cuales, *a priori*, solo verán reconocido el vínculo materno-filial con la mujer gestante.

Por otro lado, el tratamiento jurídico de la comaternidad no está del todo tampoco resuelto en aquellos ordenamientos donde sí se permite la determinación de la filiación respecto de dos mujeres. El recurso a normas de filiación pensadas para la procreación natural, cuyo fundamento responde al binomio *naturaleza-biología*, resulta inadecuado en el contexto de las

TRA. En efecto, cuando la procreación es *asistida-volitiva*, la voluntad de los sujetos que quieren asumir el papel parental ha de prevalecer sobre el dato biológico¹. Esto es especialmente relevante en el seno de parejas de mujeres, en las cuales las soluciones ofrecidas por el legislador son incapaces de abordar los distintos supuestos derivados del acceso a tratamientos reproductivos.

Los datos de la *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)* demuestran que, en pocos años, el recurso a las TRA ha explotado², superando los límites geográficos y legales impuestos por las jurisdicciones nacionales. Porque no podemos hablar de técnicas reproductivas sin tener muy presente el fenómeno que se ha

¹ Esther FARNÓS AMORÓS, “Filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-59, p. 5. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *La Ley*, 20.9.2010, año 6, n. 1983, p. 3.

² Christine WYNS et al., “ART in Europe, 2016: results generated from European registries by ESHRE. The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)”, *Human Reproduction Open*, Vol. 2020, n. 3, 2020, pp. 1-17. El estudio, realizado en los años 1997-2016, analizó los datos proporcionados por los que al principio eran sólo 18 países europeos, hasta llegar hoy a disponer de los datos de 40 (Albania, Armenia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Montenegro, Macedonia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Ucrania), donde se realizaron 9.772.904 ciclos de TRA, de los cuales se estima que nacieron 1.861.760 niños.

dado en llamar "turismo reproductivo"³. Las razones que motivan esta búsqueda de soluciones en el extranjero son diversas. Sin embargo, uno de los motivos principales afecta a las restricciones legales en cuanto al *acceso*, que representa la causa por la cual el 80% de las personas alemanas, el 71,6% de las noruegas, el 70,6% de las italianas y el 65,5% de las francesas que deciden recurrir a TRA se ven obligadas a viajar al extranjero para acceder a los tipos de tratamiento que desean⁴, con las consecuencias jurídicas que aspiran a conseguir. Hay que tener en cuenta que existen once países europeos⁵ que solo abren la posibilidad de tratamiento con

³ Término acuñado para definir un importante flujo de personas de un estado a otro con el objetivo específico de escapar a las prohibiciones de acceso que el propio país de origen prescribe. En particular, incluye todas las formas de comercio internacional de bienes y servicios relacionados con la salud reproductiva, incluidos tanto el "tratamiento formal" transfronterizo, ofrecido por la salud pública, como la asistencia "informal" organizada por clínicas y profesionales privados. Guido PENNING se refiere al *The so-called 'reproductive tourism' phenomenon*, in "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, n. 6, pp. 337-341. Sobre el tema, *vid.* también Richard F. STORROW, "The pluralism problem in cross-border reproductive care", *Human Reproduction*, vol. 25, n. 12, pp. 2939-2943; y Patrick PRÄG, Melinda MILLS, "Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care" in Michaela KREYENFELD, Dirk KONIETZKA (eds), *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*. Demographic Research Monographs, Springer, 2017, pp. 289-309.

⁴ Françoise SHENFIELD et al., "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction* 2010, vol. 25, n. 6, pp. 1361-1368.

⁵ Carlos CALHAZ-JORGE et al., "Survey on ART and IUI: legislation...", *op.cit.*, p. 3. Estos países son Italia, Lituania, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Polonia, Suiza, Bosnia-Herzegovina, Turquía, Albania y Francia. Este último está en proceso de reforma. En caso de ser adoptado en su integridad, el proyecto de ley francesa permitiría el acceso a mujeres solas

TRA a las parejas heterosexuales. Frente a estos ordenamientos, están los de los países que regulan además el acceso de otros usuarios y usuarias, y que pueden dividirse en tres grandes grupos⁶: los que también permiten el acceso a mujeres solas⁷, los que admiten a parejas de mujeres, pero no a mujeres solas⁸, y los que admiten ambas opciones⁹.

y parejas de mujeres. *Projet de loi relatif à la bioéthique* (SSAX1917211L), disponible en www.legifrance.gouv.fr.

⁶ Los datos provienen implícitamente del estudio Carlos CALHAZ-JORGE et al., "Survey on ART and IUI: legislation...", *op.cit.*, p. 4-5.

⁷ Rusia, Grecia, Hungría, Croacia, Chipre, Macedonia, Serbia, Bielorrusia, Montenegro, Ucrania, Armenia, Georgia, Kazajistán, Moldavia. Los países mencionados no reconocen las uniones entre personas del mismo sexo. Ello no impide, sin embargo, que mujeres solas accedan a tratamientos reproductivos y que, en su vida privada, compartan su vida con otra mujer que no tendrá ningún vínculo materno-filial respecto del menor nacido de su compañera. Al ser imposible la determinación de la comaternidad legal, se plantea una mera comaternidad de facto.

⁸ Austria y Noruega.

⁹ España, Portugal, Irlanda, Islandia, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Letonia, Luxemburgo, Bulgaria, Rumanía, Estonia, Malta y Alemania. En este último, debido a las diferentes competencias regulatorias federales y estatales, cada región y centro médico puede decidir si permitir la inseminación con esperma de donante cuando se trate de una mujer sola o de una pareja de mujeres. En la práctica, las probabilidades son escasas y muchos alemanes viajan a otros países en busca de un tratamiento reproductivo. Además, la donación de óvulos y de embriones no está permitida, lo cual complica ulteriormente los ya limitados recursos disponibles. Karl-Heinz MÖLLER, Kyrill MAKOSKI, "Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin", *DeutschlandReproduktionsmedizin*, 2019, p. 585-586 consultado online aquí https://www.springermedizin.de/emedpedia/reproduktionsmedizin/rechtliche-regelung-der-reproduktionsmedizin-in-deutschland?epediaDoi=10.1007%2F978-3-662-55601-6_52 (ultimo acceso 09.12.2020). De momento, sin embargo, no está previsto un régimen de comaternidad, que se está planteando. *Vid.* "Germany plans equal rights for lesbian co-mothers", 21.08.2020 <https://www.dw.com/en/germany->

Una vez superadas las barreras de acceso a determinados tratamientos reproductivos, el problema de la comaternidad puede no estar resuelto, porque o bien el propio país de origen no permite en ningún caso la determinación de la filiación respecto de la madre no gestante, o bien porque, a pesar de estar regulada la comaternidad, su determinación presenta obstáculos por razón del cumplimiento de requisitos formales.

El objeto de mi tesis doctoral es ofrecer respuestas que puedan valer de ejemplo a los países que aún no han llegado al reconocimiento de la comaternidad legal y también solucionar una parte de los problemas que existen actualmente en los ordenamientos que ya la prevén.

Para ello, el trabajo se estructura en un total de seis capítulos y se articula mediante la presentación de modelos que sirven de prototipos para describir, desde el más prohibitivo hasta el más permisivo, las posibles vías para determinar la comaternidad. Dentro de cada modelo, se exponen de manera sistemática uno o varios ordenamientos jurídicos que presentan semejanzas en sus normas para la determinación de la comaternidad. Este enfoque permite trazar los márgenes de un modelo común en cada capítulo, dentro del cual cada ordenamiento concreto tiene sus propias características. La

[plans-equal-rights-for-lesbian-co-mothers/a-54653941](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019R0808) (ultimo accesso 9.12.2020).

estructura de cada modelo, por estas razones, no es pura, sino unida por un hilo conceptual común que agrupa situaciones similares, aunque no perfectamente coincidentes.

En el primer capítulo, tras definir qué es la comaternidad en el marco de las técnicas reproductivas, ilustro los problemas que se derivan de la falta de regulación, en lo que defino como *modelo cero*, es decir, el régimen de aquellos ordenamientos que no permiten el doble vínculo filial por medio de ninguna técnica legal.

En el segundo capítulo describo el primer modelo de comaternidad que incluye aquellos ordenamientos que no prevén ningún mecanismo para establecerla directamente, pero que sí llegan a permitir la determinación de la filiación respecto de la comadre, de forma indirecta, mediante el instituto de la *adopción* del hijo de la cónyuge o conviviente. En concreto, centro mi atención en los ordenamientos italiano y francés.

En el tercer capítulo trato de un modelo basado en el criterio formal de la unión entre dos mujeres, por medio del matrimonio o de una *civil partnership*, concebidos como estatus familiares que permiten la aplicación automática de una *presunción de comaternidad*. En este contexto, analizo los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y Bélgica.

En el cuarto capítulo abordo el análisis de un modelo consensual que fundamenta la atribución de la comaternidad en una manifestación expresa de *consentimiento a la determinación de la filiación*, tal y como la determinación de la comaternidad se halla configurada en el ordenamiento jurídico español.

En el quinto capítulo me ocupo de una variante del modelo consensual, en la cual el título de determinación de la comaternidad es el *consentimiento a la práctica de una técnica reproductiva*. Para ello, analizaré los planteamientos que realizan el Codi Civil de Catalunya y el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

En el sexto capítulo, finalmente, examino la propuesta de derecho uniforme planteada en los Estados Unidos, mediante la *Uniform Parentage Act*, que presenta *múltiples alternativas* para la determinación de la comaternidad. Este modelo mixto también se ha adoptado en Países Bajos, uno de los pocos a prever opciones tan innovadoras en esta materia. En este contexto, exploro los retos más relevantes de la comaternidad, con especial referencia a algunas de las propuestas más avanzadas y de vanguardia en derecho de familia, como los acuerdos privados en el ámbito reproductivo y la multiparentalidad.

CAPITOLO I

TECNICHE RIPRODUTTIVE E COPPIE DI DONNE

1. Oggetto dello studio

Se ci dovessimo chiedere quali siano le scoperte scientifiche più rilevanti degli ultimi quarant'anni¹⁰, la medicina riproduttiva si collocherebbe, senza dubbio, tra i vertici per importanza, entrando a far parte della prassi medica odierna, oltre che a divenire un affare redditizio per migliaia di imprese ed un dilemma morale e legale per i giuristi di tutto il mondo¹¹.

La scienza - in generale, la medicina - in particolare, ed in concreto le tecniche di riproduzione assistita- hanno, nell'arco di pochi anni, fatto irruzione negli schemi del nostro Diritto. Una realtà dinamica che si è dovuta confrontare con nuovi modelli familiari, sfidata dai limiti di schemi e preconcetti e da

¹⁰ In particolare, ci si riferisce al periodo che va dalla nascita di Louise Brown, la prima bambina nata per fecondazione in vitro (FIV), nel 1978, ai giorni nostri.

¹¹ Dagli anni '80, è iniziato il dibattito sulla necessità di una regolamentazione dei trattamenti riproduttivi. Il primo paese a pronunciarsi su questo tema in Europa è stato il Regno Unito (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, noto come Relazione Warnock, nel 1984). Hanno fatto seguito, tra l'altro, la Germania (relazione Benda nel 1985) e la Spagna (relazione Palacios nel 1986).

un diritto statico ed incapace di offrire, spesso e volentieri, risposte alle problematiche poste.

In un panorama normativo frammentato ed eterogeneo, lo studio che si presenta si propone di esaminare i modelli che rendono possibile la determinazione della doppia maternità legale mediante il riconoscimento di entrambe dalla nascita del figlio, dando luogo a quella che chiameremo *comaternità*, un fenomeno in crescita, seppur non nuovo, già identificato dalla dottrina dagli esordi degli anni Novanta¹² e tuttavia parzialmente irrisolto.

Grazie a soluzioni fornite dal diritto comparato, si può affermare che esistono ordinamenti che, da un lato, hanno deciso di regolare i rapporti familiari in coppie dello stesso sesso, e altri che, dall'altro, non contemplanò in alcun modo la possibilità di configurare la comaternità. Mi riferirò a questi ultimi come quelli integranti il "modello zero".

¹² Kath Weston fu il primo a parlare di "lesbian and gay baby boom", in Kath WESTON, "Families we choose: Lesbians, Gays, Kinship", *Columbia University Press*, New York, 1991. Fiona Kelly, nel suo studio condotto in Canada, intervistò coppie di donne diventate madri grazie al ricorso a donatori anonimi nel 1974. Fiona KELLY, "Transforming Law's Family. The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood", *UBC Press*, 2011, p.3. Analizzano la comaternità come un fenomeno inedito in California, Esther FARNÓS AMORÓS, Margarita GARRIGA GORINA, "Mares? Poden ser més d'una. Tres casos recents de la Supreme Court de Califòrnia", *InDret* 4/2005.

2. Riconoscimento di famiglie omoparentali

Occorre premettere che, quando si parla di coppie dello stesso sesso, l'eventualità di poter essere determinati genitori si incardina e dipende dal riconoscimento parentale offerto dal contesto giuridico di ogni paese, strettamente vincolata all'approvazione, in prima battuta, del matrimonio o unioni analoghe tra persone omosessuali, quale un'estensione diretta di questi¹³. Se infatti un ordinamento giuridico non riconosce l'unione coniugale o alcuna forma di relazione equivalente ad essa tra due persone dello stesso sesso, la possibilità di configurare casi di comaternità legale è difficilmente avverabile.

L'introduzione, nel 1989, del riconoscimento della *civil partnership* tra persone dello stesso sesso in Danimarca e del matrimonio omosessuale, nel 2001, in Olanda, hanno segnato una svolta in ciò che vari autori definiscono *diritto di famiglia europeo*¹⁴, concretizzatosi attraverso i progressi legislativi che

¹³ Douglas NEJAIME, "Differentiating Assimilation", in Austin SARAT (Ed.) *Special Issue: Law and the Imagining of Difference, Studies in Law, Politics and Society*, Vol. 75, Emerald Publishing Limited, 2018, p.6.

¹⁴ Tra gli altri, Katharina BOELE-WOELKI, Angelika FUCH, *Same-Sex Relationships and Beyond*, Vol. 42, Intersentia, 2017 e *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Intersentia, 2012; Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (Eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014; Frances HAMILTON, Guido NOTO LA DIEGA, *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Routledge, 2020; Jens SCHERPE, Andy HAYWARD, *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition beyond Marriage?*, European

hanno portato, ad oggi, al riconoscimento di un'ampia, seppur insufficiente, gamma di diritti per le famiglie omogenitoriali.

In generale, il cammino legale delle coppie dello stesso sesso attraversa diversi punti cruciali, dall'intolleranza assoluta, alla tolleranza, prima di giungere al supporto ed al riconoscimento delle stesse e dei rispettivi diritti¹⁵. Gli argomenti per lungo tempo impiegati dai piú restii circa la mancata "idoneità genitoriale" di persone omosessuali, è oggi ampiamente superata, almeno dal punto di vista teorico, grazie al contributo empirico di vari studi scientifici¹⁶.

Family Law, Intersentia, 2017; Kees WAALDIJK, "More and more together: Legal family formats for same-sex and different-sex couples in European countries - Comparative analysis of data in the LawsAndFamilies Database", *Families And Societies Working Paper Series*, n. 75, 2017, pp. 1-181; Robert WINTEMUTE, Mads ANDENÆS (eds.) *Legal recognition of same-sex partnerships. A study of national: European and international law*, Oxford, Hart, 2001.

¹⁵ Kees WAALDIJK, "Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality. Europe's Past, Present and Future", in *Australasian Gay And Lesbian Law Journal* (1994) n.4, pp. 50-72. In parole dell'autore, si passa da un processo di *criminalisation*, to *decriminalisation*, to *equalising the age of consent*, *anti-discrimination legislation and legal recognition of partnership*.

¹⁶ Circa l'idoneità di questi come genitori e la conseguente assenza di effetti negativi rispetto alla crescita dei minori, *vid.* Henny BOS et al., "Same-Sex and Different-Sex Parent Households and Child Health Outcomes: Findings from the National Survey of Children's Health", in *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, Vol. 37, n. 3, 2016, pp. 179-187. Questo studio comparato tra famiglie lesboparentali ed eterosessuali dimostra che non vi é alcuna differenza negli esiti ottenuti su bambini ed adolescenti di entrambi i tipi di famiglie analizzate. Per un altro interessante studio condotto nei Paesi Bassi che compara coppie di donne, *vid.* Loes VAN RIJN-VAN GELDEREN et al., "Dutch adolescents from lesbian-parent families: How do they compare to peers with heterosexual parents

Gli ordinamenti giuridici che si citano nel presente lavoro hanno riguardato in primo luogo le relazioni orizzontali tra i partner. Dopo il riconoscimento di queste realtà familiari, limitate unicamente al riconoscimento del legame tra due persone dello stesso sesso, la prima soluzione che è stata offerta alle famiglie che desideravano avere figli, è stato il ricorso all'adozione come strumento per consacrare i rapporti verticali tra genitori biologici e adottivi con i minori.

Da ultimo, l'accesso ai trattamenti riproduttivi per coppie dello stesso sesso ha permesso e fomentato il fenomeno dell'omogenitorialità¹⁷ e, di conseguenza, della comaternità. In questa tesi, ci concentreremo sulle ipotesi derivate da queste pratiche mediche, entro i limiti di cui al cap. I par. 9.

3. I concetti di maternità e comaternità

Le tecniche di riproduzione assistita hanno rimesso in discussione le nozioni di *paternity* (paternità biologica) e

and what is the impact of homophobic stigmatization?" in *Journal of Adolescence*, Vol. 40, April 2015, pp. 65-73. In chiave comparata (coppie francesi, inglesi e olandesi), *vid.* Loes VAN RIJN-VAN GELDEREN et al., "Wellbeing of gay fathers with children born through surrogacy: a comparison with lesbian-mother families and heterosexual IVF parent families", *Human Reproduction*, Vol. 33, n.1 pp. 101-108, 2018. Negli Stati Uniti, *vid.* <https://whatwewknow.inequality.cornell.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/> (ultimo accesso 30.03.2019).

¹⁷ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM, "Filiación y homoparentalidad..", *La Ley*, 2010 *op.cit.* p.3.

fatherhood (paternità sociale), così come quella di *maternity* (maternità genetica o gestazionale) e *motherhood* (maternità sociale)¹⁸. I TRA hanno dato luogo alla scissione dell'elemento *biologico* e quello *volitivo* alla base di ogni gestazione, lasciando al legislatore il difficile compito di determinare in che modo e secondo quali requisiti si può considerare che qualcuno sia figlio di qualcun altro¹⁹.

La procreazione assistita diventa perciò uno strumento di configurazione di relazioni familiari alternative perché smette, nella maggior parte dei casi, di basarsi sull'elemento genetico, a favore di quello volitivo²⁰, al fine di considerare genitori coloro che scelgono di esserlo seppur non apportando necessariamente i propri gameti.

Mi centrerò qui sul concetto di madre in senso lato. Per offrire una definizione esaustiva occorre analizzare l'opportunità che

¹⁸ Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, Vol. 126, n. 8, 2017, p. 2298; Janet L. DOLGIN, "Just a Game: Judicial Assumptions About Parenthood", *UCLA Law Review*, Vol. 40, 1993, p. 639.

¹⁹ EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 588.

²⁰ Se, da una parte, la *biologia* a è la base per l'attribuzione del vincolo filiale nella filiazione naturale, al contrario l'*intenzione* può essere la base per scegliere di *essere* o *non essere* genitori, come quella di non procreare o di ricorrere all'aborto. Melanie B. JACOBS, "Intentional Parenthood's Influence: Rethinking Procreative Autonomy and Federal Paternity Establishment Policy", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 20, 2012, p.489-508, p. 489.

offrono le TRA di dissociare la maternità in tre elementi: il genetico, il gestazionale ed il volitivo²¹. Ci si riferirà a “madre genetica”, per indicare colei che apporta l’ovulo per la fecondazione; a “madre gestazionale”, ossia colei che porta a termine la gravidanza; infine “madre intenzionale”, ovvero colei che intende assumere il ruolo legale di madre²². I primi due coincidono con l’elemento biologico, mentre l’ultimo rappresenta l’elemento volitivo o sociale²³.

Analizziamo come gli elementi genetico - gestazionale - volitivo incidono sul concetto di maternità e cosa comporta la scissione dei tre.

In primo luogo, quando i tre elementi coincidono nella stessa donna, così come avviene in caso di procreazione naturale o per tecniche riproduttive omologhe, la situazione è chiara e

²¹ Esther FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, p. 9. Allo stesso modo, Machteld VONK individua quattro tipologie di “madri”. La prima è la madre genetica e biologica, ovvero colei che apporta ovuli e dà a luce; la seconda è la madre genetica, ovvero colei che apporta solo l’ovulo, ma non partorisce, in qualità di donatrice; la terza è la madre gestante, colei che partorisce dopo aver gestato l’ovulo di una donatrice; la quarta, infine, è la madre non biologica, ovvero colei che cresce il figlio senza essere relazionata né geneticamente né biologicamente con il minore, definita anche madre intenzionale. Machteld VONK, *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Intersentia, 2007, pp. 26-27.

²² Esther FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción..” *op.cit.*, p. 9.

²³ *Ibidem.*

non conflittuale. La madre sarà determinata tale al momento del parto.

In secondo luogo, possiamo immaginare uno scenario ove la donna si faccia ricorso a donazione di ovuli o embrioni, con l'intenzione di assumerne la maternità: vi sarebbe coincidenza solo di due elementi su tre, il volitivo ed il gestazionale, mancando quello genetico. Anche in questo caso, la mancanza di corrispondenza del dato genetico, non impedisce la determinazione della maternità a suo favore. Il valore dell'elemento gestazionale infatti è il preponderante²⁴. Come regola generale, tralasciando le eccezioni che scaturiscono dalla possibilità di partorire anonimamente²⁵, i sistemi di determinazione della maternità sono sempre ricondotti alla donna che partorisce²⁶.

²⁴ Deroga a questo principio la pratica comunemente chiamata gestazione per sostituzione (GS) o gestazione per altri (GPA) mediante la quale la donna che da a luce non intende assumere il ruolo parentale. In questa circostanza, nonostante l'elemento gestazionale, si difetta dell'elemento genetico e volitivo. Gli ordinamenti che permettono tale dissociazione dell'elemento gestazionale sono, ad oggi, la minoranza. Si rimanda al par. 9 del presente capitolo.

²⁵ Permesso in Francia (art. 326 CC) chiamato « *accouchement sous X* », Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, "Droits de la mère et Droits de l'enfant: Réflexions sur les formes de l'abandon", *Rev. Trim. Droit Civil*, 1990, p. 695; in Italia [art. 30 DPR 03/11/2000, n. 396 (G.U. n. 303 del 30 dicembre 2000)] e in Austria, Germania e Lussemburgo, citate in Michael FREEMAN, Alice MARGARIA, "Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13, n.1, 2012, p. 155 e 156.

²⁶ Nel Regno Unito non è possibile occultare la menzione materna nel certificato di nascita (*Births and Deaths Registration Act*, 1953, c. 20, § 10).

In terzo luogo, la donna che fornisce gli ovuli potrebbe volere altresí essere riconosciuta come madre legale. In questo contesto, nonostante la prevalenza di due elementi su tre - quello genetico e quello intenzionale- la risposta piú comune riguarda l'esclusione della filiazione rispetto alla donatrice. Solo nei casi di impiego del metodo ROPA²⁷ si permette una deroga a tale principio.

Si dimostra come la parentela derivata da TRA coincide solo per le tecniche omologhe con gli elementi intenzionali, genetici e gestazionali della gravidanza. Negli altri casi, che rappresentano la maggior parte dei trattamenti sottoscritti, manca sempre almeno uno di essi, pertanto le regole di determinazione della filiazione devono essere capaci di dare spazio a diverse interpretazioni di *maternità* e, qualora compiuti certi requisiti, di *comaternità*.

Nel seno di una coppia di donne, non è nemmeno necessario invertire le regole di determinazione della filiazione rispetto alla partoriente: si tratta di aggiungere un titolo di attribuzione

giacché la madre è sempre determinata per il mero fatto del parto (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008, c. 22, § 33) e non può decidere di affidare il minore in adozione finché non siano trascorse almeno sei settimane [(*Adoption and Children Act*, 2002, c. 38, § 52(3)); anche in Spagna, non è più possibile dal 1999 [(STS del 21 settembre 1999, sala 1^a, (FJ 5^o)] e così come previsto dagli artt. 113 CC, in relazione con l'art. 44 Ley del Registro Civil.

²⁷ Donazione degli ovuli della partner. *Vid. infra* par. 6.2.

della maternità aggiuntivo e equiparato a quello già esistente per la comadre.

Quanto finora descritto sottolinea la grande importanza che riveste tuttora l'aspetto gestazionale della maternità, i cui limiti sono pochi e limitati dal legislatore ai casi di GPA e di parto anonimo. Lo spazio per la comaternità genetica o di intenzione è spesso limitato, a discapito di un mancato riconoscimento dell'unione tra due donne e, come conseguenza, del nucleo familiare come tale. Tuttavia, egli ordinamenti che si trattano in questa tesi, alcuni legislatori nazionali hanno saputo accogliere un concetto di maternità in senso lato, includendo la *second female parent* quale soggetto di rilievo in sede di attribuzione della filiazione, in virtù dei requisiti che si approfondiranno.

4. Infertilità vs impossibilità di procreare

La nozione di infertilità è cambiata nel tempo: se prima si definiva come *a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse*²⁸, riferendosi esplicitamente a coppie eterosessuali, ora si aggiunge che questa può essere dovuta anche *to an impairment of a person's*

²⁸ Fernando ZEGERS-HOCHSCHILD et al. "International Committee for Monitoring Assisted..", *op.cit.*, p. 2686.

*capacity to reproduce either as an individual or with his/her partner*²⁹, includendo in tale definizione anche persone che non riescono a concepire poiché sole o in ogni caso senza un partner di sesso maschile, alludendo pertanto anche coppie di donne.

I problemi di fertilità, *stricto sensu*, sono quelli biologicamente derivanti da complicazioni mediche, ovvero un'anomalia nel funzionamento dell'apparato riproduttivo³⁰. Se in primo momento i TRA erano stati pensati come cura ai problemi di infertilità³¹ o malattie genetiche, ora si ricorre a queste altresì

²⁹ Fernando ZEGERS-HOCHSCHILD et al., "The International Glossary on Infertility... *op.cit.*, p. 401.

³⁰ Willem OMBELET, Ian COOKE, Silke DYER, Gamal SEROUR & Paul DEVROEY "Infertility and the Provision of Infertility Medical Services in Developing Countries." *Human Reproduction Update* 14, no. 6 (2008), pp. 605-621.

³¹ Così come affermato nei preamboli delle varie leggi europee in materia di TRA. Per esempio, la legge spagnola Ley 35/1988 prevedeva agli Art. 1.2 y 1.3: "2. Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. 3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de *enfermedades de origen genético o hereditario*, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas", che si mantiene pressoché invariato nella legge 14/2006, art. 1. In Francia, l'art. 2142-2 del Code de la Santé Publique (CSP) prevede che « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être *médicalement diagnostiqué* ». In Italia, l'art. 1 della legge 40/2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" stabilisce che "Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla *sterilità* o dalla *infertilità* umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita".

per offrire una soluzione alla cosiddetta infertilità sociale³² o infertilità strutturale³³. Con questa terminologia si indicano le donne che non riescono a diventare madri per non formare parte di una coppia eterosessuale, come nel caso di coppie di donne. Di conseguenza, nell'attualità, l'uso dei TRA, nonostante mantengano il proprio fine terapeutico, si è rivelato un metodo alternativo alla fecondazione naturale, ammettendo donne *non* sterili che desiderino discendenza³⁴.

5. Le conseguenze della mancata determinazione della comaternità

Quando una donna fa uso di un trattamento riproduttivo, occorre individuare se vi è un secondo soggetto, uomo o donna

³² Con queste espressioni ci riferisce al rinvio della maternità per ragioni sociali, come necessità lavorative considerate, in una certa tappa della carriera, prioritarie rispetto alla ricerca di una gravidanza. BENAVENTE MOREDA, Pilar, FARNÓS AMOROS, Esther (Coord.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX n. 2179, 2015, p. 7. Naomi R. CAHN, *Test Tube Families. Why the Fertility Market Needs Legal Regulation*, New York University Press, 2009, pp. 134-135. L'autrice introduce l'espressione di "infertilità culturale" per riferirsi all'incapacità di procreare dovuta ai costi della medicina riproduttiva, della discriminazione o degli atteggiamenti sociali e politici che restringono l'impiego di TRA, o il loro accesso mediante finanziamento pubblico, solo a determinate persone o gruppi.

³³ Pilar BENAVENTE MOREDA, Esther FARNÓS AMOROS, (Coord.), *Treinta años de reproducción asistida en España*, *op.cit.*, p. 7.

³⁴ INIESTA DELGADO, Juan José, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", in Mariano YZQUIERDO TOLSADO, Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de familia*, 2011, Vol. 5, p. 737.

che sia, che rappresenti il secondo genitore biologico, genetico o “sociale” del nascituro. Ammettendo ogni donna come destinataria delle TRA, indipendentemente dal suo orientamento sessuale, qualora questa abbia una relazione coniugale o di fatto con un'altra donna, si presenta l'opportunità-necessità di determinare la comaternità della sua compagna. Questo ci porta ad affermare che vi è una responsabilità in seno all'ordinamento giuridico per la tutela delle famiglie così formate e l'esigenza di manifestare flessibilità di fronte al concetto di famiglia creato mediante il ricorso a TRA.

Nel modello zero, l'assenza totale di un riconoscimento, provoca la creazione di una situazione di comaternità di fatto che vulnera non soltanto il diritto della comadre che non può operare legalmente come tale, ma anche del figlio stesso al quale viene riconosciuto solo un genitore pur avendone, *de facto*, due.

L'interesse superiore del minore rappresenta una delle ragioni fondamentali per convenire sulla necessità di uniformità e regolazione della comaternità. Dal punto di vista del nascituro, la comaternità legale rispetta l'interesse del minore poiché offre sicurezza e protezione giuridica al figlio nato da TRA, formando parte a tutti gli effetti del nucleo familiare nei confronti di entrambe le donne e le rispettive famiglie. Al

contrario, determinandosi solo la maternità della partoriente, si attenterebbe all'interesse di quest'ultimo³⁵.

La differenza non è solo terminologica. Basti pensare che la mancata determinazione della filiazione determina conseguenze di natura personale, patrimoniale e fiscale come, ad esempio, diritti successori, diritto al cognome, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale e materiale, custodia e sostegno dei figli, diritto ai permessi ospedalieri, scolastici e lavorativi. Diritti e doveri reciproci che si vedono vulnerati in caso d'assenza del riconoscimento del vincolo legale con la comadre³⁶.

³⁵ Empiricamente provato che è altamente compatibile con l'interesse superiore del minore il riconoscimento di più di una figura materna. Alison DIDUCK, Felicity KANAGAS, *Family law, gender and the state: text, cases and materials*, 2^a ed., Oxford, Hart, 2006, p. 120-122.

³⁶ Tra quelli che, ad esempio, il governo britannico sottolinea come i vantaggi, gli obblighi e le responsabilità che derivano dal riconoscimento della comadre come tale (in vita), vi sono: potersi esprimere in caso di una procedura di adozione ed, eventualmente, opporsi ad essa; essere parte in un eventuale processo giudiziale che riguardi il minore; la nominare un tutore; acconsentire al matrimonio del figlio minore emancipato; dare il consenso valido per il trattamento medico del suo bambino (salvo che non spetti al minore dare il proprio consenso o obiettare al trattamento proposto); il diritto di accedere alle cartelle cliniche del figlio; ritirare il bambino dall'educazione sessuale e dalle classi di educazione religiosa e presentare rimostranze alle scuole per quanto riguarda l'educazione del bambino; richiedere documenti come il passaporto o il libro di famiglia; completa protezione in materia di, ad esempio, sottrazione di minori. <https://www.gov.uk/government/publications/dealing-with-issues-relating-to-parental-responsibility/understanding-and-dealing-with-issues-relating-to-parental-responsibility> (ultimo accesso 28.3.2020).

Ecco un esempio di possibili limiti che possono incontrare le comadri, specialmente in occasione di approvazione internazionale della propria unione. In un peculiare caso affrontato dal tribunale di prima istanza dell'Aia C/09/503074 del 13 maggio 2016³⁷ la comaternità era stata determinata dalle autorità olandesi per riconoscimento rispetto alla madre di intenzione al momento della nascita. Tuttavia, le due donne, di nazionalità polacca, hanno riscontrato limiti imposti dalle autorità del proprio paese d'origine in occasione della richiesta del passaporto del minore. Dato che il certificato di nascita attestava che il bambino era figlio di due donne, la richiesta del documento di identità è stata respinta. Il fatto che il minore non disponga del passaporto polacco restringe il suo diritto di movimento e, di conseguenza, quello della famiglia di circolare liberamente al di fuori dei limiti geografici olandesi. In definitiva, la coppia si è vista costretta ad annullare il riconoscimento effettuato dalla madre non gestante ed a richiedere nuovamente il rilascio del documento, sollecitato unicamente dalla madre biologica in qualità di "madre single". Le autorità olandesi hanno assicurato alle donne l'annullamento del provvedimento di riconoscimento e la

37

Consultato

qui

<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:5263> (ultimo accesso 11.02.2020)

restaurazione, in via eccezionale, della comaternità non appena conseguito il passaporto³⁸.

Tale procedura ha garantito il rilascio di quanto richiesto, ma ha comportato lo scioglimento “legale” di una famiglia previamente fondata e organizzata tra due donne. Il mancato riconoscimento di unioni tra persone dello stesso sesso e rispettive famiglie, comporta un grave pregiudizio per tutti i componenti del nucleo familiare.

Infine, se già la determinazione della comaternità è difficile in circostanze comuni, il caso si fa ancora più complesso qualora sopravvengano altre circostanze, come crisi di coppia o di morte. Negli ordinamenti del modello zero, difficilmente la comadre ostenterebbe lo status di madre. Mi riferirò a queste ipotesi quali variabili comuni nei prossimi capitoli.

6. La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in materia di comaternità

Per comprendere il contesto nel quale si inquadra il tema della comaternità, si offre una breve panoramica sulle timide e limitate pronunce che hanno interessato, in maniera indiretta, la determinazione della filiazione rispetto a due donne.

³⁸ ECLI:NL:RBDHA:2016:11502 Rechtbank Den Haag, 22-09-2016, C/09/503074 / FA RK 16-100 Il giudice olandese ha anche avanzato l’ipotesi di naturalizzare il minore, per garantirne la più estesa delle tutele.

Tralasciando i casi di accesso a trattamenti riproduttivi, si approfondiscono le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (Corte EDU) che vertono su due principali questioni: a) la possibilità di determinare la comaternità per adozione, e b) la convenienza di estendere la presunzione di paternità anche a coppie di donne.

a) Comaternità per adozione

Il primo caso che analizziamo che ha avvicinato la corte al tema della comaternità è *Gas e Dubois v. Francia* (n. 25951/07, quinta sezione, del 15 Marzo 2012). Questo ha riguardato una coppia di donne francesi unite da un patto civile di solidarietà (PACS). Una delle due ricorrenti era madre biologica di un bambino concepito mediante TRA. Secondo il diritto francese, era l'unico genitore. Le autorità francesi avevano negato all'altra ricorrente di ricorrere all'adozione del figlio della partner, riscontrando -sorprensamente- la non conformità con l'interesse del minore (§ 62).

La Corte EDU, dopo aver comparato la situazione di coppie sposate e PACS³⁹, ha ritenuto infatti che le ricorrenti non si trovassero in una situazione giuridica assimilabile a quella

³⁹ Nel diritto francese vigente al momento del ricorso, solo le coppie *sposate* potevano optare per l'adozione semplice, ed il matrimonio era possibile solo tra persone di sesso opposto, motivo per cui l'autorità statale aveva rifiutato di portare la richiesta.

delle coppie sposate (§ 68)⁴⁰, le quali godono di una protezione giuridica piú ampia in virtú del matrimonio. La Corte ha supportato la scelta del legislatore francese che aveva denegato la possibilità di ricorrere all'adozione, senza neppure contemplare le conseguenze pregiudizievoli nei confronti del bambino (§ 62)⁴¹, concludendo pertanto che la decisione delle autorità francesi non violasse l'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) in relazione con l'art. 8 CEDU.

Nella causa *X e altri v. Austria* (n. 19010/07)⁴², Grande Chambre, del 19 febbraio 2013), il tribunale affronta il caso di un'altra coppia di donne austriache, da anni una relazione stabile⁴³. Dopo aver chiarito che il matrimonio vanta delle prerogative diverse e maggiori rispetto a una situazione convivenziale in

⁴⁰ Il panorama giuridico francese é cambiato in seguito alla promulgazione della Legge n° 2013-404, del 17 maggio 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* (JORF n°0114 del 18 maggio 2013), che ha reso possibile il matrimonio e l'adozione congiunta o del figlio del coniuge, da parte di persone dello stesso sesso.

⁴¹ L'unico riferimento circa l'interesse superiore del minore di non essere discriminato per esser nato nel seno di una coppia dello stesso sesso è rimarcato dalla dissenting opinion (giudice VILLIGER) nella quale si afferma la violazione degli art. 14 e 8 CEDU.

⁴² Prima sezione del 5 giugno 2012, che si è ritenuta incompetente, rimettendo il caso alla Grande Chambre.

⁴³ Anche in questo caso, all'epoca il matrimonio tra persone dello stesso sesso non era contemplato (art. 44 CC). Le unioni registrate tra queste è entrata in vigore solo successivamente al ricorso (1 gennaio 2010).

tema di diritti genitoriali e accesso alla procreazione assistita⁴⁴, il tribunale si sofferma sulla possibilità di adottare il minore nonostante l'assenza di vincolo coniugale.

La legge austriaca non permetteva alle coppie omosessuali non sposate di accedere all'adozione del figlio dell'altro/a. Tuttavia, questa opportunità era disponibile per le coppie eterosessuali non sposate. Comparando le due situazioni, la Corte EDU ha terminato affermando che vi è stata violazione dell'articolo 14 CEDU, in combinato con l'articolo 8 CEDU. Inoltre, sembra che questa volta l'interesse superiore del minore abbia guidato la sensata decisione della Corte EDU, riportando sotto esame quello che è un principio base della Convenzione⁴⁵. Con questa pronuncia, infine, la Corte afferma che l'idoneità genitoriale non può basarsi unicamente sull'orientamento sessuale dei ricorrenti⁴⁶.

⁴⁴Articolo 2 § 1 della legge sulla procreazione artificiale, *Fortpflanzungsmedizingesetz*. La normativa è ora cambiata (in vigore il 25 febbraio 2015), in seguito alla sentenza 16/2013 della Corte Costituzionale austriaca, ed ammette l'accesso a TRA anche coppie di donne, ma lo esclude a donne sole. Parimenti, dal 1° Agosto 2013, è inoltre permessa la a person living "second-parent adoption". *Vid.* Erich GRIESSLER, Mariella HAGER, "Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technology in Austria", *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 3, 2016, pp. 68-76.

⁴⁵ In particolare, la *Convenzione sui diritti del fanciullo*, ed il principio dell'interesse superiore del minore come descritto in *E.B. v. Francia* (§ 95).

⁴⁶ Anna Maria LECIS e Cocco ORTU, "L'adozione in seno ad una coppia omosessuale registra il primo successo davanti alla Corte di Strasburgo: "due padri" o "due madri" non possono essere ritenuti inadeguati a crescere

Il caso dell'adozione per determinare la comaternità dipende, in definitiva, dalla disciplina interna di ogni ordinamento. Semmai il trattamento giuridico tra coppie sposate eterosessuali e coppie sposate omosessuali -ove possibile-, e unioni analoghe tra persone di sesso opposto o dello stesso sesso risulta discriminatorio, allora si ammetterá la violazione della CEDU e, conseguentemente, l'aggiornamento della disciplina in tema di adozione⁴⁷. In questo contesto, dunque, la comaternità è un effetto collaterale delle sentenze, ma non è stata definita autonomamente quale meccanismo idoneo o "sperato" per porre fine a situazioni di fatto di disuguaglianza tra minori nati nel seno di una coppia di donne con quelli nati in una unione eterosessuale.

b) Comaternità per presunzione

Il tema della comaternità è emerso solamente in maniera marginale in *Boeckel e Gessner-Boeckel v. Germania*, (n. 8017/11, quinta sezione, del 7 maggio 2013). Nel caso, le ricorrenti, in seguito ad una TRA portata a termine all'estero, rivendicano l'applicazione della presunzione di paternità nei confronti

un figlio", *Rivista di Diritti Comparati*, 11.04.2013. Disponibile qui: <https://www.diritticomparati.it/ladozione-in-seno-ad-una-coppia-omosessuale-registra-il-primo-successo-davanti-alla-corte-di-strasbu/> (ultimo accesso 11.10.2020).

⁴⁷ A parità di stato civile (in entrambi i casi le donne non erano), il dato che ha inciso e sottolineato la differenza, a solo un anno di distanza, tra i casi *Gas e Dubois* e *X e altri*.

della comadre, nonostante avessero previamente ottenuto il riconoscimento di questo status attraverso l'adozione del figlio della partner.

Non soddisfatte, decidono di rivolgersi alla Corte EDU, sostenendo che fosse stato violato l'art. 14 CEDU, in concordanza con l'art. 8 CEDU. In concreto, si allegava la mancata applicazione della presunzione di comaternità, in maniera analoga a ciò che sarebbe avvenuto se la coppia fosse stata composta da un uomo ed una donna. In diritto, purtroppo il caso fu considerato inammissibile perché la donna aveva già ottenuto, grazie al procedimento di adozione, il fine che voleva perseguire.

Allo stesso modo, nella richiesta di *R.F. e altri v. Germania* (n. 46808/16) la Corte ha dichiarato l'ammissibilità del caso, applicando, *mutatis mutandi*, quanto sostenuto in *Boeckel e Gessner-Boeckel v. Germania*. È vero che i due casi presentano analogie, ma c'è un dettaglio che fa la differenza. In *R. F.*, infatti, la coppia aveva fatto ricorso al metodo ROPA⁴⁸ e si appellava non solo alla mancata determinazione della comaternità in maniera automatica dalla nascita, ma anche al mancato riconoscimento del vincolo gestazionale e genetico in capo ad entrambe le donne. Sarebbe stato interessante

⁴⁸ *Vid. Infra*, par. 6.2.

esplicitare il ragionamento della Corte sul punto, oltre che rispetto all'estensione della presunzione che opera nel quadro di un'unione maritale, per vedere se in questo contesto l'aspetto genetico avrebbe fatto la differenza.

Da ultimo, anche il caso *B and D v. Austria*, (n. 40597/12, quinta sezione, del 23 novembre 2017), ha seguito le orme di *Boeckel e Gessner-Boeckel v. Germania*, giacché la coppia aveva fatto già perseguito la determinazione della maternità rispetto alla comadre mediante l'adozione del figlio della partner.

Ad ogni modo, ritengo che anche in assenza di adozione, la Corte EDU difficilmente avrebbe promosso il ricorso alla presunzione di comaternità in caso di due donne. Lo stato attuale della questione dimostra infatti che, nel panorama europeo, non vi sia un *consensus* che determini l'imposizione, da parte delle autorità, di un regime specifico né in tema di relazioni omosessuali, né, specificamente, in tema di comaternità. Il margine di apprezzamento di cui dispone ogni stato è lo scudo dietro il quale si riparano la maggior parte delle sentenze della Corte.

L'impressione generale che ne deriva è che il tema della comaternità sia stato abilmente schivato soprattutto nel caso *Boeckel e Gessner-Boeckel*, argomentando che l'adozione avesse già sopperito alle esigenze per le quali le protagoniste avevano presentato ricorso. Credo che si siano sprecate varie occasioni

per definire se sussiste o meno un diritto in capo ai genitori intenzionali di essere riconosciuti legalmente tali sin dal momento della nascita del minore.

Data la mancanza di una chiara tendenza “europea” sulla comaternità, ricorrerò alle soluzioni che, dal diritto comparato, sollecitano l’implementazione della normativa in materia di TRA per famiglie omoparentali⁴⁹, e in particolare, coppie di donne, sia per i paesi che già dispongono di una parziale regolamentazione, sia per quelli che tuttavia difettano della stessa.

7. Accessibilità a trattamenti riproduttivi: il turismo riproduttivo

I problemi principali derivati dalla mancanza di una disciplina europea uniforme in ambito di medicina riproduttiva e di filiazione rispetto ai nati da trattamenti di procreazione assistita sono vari. Da una parte, persiste la difficoltà, in certi contesti, di accedere a trattamenti riproduttivi. Dall’altra, anche qualora questo sia permesso, la regolazione della filiazione risultante può essere inadeguata.

⁴⁹ Martine GROSS, *Qu’est-ce que l’homoparentalité?*, Petit Bibliothèque Payot, Paris, 2012, p. 7. L’autrice definisce omoparentalità “Toutes les situations dans lesquelles au moins un adulte qui s’auto-identifie comme homosexuel est le parent d’au moins un enfant”.

Le differenze che presentano le leggi nazionali in materia di accesso alla TRA hanno fomentato il *circumvention tourism*⁵⁰. Il turismo riproduttivo include tutte le forme di commercio internazionale di beni e servizi pertinenti all'ambito medico riproduttivo, comprendendo sia la "cura formale" transfrontaliera, offerta dalla sanità pubblica, sia l'assistenza "informale", organizzata da cliniche e professionisti privati⁵¹, nonostante non tutti dispongano dei mezzi economici per far fronte agli elevati costi della TRA⁵².

Tra le altre, le ragioni principali che motivano due donne alla ricerca di una valida soluzione all'estero sono almeno tre: i problemi di *accesso* per via del loro orientamento sessuale o del loro stato civile; quelli relativi al *tipo di trattamento* proposto in distinti contesti; infine quelli relativi alla possibile scelta tra un donatore anonimo o identificabile.

⁵⁰ Wannes VAN HOOFF, Guido PENNING, "Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity", *European Journal of Health Law*, n.19, 2012, pp. 187-200.

⁵¹ Gkd CROZIER, Dominique MARTIN "How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches", *Developing World Bioethics*, Volume 12, n. 1, 2012, p. 45.

⁵² In particolare, per la popolazione LGBT. QUEERS FOR ECONOMIC JUSTICE, *A Fabulous Attitude: Low-Income LGBTGNC People Surviving & Thriving On Love, Shelter, & Knowledge*, 2010 <http://thevaidgroup.com/wp-content/uploads/2015/10/afabulousattitudefinalreport.pdf> (ultimo accesso 30.03.2019)

7.1. Difficoltà di accesso a tecniche riproduttive

Come menzionato, se da una parte vi sono Stati che ammettono indistintamente ogni donna come potenziale beneficiaria di una TRA, senza operare distinzioni in base all'orientamento sessuale, dall'altra molti paesi limitano il suo accesso ad una cerchia limitata di utenti. Ad esempio, si esige che la donna sia sposata o convivente, membro di una coppia di persone di sesso diverso, nella quale il marito o il compagno acconsentono a fare uso di TRA⁵³. Nei contesti in cui le coppie di donne non sono ammesse a nessun trattamento riproduttivo, queste possono eludere la proibizione recandosi all'estero, dove possono accedere ai trattamenti congiuntamente oppure in qualità di donne sole, seppur di fatto accoppiate⁵⁴. I problemi di accesso non risolvono pertanto i problemi derivati dalla mancata determinazione della comaternità.

⁵³ Cfr Carlos CALHAZ-JORGE et al., "Survey on ART and IUI: legislation...", *op.cit.*, p. 3, rispetto agli undici paesi che non ammettono altri utenti che coppie eterosessuale e altri quattordici che non permettono l'accesso a coppie di donne.

⁵⁴ Ad esempio, in un paese che ammette solo coppie eterosessuali (es. Italia o Francia), una coppia di donne potrebbe scegliere a) una meta dove si ammettano coppie omosessuali (es. Spagna o Belgio), o b) andare in un paese dove si ammettano single (es. Croazia o Grecia). I problemi di riconoscimento della comaternità che si troverebbero una volta rientrate nel proprio paese d'origine sarebbero analoghi.

7.2. Diversificazione dei trattamenti riproduttivi per coppie di donne

La seconda causa che fomenta il turismo riproduttivo riguarda *l'offerta di uno specifico trattamento*. Innanzitutto, occorre distinguere tra tecniche omologhe e tecniche eterologhe. Mentre le prime sono quelle dove venga impiegato il materiale genetico della coppia, per tecniche riproduttive di tipo eterologo si intendono tutte le pratiche mediche che coinvolgono l'impiego di materiale genetico di (almeno) un terzo, quali donatori di sperma o di ovociti.

In generale, le tecniche più richieste dalle coppie di donne sono l'inseminazione artificiale con seme di donatore (IAD) e la fecondazione in vitro (FIV). Tuttavia, da quanto è possibile la tecnica *Reception of Ocytes from Partner (ROPA)*, nota anche come *shared motherhood*⁵⁵ o *recepción de óvulos de la pareja*⁵⁶, le

⁵⁵ O chiamata anche *partner-assisted reproduction, partner IVF, co-IVF*. In questa tesi si userà unicamente il termine ROPA per indicare tale metodo riproduttivo.

⁵⁶ Questa tecnica, dapprima introdotta in Spagna, in un primo momento non era disponibile nei centri riproduttivi poiché esclusa dalle tecniche disciplinate dall'allegato alla LTRHA (art. 2.1). È stato necessario attendere il parere positivo della Commissione Nazionale di Riproduzione Umana Assistita (CNRHA) che, il 4 dicembre 2008, ha emesso una relazione favorevole che ha di fatto introdotto il metodo ROPA tra i servizi offerti a coppie di donne. La relazione non è stata pubblicata, ma la notizia è disponibile qui: Celeste LÓPEZ, "Vía libre para la donación de óvulos fecundados entre lesbianas. Dos mujeres podrán participar en la concepción de su hijo. El informe de la Comisión de Reproducción Asistida acaba así con un vacío legal", *lavanguardia.es*, 16.12.2008 (ultimo accesso 18.09.2020).

cliniche riproduttive hanno registrato un vertiginoso boom di interesse da parte di coppie di donne⁵⁷.

Grazie al metodo ROPA, conosciuto più comunemente come «maternità condivisa», si ammette l'eccezione della donazione di ovuli non anonima e si consente ad entrambe le donne di partecipare più intensamente al progetto parentale. Una delle due fornisce l'ovulo che, una volta fecondato, viene impiantato nell'utero della compagna, colei porterà a termine la gravidanza. La scelta di optare per questa pratica permette, alle coppie di donne, di essere entrambe biologicamente vincolate con l'embrione creato, rendendole protagoniste del proprio progetto parentale⁵⁸. Con questa tecnica si parla di comaternità nel pieno senso dell'espressione, poiché ambedue

⁵⁷ Il mercato della medicina riproduttiva è molto proficuo in Spagna, dove è ben chiaro l'interesse delle cliniche a promuovere il metodo ROPA per coppie di donne, *vid.* per esempio, <https://institutomarques.com/reproduccion-asistida/tratamientos/mujeres-sin-pareja-masculina/el-metodo-ropa/> (ultimo accesso: 18.09.2020) <https://www.eugin.es/fecundacion-in-vitro/metodo-ropa/> (ultimo accesso: 18.09.2020) <https://www.dexeus.com/reproduccion-asistida/metodo-ropa> (ultimo accesso: 18.09.2020)

⁵⁸ In uno studio condotto su 80 coppie di donne, 21 di queste hanno scelto di impiegare il metodo ROPA. In questo si dimostra che il motivo per il quale avessero optato per tale tecnica, fosse il desiderio di condividere la gravidanza dal punto di vista biologico. Questa "shared reproductive experience" le faceva sentire entrambe partecipi. Tale pratica ha confermato, inoltre, un'alta possibilità di successo nel portare a termine la gravidanza (76% delle coppie esaminate). Arielle YESHUA, Joseph A. LEE, Georgia WITKIN, Alan B. COPPERMAN, "Female Couples Undergoing IVF with Partner Eggs (Co-IVF): Pathways to Parenthood", *LGBT Health*, Vol. 2, n. 2, 2015, pp. 135-139.

si trovano coinvolte nel processo procreativo: la prima *geneticamente*, la seconda *gestazionalmente*, entrambe *volutamente*. Per questo motivo, nonostante sia sempre necessario l'ausilio di un terzo (donatore di seme) ritengo che la tecnica ROPA possa rientrare nel concetto di "tecniche omologhe". La scelta di chi sarà la madre genetica e chi quella gestante è spesso basata sull'età o fattori esterni ad essa⁵⁹, ma in ogni caso non dovrebbe precludere la determinazione della comaternità a favore di entrambe.

Il metodo ROPA è permesso solo in alcuni ordinamenti⁶⁰. In generale, più ampia è la scelta tra servizi disponibili, maggiore sarà il potenziale impatto sul turismo riproduttivo e, di conseguenza, più la coppia di donne sarà richiamata dalla convenienza dell'utilizzo di queste. Convenienza da intendersi in un duplice senso, ovvero sia per convenienza economica, dovuta alla differenza di prezzo riscontrata⁶¹, sia per

⁵⁹ Possono influire sulla scelta anche l'assicurazione sanitaria, i congedi parentali e flessibilità degli orari lavorativi. Jennifer M. CHABOT, Barbara D. AMES, "It Wasn't 'Let's Get Pregnant and Go Do it'": Decision Making in Lesbian Couples Planning Motherhood via Donor Insemination", *Family Relationship*, Vol. 53, n. 4, 2004, p. 353.

⁶⁰ In Europa, è possibile, ad esempio, in Spagna, Cipro, Ucraina e Regno Unito. In altri paesi, anche in quelli che ammettono coppie di donne, non è permessa l'ovodonazione (es. Germania).

⁶¹ I fattori di costo e tempo di attesa sono decisivi nella scelta della meta, potendosi notare un alto grado di disparità tra settore pubblico e privato. I paesi che dispongono di un numero elevato di donanti, grazie ad elementi determinanti quali (1) la politica della compensazione ragionevole, (2) la politica dell'anonimato, possono offrire i loro servizi a prezzi inferiori. Per

convenienza personale, ovvero per il diritto di scelta che soggiace al soddisfacimento di una richiesta specifica, intima e privata, come quella riproduttiva.

7.3. Tendenza europea rispetto all'anonimato di donatori e donatrici

Un ulteriore fattore importante nella scelta di dove intraprendere il proprio progetto procreativo è quello inerente all'anonimato dei donatori di materiale genetico necessario per i TRA.

L'Europa rimane un mosaico di legislazioni locali sul modo in cui i suoi principali trattamenti di fertilità sono controllati e messi a disposizione del pubblico. Tuttavia, è riscontrata una (giusta) tendenza verso l'omogeneità in un numero crescente di giurisdizioni rispetto alla rimozione dell'anonimato dei donatori di spermatozoi e di ovuli.

L'imposizione dell'anonimato dei donatori è tuttora in vigore in 18 paesi⁶². In alcuni di questi, l'anonimato si applica ai

questo motivo, nel settore privato, nonostante i costi siano più elevati, i tempi d'attesa sono pressoché azzerati. Occorre tener presente che si tratti di una tecnica costosa e disponibile in pochi ordinamenti, definita da alcuni come una scelta privilegiata. Francesca Rebecca ACOCELLA, "Love Is Love: Why Intentional Parenting Should Be the Standard for Two-Mother Families Created through Egg-Sharing", *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics Journal*, Vol. 14, 2016, p. 487.

⁶² Tra cui la Francia, dove gli sviluppi normativi sono suscettibili di modificare questo requisito. EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, *Europe moves towards complete statutory regulation of*

destinatari, ma i bambini nati possono avere accesso all'identità dei donatori quando superano un'età definita (Austria, Croazia, Finlandia, Malta, Portogallo, Regno Unito). In Germania e in Svizzera, dove non è consentita la donazione anonima, i beneficiari possono portare il proprio donatore a fornire materiale genetico destinato unicamente alla coppia prestabilita⁶³ e senza implicazioni in ambito di filiazione.

Tradizionalmente, la maggior parte dei paesi ha favorito modelli di donazione anonima, limitando così il diritto delle persone concepite grazie alle TRA a conoscere le proprie origini. L'opinione maggioritaria attualmente promuove e sostiene che debba essere eliminata tale prerogativa, senza effetto retroattivo, per tutelare i donatori ai quali era stato promesso l'anonimato⁶⁴, salvo per motivi medici o se il donatore ha acconsentito alla revoca dell'anonimato⁶⁵. Tra i

assisted reproduction, 6 febbraio 2020, disponibile qui: <https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe> (ultimo accesso 17.11.2020).

⁶³ *Ibidem*, p.2.

⁶⁴ Altrimenti considerato ingiusto nei confronti del donatore che ha fatto affidamento sull'allora vigente legislazione. Contro la retroattività della normativa in ambito di donazione a fini riproduttivi, ed in particolare nel contesto australiano, *vid* Guido PENNINGS, "How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity", *Human Reproduction* Vol. 27, n. 10, 2012, pp. 2881-2885.

⁶⁵ COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, del 20 febbraio 2019, disponibile qui: <https://pace.coe.int/pdf/dc066bbaf2b57936641d184ca8e32bc741a310ef33>

Paesi che hanno adottato una politica a favore dell'accesso ai dati identificativi dei donatori, si offre ai concepiti la possibilità di conoscere l'identità di questi una volta raggiunta la maturità sufficiente, solitamente coincidente con la maggior età, come in Svezia -primo paese in Europa a eliminare l'anonimato nel 1985-, Paesi Bassi, Svizzera, Austria, Germania, Regno Unito e Islanda⁶⁶. Parimenti, in Regno Unito e nei Paesi Bassi, anche i genitori intenzionali e i donatori possono accedere a informazioni generiche, rispettivamente rispetto ai donatori e ai concepiti.

Oltre alla scelta categorica tra proibizione e obbligo rispetto all'anonimato, vi è anche una via intermedia, c.d. *double track*⁶⁷, che lascia i donatori liberi di scegliere se voler rimanere sconosciuti per gli utenti e per i minori nati, oppure se poter essere un domani identificati. Questa politica a doppio binario per l'anonimato può rappresentare un buon tentativo per bilanciare i diritti dei donatori, dei genitori e concepiti mediante TRA. Per i diciotto ordinamenti europei che ancora prevedono l'assoluta protezione dell'identità dei donanti,

[26667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2014835.pdf](https://www.coe.int/t/e/treaties/Convention_on_the_Rights_of_Children/Protocol_to_the_Convention_on_the_Rights_of_Children/26667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2014835.pdf) (ultimo accesso 17.11.2020).

⁶⁶ Laurence BRUNET, "Donor anonymity and right of access to personal origins", *Council of Europe*, 22 febbraio 2018, p. 6.

⁶⁷ Guido PENNINGS, "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, vol. 12, n. 12, pp 2839-2834.

potrebbe essere una soluzione transitoria capace di accontentare le esigenze di tutti i soggetti coinvolti.

Poter scegliere se un domani il proprio figlio possa identificare una figura biologica maschile è, per alcune future madri, un elemento decisivo⁶⁸. Ritengo che la tendenza di rimuovere definitivamente l'anonimato del donante possa essere benefica per tutte le parti coinvolte: le comadri potrebbero avere accesso ad un donante conosciuto, una persona fidata o una persona che, oltre a provvedere con il proprio materiale genetico, si dimostra altresì interessato al benessere del minore e, un domani, a conoscerlo. D'altro canto, in questo modo si salvaguarda l'interesse superiore del minore a conoscere il proprio origine biologico, senza che questo implichi alcuna assunzione di responsabilità né di filiazione. La mera possibilità di risalire alla persona che ha fornito una parte importante del DNA del minore è un progresso dal punto di vista medico, per esempio, per poter risalire allo storico di possibili malattie ereditarie, così come emotivo, potendo conoscere l'identità del donatore o della donatrice. I timori di alcuni, fondato sulle possibili controversie in tema di filiazione del minore o referenza parentale, celano invero un interesse

⁶⁸ Allo stesso modo, può essere altresì motivo per cui si decida di ricorrere ad una pratica riproduttiva all'estero dove non vi sarà un'interferenza da parte del donatore o nei confronti del donatore.

economico delle lobby riproduttive⁶⁹ che, come dimostrato dai dati forniti da paesi che hanno già da tempo abolito tale l'anonimato, perderebbero molti potenziali donatori che non vogliono implicazioni future una volta effettuata la donazione⁷⁰.

Al momento, il dibattito è aperto in Spagna, che deve gran parte del successo dei suoi trattamenti riproduttivi alla vasta disponibilità di donatori e donatrici, la qual cosa influisce sul corto tempo d'attesa per i pazienti, una maggior possibilità di trovare il fenotipo corrispondente per ognuno di essi, ad un prezzo competitivo. Tuttavia, il COMITATO DI BIOETICA raccomanda al governo di rimuovere l'anonimato nella donazione di ovuli e sperma per riproduzione assistita a favore del diritto all'identità del minore a conoscere le proprie origini⁷¹, modificando quanto stabilito attualmente dall'art. 5.5

⁶⁹ ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR), "El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos", *ABC*, 7 febbraio 2020 https://www.abc.es/sociedad/abci-comite-bioetica-pide-gobierno-acabe-anonimato-donantes-esperma-y-ovulos-202002061758_noticia.html?ref=https:%2F%2Fproiser.com%2F (ultimo accesso 1.11.2020).

⁷⁰ Lucy FRITH, Eric BLYTH, Abigail FARRAND, "UK gamete donors' reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment", *Human Reproduction*, Vol. 22, n. 6, 2007, pp. 1675-1680.

⁷¹ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico*, del 15 gennaio 2020, disponibile qui: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20)

LTRHA e contro il parere di esperti che annunciano una drastica diminuzione dei trattamenti riproduttivi. Si auspica che, dopo anni di mancanza assoluta di controllo sui donatori e sul numero di figli nati grazie allo stesso donatore o donatrice⁷², si abolisca una volta per tutte l'anonimato e si creino i registri corrispondenti allo scopo di assicurare gli interessi di tutte le parti in gioco.

Per garantire il diritto dei minori all'accesso ai dati identificativi dei donatori, reputo necessario, in generale, istituire, in ogni paese o, meglio ancora, a livello europeo, un registro centrale gestito da cliniche e centri autorizzati che, oltre all'immagazzinamento del materiale genetico, provvedano alla conservazione delle informazioni in questione, per consentire agli interessati di accedervi qualora la legge lo preveda e, in ogni caso, al raggiungimento della

[20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf](#)

⁷² Si noti che il registro dei donanti è attivo solo dall'anno 2018, nonostante fosse previsto per la prima volta nel lontano 1988 dalla, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, DF 3ª, (BOE-A-1988-27108) e attualmente prevista dall'art. 21 LTRHA. Il sistema si sta attualmente implementando mediante la piattaforma SIRHA <https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/donantes/aspectosLegales/home.htm> (ultimo accesso 16.11.2020). Per un approfondimento sul tema, *vid.* Itziar ALKORTA IDIAKEZ, Esther FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, Vol. 7, n. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), pp. 148-178; Esther FARNÓS AMORÓS, "Donor anonymity, or the right to know one's origins?", *Catalan Social Sciences Review*, n. 5, 2015, pp. 1-10.

maggiore età da parte di coloro che sono stati concepiti via TRA. Tale cambiamento non comporterebbe in nessun caso la determinazione della filiazione a favore dei donatori di seme o di ovociti, né l'eventuale reclamo dello stato di figlio o di responsabilità parentali. Mi auguro che si possa porre in essere questo cambiamento optando per una soluzione intermedia o *double track*, o per la soppressione definitiva dell'anonimato di donatori e donatrici, senza effetti retroattivi. Questo farebbe probabilmente cessare una parte importante del flusso generato dal turismo riproduttivo⁷³ e garantirebbe alle famiglie omoparentali di poter effettuare una scelta consapevole a favore di loro stesse e dei figli che nasceranno.

8. Dati sull'accesso ai trattamenti da parte di coppie di donne

Comprendere la dimensione del fenomeno circoscritto all'accesso a TRA da parte di coppie di donne non è semplice. Non esistono, in tutti i paesi, registri centralizzati dove emergano tutte le informazioni sui trattamenti riproduttivi e,

⁷³ C'è chi argomenta che permettere questo "traffico" sia giustificato quale espressione del rispetto della diversità (*vid.* Guido PENNING, "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, Vol. 19, n. 12, 2004, p. 2694) e chi si dimostra più preoccupato da questo flusso incontrollato (*vid.* Britta VAN BEERS, "Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review*. Vol. 23, n. 1, 2015, pp. 103-134).

soprattutto, i dati statistici non si basano sull'orientamento sessuale delle interessate, ma si limitano a considerare lo stato civile di queste. Tra coloro che dichiarano di formar parte di una relazione o di essere sposate, appare impossibile discernere quali lo siano con una partner di sesso femminile⁷⁴.

Uno dei paesi che dispone di dati piú dettagliati in materia è il Regno Unito. Dagli ultimi dati che offre l'*Human Fertilisation and Embryology Authority*, nel 2018, i TRA hanno registrato un aumento del consumo da parte di pazienti in relazioni omosessuali femminili (6,4%), donne sole (3,2%) o surrogate (0,4%)⁷⁵. La maggior parte di coppie di donne ha fatto ricorso alla IAD, dimostrando che le "pazienti" sono probabilmente alla ricerca di un trattamento riproduttivo per accedere a materiale genetico di un donatore piuttosto che per motivi di

⁷⁴ Questo è quello che evidenziano, ad esempio, i report di FIVCAT.NET, "Estadística de la reproducció humana assistida a Catalunya, 2014", *Departament de Salut*, Barcelona, ottobre 2017, p. 22-25. https://scientiasalut.gencat.cat/bitstream/handle/11351/3115/estadistica_reproduccio_humana_assistida_catalunya%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ultimo accesso 01.12.2020)

⁷⁵ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Family formations in fertility treatment 2018. UK IVF and DI statistics for heterosexual, female same-sex and single patients*, 22 Settembre 2020, p. 4. <https://www.hfea.gov.uk/media/3234/family-formations-in-fertility-treatment-2018.pdf> (ultimo accesso 01.12.2020)

infertilità⁷⁶. Anche la FIV ha aumentato il proprio successo tra coppie di donne, passando dal 27% nel 2008 al 45% nel 2018⁷⁷.

9. Delimitazione dello studio

Per motivi di pertinenza, esulano dallo studio due importanti tematiche che, seppur non si approfondiranno in questa tesi, vale la pena quantomeno commentare. Il primo si riferisce all'esclusione della filiazione rispetto a coppie di uomini, ed il secondo fa riferimento ad un tipo di pratica procreativa portata a termine al di fuori da centri organizzati, definita anche come autoinseminazione.

a) Coppie di uomini: la gestazione per altri

La ragione di esclusione delle coppie di uomini è di natura biologica. Una donna può, per natura, procreare grazie alla sola donazione di materiale genetico maschile⁷⁸ e portare a

⁷⁶ La IAD è, tra le tecniche riproduttive, un processo più "semplice", poiché il seme maschile è iniettato direttamente nell'utero della donna e dunque non è necessario un processo di FIV. Questo dato ci conferma, indirettamente, che la donna che si sottomette a TRA non soffre di alcun problema di sterilità medica in senso stretto, ma più probabilmente di infertilità strutturale. Per la spiegazione dettagliata si rimanda al par. 3 del presente capitolo.

⁷⁷ I trattamenti totali portati a termine nel seno di coppie di donne tra Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord sono stati 4750 nell'anno 2018. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Family formations in fertility.. op.cit.* p. 9.

⁷⁸ O, nel caso di soffrire di infertilità, grazie a ovodonazione o embriondonazione.

termine la propria gravidanza. Quando la donna in questione ha una partner femminile che vuole assumersi la corresponsabilità di crescere un figlio con essa, è plausibile ipotizzare un sistema di comaternità, di fatto o di diritto, dalla nascita del minore, senza che, in linea teorica, si questioni il procedimento utilizzato per il concepimento. Al contrario, ad un uomo non basta il ricorso a una delle tecniche riproduttive menzionate. Per una coppia di uomini, o per un uomo solo, è necessario il ricorso alla gestazione per sostituzione (GS) o gestazione per altri (GPA)⁷⁹. Questa, a ragion del vero, è una pratica alla quale ricorrono anche single o coppie, sia etero che omosessuali, intenzionati ad avere un figlio ricorrendo grazie all'ausilio di una donna gestante, soggetto terzo alla coppia, che porterà a termine la gravidanza senza assumerne la maternità⁸⁰, ma è meno probabile per coppie di donne⁸¹. Vista

⁷⁹ Volgarmente chiamata anche “maternità surrogata”. È un termine che cela un connotato negativo e che preferisco non adottare.

⁸⁰ La pratica implica che la donna (madre gestante) rinunci alla maternità. Si determina la paternità (biologica) a favore dell'uomo che ha apportato il proprio seme e talvolta, anche quella del suo compagno/a mediante diversi meccanismi legali (es. adozione). Si individuano due grandi modelli di determinazione: quello previo alla nascita (*pre-birth*) e quello posteriore (*parental order*). Negli ordinamenti dove questa pratica è permessa e regolata, come in Grecia, Portogallo, Ucraina, Russia, Georgia, Canada, Regno Unito ed alcuni paesi degli Stati Uniti, si può prevedere la conformità del contratto di surrogazione anticipatamente o ex post, mediante approvazione giudiziale o pratiche affini.

⁸¹ Solitamente, infatti, le coppie di donne, godono di una doppia probabilità di poter portare a termine una gravidanza nel seno della loro relazione, perché entrambe possono – potenzialmente – divenire madri ricorrendo a TRA con seme di donatore.

la complessità degli accordi di GPA, non sempre è considerata una TRA, ma piuttosto configurata come un'ipotesi a sé stante. Dati gli spinosi ed importanti quesiti che solleva, non può essere affrontata marginalmente. Per tal motivo, non sarà analizzata in queste pagine.

b) Trattamenti riproduttivi fuori da centri autorizzati:
l'autoinseminazione

I modelli che si espongono in questa tesi vincolano la determinazione della comaternità ad una tecnica riproduttiva, solitamente definita come una pratica medica portata a termine in un centro autorizzato. Tuttavia, in casi di infertilità strutturale (*vid. supra* par. 4) sarebbe possibile il concepimento mediante una pratica non medicalizzata e al di fuori di una struttura autorizzata⁸², definita come autoinseminazione o inseminazione domestica⁸³. Con questa espressione ci si riferisce alla pratica di fecondazione che avviene per via del materiale genetico maschile procurato privatamente, ottenuto grazie ad un donatore conosciuto oppure anonimo⁸⁴.

⁸² Non è una pratica che possa risolvere casi di infertilità medica. Fiona KELLY, "An Alternative Conception: The Legality of Home Insemination Under Canada's Assisted Human Reproduction Act", *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 26, n. 1, 2010, p. 153-154.

⁸³ Susana QUICIOS MOLINA, "Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 35, 2017, pp. 363-383.

⁸⁴ Fino all'anno 2018 era possibile reperire il seme maschile direttamente online sul sito di alcune banche del seme (*cfr.* la più consultata, Cryos

L'esercizio di questa operazione è perfettamente compatibile con una coppia di donne, tuttavia è una pratica riconosciuta in pochissimi ordinamenti giuridici⁸⁵ e per le quali, oggigiorno, si applicano le regole della filiazione naturale e non quelle della filiazione per TRA. Sebbene non si potrà entrare nel fondo della questione, si accennerà a questa ipotesi come una potenziale pratica riproduttiva tra donne, in determinati contesti.

10. Riflessioni finali

Le restrizioni del modello zero comportano, in primo luogo, la ricerca di soluzioni a questi problemi in ordinamenti più

international, in Danimarca). Il materiale veniva poi inviato al domicilio della compratrice, crioconservato, accompagnato dal kit di utilizzo per tentare il concepimento (un'apposita siringa). In seguito ad una riforma operata riguardo alla legge danese, ad oggi le banche del seme non possono più trattare direttamente con i privati e sono obbligate a inviare il materiale presso un centro autorizzato o un professionista privato. RHA PROFESIONAL, "La legislación danesa prohíbe la autoinseminación o inseminación en casa", *rhaprofesional.com*, 18.07.2018 <http://www.rhaprofesional.com/la-legislacion-danese-prohibe-la-autoinseminacion-o-la-inseminacion-en-casa/> (ultimo accesso 25.09.2020). Uno dei vantaggi principali di questa operazione era il prezzo, tuttora competitivo, ma più caro dato che c'è un intermediario aggiuntivo. Per coloro che non si vogliono rivolgere a una banca del seme, proliferano i siti web e forum dove i privati si offrono come donatori (*cfr.* la più conosciuta, *co-padres.net*) ed i kit di autoinseminazione sono reperibili facilmente online (ad esempio, sulla piattaforma *Amazon*, <https://www.amazon.it/Inseminatore-kit-auto-inseminazione-casa-Blu/dp/B01I223TBE>) (ultimo accesso 25.09.2020).

⁸⁵ *Vid.* ad esempio la legislazione californiana, *infra* Cap VI.

permissivi. I passi da seguire per gli ordinamenti di questo modello zero o proibitivo sarebbero almeno due.

In primo luogo, e vista la facile eludibilità del divieto, credo che sia giunto il momento di ammettere ogni donna ed ogni coppia di donne come possibili destinatarie di un trattamento riproduttivo.

In secondo luogo, si dovrebbe permettere l'adozione del figlio del coniuge o della partner. Ritengo che oggigiorno non ci siano più motivi di limitare tale strumento alle sole coppie sposate⁸⁶. Tuttavia, e come si osserva nel capitolo II di questa tesi, considero che la comaternità per adozione non sia uno strumento sufficiente per garantire il diritto di ogni donna, famiglia e minore. Ciò nonostante, considero che sia la soluzione intermedia più consona per offrire una alternativa nell'immediato. In un futuro non troppo lontano, ritengo che sia più conveniente prevedere una disciplina autonoma in materia di filiazione per TRA che includa la comaternità stabilita mediante uno dei meccanismi legali suggeriti nei prossimi capitoli.

⁸⁶ Indirettamente, in alcuni di questi sarà necessario previamente predisporre una normativa riguardo al matrimonio tra persone dello stesso sesso e figure analoghe (ad esempio, civil partnership, unioni civili, coppie registrate).

Capitolo I

CAPITOLO II

COMATERNITÀ PER ADOZIONE DEL FIGLIO DELLA CONIUGE O PARTNER

1. Adozione: evoluzione storica

L'assenza generalizzata di una presunzione equivalente a quella di paternità matrimoniale rispetto ai bambini concepiti via TRA nell'ambito di una relazione tra donne o di un meccanismo di attribuzione della comaternità, comporta che la comadre che voglia constare come secondo genitore del minore debba ricorrere all'istituto dell'adozione del figlio della coniuge o convivente⁸⁷.

Agli albori degli anni 2000, l'adozione fu pensata come una soluzione transitoria, segnalata da vari autori come temporanea ed inadeguata⁸⁸. Ciò nonostante, in alcune realtà,

⁸⁷ Esther FARNÓS AMORÓS, "Acceso a la reproducción asistida por parejas..", *op.cit.*, p. 165.

⁸⁸ Come ricorda Machteld WONK, "One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and a Known Donor with Family Life under Dutch Law", *International journal of law, policy and the family*, 2004, vol. 18, n.1, p. 103 -117. Inoltre, si proponeva determinare la comaternità *by operation of the law* o mediante riconoscimento. L'idea dell'autrice si basava sull'idea che la volontà di diventare genitori dovesse risultare anche nella responsabilità parentale verso i figli. Si veda Alida Elisabeth HENSTRA, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht. Een beschouwing over depositie van sociale en biologische ouders in het familierecht - From filiation law to parental law reflections on the position of social and biological parents in family law*, Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2002, p. 180. Nella dottrina statunitense, critica

questo non è evoluto ed è tuttavia rimasto l'unico meccanismo per giungere alla determinazione della comaternità.

L'istituto dell'adozione ha rivestito storicamente funzioni diverse. Nella società romana, l'*adoptio* era molto comune e di grande rilievo. Essa veniva impiegata per garantire la perpetuazione e la conservazione della famiglia, del nome e del patrimonio a chi non aveva figli⁸⁹; al pari del matrimonio, utilizzato per stringere alleanze tra famiglie; come strumento di politica economica o sociale, per acquisire forza lavoro grazie all'adozione di un giovane in salute⁹⁰ o più semplicemente per assistere l'adottante durante la vecchiaia⁹¹. Lo spirito di carità era solo residuale, distante dall'idea odierna di un legame affettivo tra adottante ed adottato. Questa era bensì quasi unicamente indirizzata ad apportare vantaggi a

tale soluzione legale Nancy POLIKOFF, "Mother should not have to adopt her own child: parentage laws for children of lesbian couples in the twenty-first century", *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, Vol. 5, 2009, p. 201-260.

⁸⁹ N. DE CRESCENZO, "Adozione", in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, Milano, 1892, pag. 195: "L'adozione nell'antica società si presenta quale un bisogno familiare e politico. Quanto più la famiglia nella storia assume il carattere di una unità organica più o meno rigorosamente costituita, tanto più si fa sentire il bisogno di ricorrere a mezzi artificiali, quando, per la mancanza di prole, viene a mancare il mezzo naturale per la perpetuazione e la conservazione della medesima".

⁹⁰ Josep FERRER RIBA, "Adoption", in Jürgen BASEDOW, Klaus J. HOPT, Reinhard ZIMMERMANN, Andreas STIER (eds.) *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, Vol. I, p.25.

⁹¹ Agnès FINE, "L'évolution de l'adoption en France : entre filiation et parentalité", *Journal de pédiatrie et de puériculture* 18, 2005, 155-161, p. 156.

colui che adottava o talvolta ad entrambe le famiglie coinvolte, quella d'origine e quella adottiva, le quali erano solite concordare il procedimento affinché entrambe ne potessero trarre un beneficio materiale o economico. Così concepita, veniva rivolta a ragazzi o adulti, non a minori che, al contrario, sarebbero stati un peso per l'adottante.

Al contrario, l'istituto dell'adozione evoluto nel XIX e XX secolo, è elaborato come uno strumento a favore dell'adottato. Esso ha dirottato l'interesse della questione dall'adozione di adulti a quella di minori orfani, in stato di abbandono o maltrattati⁹², maturando in capo ai genitori adottivi un "*désir d'enfant*", non più limitato al mero desiderio di discendenza⁹³.

Il mutamento di prospettiva è attualmente incentrato sull'obiettivo di garantire una famiglia al minore, spesso individuata come una famiglia sostitutiva ma che potrebbe corrispondergli "per natura", una famiglia capace di assolvere i difficili ed importanti compiti genitoriali⁹⁴, fondata sulla

⁹² Josep FERRER RIBA, "Adoption", in Jürgen BASEDOW, *op.cit.*, p.25.

⁹³ Agnès FINE, "L'évolution de l'adoption en France..", *op.cit.*, p. 156.

⁹⁴ In Italia, il nucleo familiare che avrebbe potuto o dovuto avere il minore per natura corrisponde esplicitamente alla figura materna e paterna, e di regola esige altresì il matrimonio tra soggetti. Chiara SPACCAPELO, Il procedimento per l'adozione di un minore di età", in Giovanni BONILINI (Dir.), *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. 4, Utet Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 3901.

fattispecie di quella che si definisce *sexual family*⁹⁵. L'enfasi su una relazione romantico-sessuale come base appropriata per la genitorialità congiunta si riflette non solo nei casi di filiazione naturale, ma anche, come regola generale, nella normativa sull'adozione⁹⁶.

Generalmente, però, la adozione così intesa opera con la *condicio sine qua non* di rompere definitivamente e legalmente con la famiglia d'origine.

Prendendo ad esempio il codice napoleonico, modello di numerosi paesi occidentali⁹⁷, la struttura del Code Civil instaura la gerarchia delle forme di adozione⁹⁸.

Di qui la distinzione tra adozione *piena* o legittimante, concepita per minori, e *semplice* o non legittimante, per adulti e, in determinati casi, per minori: la prima elimina ogni relazione con i genitori biologici, sostituendosi con quelli

⁹⁵ Termine coniato da Martha FINEMAN, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995.

⁹⁶ Ayelet BLECHER-PRIGAT, "Conceiving Parents", *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 41, 2018, p. 144.

⁹⁷ Il legislatore francese del 1923 ha introdotto l'adozione di minori, esigendo nel 1939 la *légitimation adoptive* in capo alle coppie desiderose di avere un bambino, in seguito consacrata nel 1966 con l'*adoption plénière*, mentre la pratica anteriore d'adozione di adulti rimane residuale come *adoption simple*. Agnès FINE, "L'évolution de l'adoption en France..", *op.cit.*, p. 157.

⁹⁸ Marianne SCHULZ, "Le régime juridique de l'adoption : un cadre vieillissant dont la rénovation s'impose", *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 64, 2016, p. 177.

adottivi, come se il figlio “fosse nato” da essi⁹⁹. Obbediente ad una logica di totale rottura, l'adozione piena applica una completa sostituzione di famiglia, per la quale permangono unicamente gli impedimenti matrimoniali nei confronti della famiglia di origine¹⁰⁰. La netta separazione tra famiglia biologica e famiglia adottiva è sancito dall'*irrevocabilità* del procedimento di adozione. Solo in questo modo si garantisce una situazione di completa stabilità al minore che, dalla sentenza di adozione, avrà una sola, unica, nuova famiglia: quella adottiva. Per tale motivo, l'adozione piena è chiamata altresì adozione *sostitutiva*¹⁰¹.

Da questa si contraddistingue quella *additiva*, ovvero l'adozione semplice che non si *sostituisce* alla famiglia di origine ma si *aggiunge* ad essa. Contrariamente a quella piena, l'adozione semplice non prevede limiti di età, potendosi dunque richiedere nei confronti di chiunque e solitamente impiegata per l'adozione di adulti.

2. Tipi di adozione per coppie dello stesso sesso

⁹⁹ *Les parents adoptifs deviennent les seuls et uniques parents de l'enfant adopté qui porte désormais uniquement leur nom, son état civil modifié porte désormais « qu'il est né de » ses parents adoptifs.* Agnès FINE, “L'évolution de l'adoption en France..”, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁰ Giudicati difficilmente verificabili, di portata simbolica. Marianne SCHULZ, “Le régime juridique de l'adoption..” *op.cit.* p. 177.

¹⁰¹ *Pour offrir une famille de substitution, Ibidem* p. 176.

Per le coppie dello stesso sesso vi sono due tipi di adozioni possibili¹⁰², ovverosia la *joint adoption* e la *stepchild adoption*, che si presentano separatamente giacché perseguono fini diametralmente diversi. Tuttavia, occorre ricordare che queste possibilità non sono accessibili in tutti gli ordinamenti per le coppie di donne (cfr. Cap. II par. 3).

2.1. *Joint Adoption* o adozione congiunta

L'adozione congiunta, detta anche adozione simultanea, viene effettuata contestualmente da entrambi i membri della coppia, sposati o conviventi, nei confronti di un soggetto con il quale nessuno dei due vanta un legame biologico.

L'adozione congiunta può essere nazionale, quando si pretende adottare un bambino del proprio paese, oppure internazionale quando egli provenga da un paese straniero. In questo senso è importante precisare che, nonostante a livello nazionale possa essere ammessa l'adozione da parte di coppie

¹⁰² María Paz GARCÍA RUBIO puntualizza una distinzione tra "adozione da parte di coppie omosessuali" ed "adozione nelle coppie omosessuali". Con il primo, si riferisce all'adozione congiunta e simultanea; con la seconda invece si riferisce alla successiva adozione del figlio del coniuge. In "La adopción por y en parejas homosexuales" in *Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol*. Tirant lo Blanch, Barcelona. 2006, p. 1393-1412. Judith RESINA SOLÉ riprende tale bipartizione, eccependo che nell'adozione successiva in realtà si tratti di due adozioni separate, "Adopción y parejas homosexuales", in *Matrimonios homosexuales y Adopción: perspectiva nacional e internacional* (dir. Navas Navarro, Susana) Reus 2006, 209-220.

di persone dello stesso sesso, talvolta occorre considerare la politica interna del paese di provenienza del minore adottabile, la quale può escludere le coppie dello stesso sesso come potenziali genitori¹⁰³. I paesi d'origine, di fronte al flusso di candidature straniere, fissano i propri criteri che sono diventati sempre più restrittivi in quanto a età degli adottanti, numero di anni di matrimonio richiesti, orientamento sessuale e stato civile dei candidati¹⁰⁴.

La conclusione dell'adozione crea nuovi vincoli filiali, sostituendosi interamente a quelli biologici. Gli effetti del procedimento stabiliscono un vincolo reciproco tra adottanti e adottato¹⁰⁵, che acquisterà a tutti gli effetti lo status di figlio. La

¹⁰³ In questo senso è importante precisare che, nonostante a livello nazionale possa essere ammessa l'adozione da parte di coppie di persone dello stesso sesso, talvolta occorre considerare la politica interna del paese di provenienza dell'adottando. Ponendo un esempio, nel caso spagnolo, l'adozione congiunta è permessa a coniugi o coppie stabili, indipendentemente dal loro orientamento sessuale (art 175.4 CC spagnolo); paesi che storicamente hanno fornito il più alto numero di adozioni internazionali come Cina, Etiopia, Russia e Ucraina, non permettono l'adozione a coppie di persone omosessuali (Statistiche disponibili nel report delle Nazioni Unite disponibili qui: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/child-adoption.pdf>, ultimo accesso 15/11/2018), e dunque si assicurano che i futuri genitori dei minori siano coppie di persone di sesso diverso. Questo crea, di fatto, una barriera alle adozioni per coppie omosessuali. Per un approfondimento, Pilar BENAVENTE MOREDA, "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, nota 38.

¹⁰⁴ Marianne SCHULZ, "Le régime juridique de l'adoption...", *op.cit.*, p. 180.

¹⁰⁵ I rapporti di parentela si estendono alle loro famiglie.

conclusione dell'adozione rende irrevocabile la decisione¹⁰⁶. Le caratteristiche proprie di questo tipo di adozione sono, pertanto, la *contestualità* della richiesta da parte degli adottanti, la totale *estraneità* tra adottanti ed adottato, e la *irrevocabilità* della decisione.

Questo tipo di adozione, tuttavia, non è quella che interessa il presente studio. Questo procedimento, sebbene definisca legalmente un caso di comaternità, non è infatti pensato per legalizzare una situazione derivante dall'utilizzo di tecniche di riproduzione assistita, che è l'obiettivo di questa tesi. L'adozione congiunta si basa infatti su una decisione presa unitamente da due persone per creare *ex novo* una famiglia con il figlio adottivo che pretendono includere nel loro nucleo parentale, basata sul riconoscimento integrale, completo, indivisibile dell'unione di due persone, del *diritto pieno di creare una famiglia*¹⁰⁷, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei membri della coppia, legittimandone la previa "pianificazione" e la susseguente "costruzione". Vi è una differenza essenziale con la stepchild adoption, poiché questa

¹⁰⁶ Salvo esigue eccezioni previste dalla legge, ovvero a meno che il minore non versi nuovamente in stato di abbandono.

¹⁰⁷ "It is a mechanism by which same-sex couples can build a family unit from the beginning": Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex couple in the EU", in *Same-sex relationship and beyond. Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, p. 79-122, p. 85.

risulta essere, al contrario, uno strumento per *riconoscere* a posteriori una situazione di fatto già esistente nella realtà.

La contrapposizione tra il diritto di costruire una famiglia, *ex novo*, e riconoscerne una già creata, *ex post*, sottolinea come l'adozione congiunta sia uno strumento di più ampia portata, un diritto più esteso, che attribuisce agli interessati il diritto di diventare genitori, a priori. Al contrario, come vedremo, la *stepchild adoption* non garantisce il legame con la comadre *ab initio*.

È bene specificare, pertanto, che in questo capitolo si escluderanno i casi di adozione joint adoption e ci si riferirà con il termine "adozione" a quella del figlio del coniuge o partner.

2.2. *Stepchild adoption* o adozione del figlio del coniuge o del partner

Con il termine *stepchild adoption*, nota anche come *stepparent adoption* e *secondparent adoption*¹⁰⁸, ci si riferisce all'adozione che porta a termine il coniuge o il partner di colui o colei che è già determinato come progenitore del minore.

¹⁰⁸ Quest'ultima, secondo alcuni autori, è un termine più ampio che includerebbe sia l'adozione del figlio del coniuge che quello del partner, in caso di assenza di matrimonio.

Questa relazione paterno o materno-filiale può derivare da tre distinte ipotesi.

La prima si basa sul preesistente legame genitore biologico-figlio, in caso di procreazione naturale¹⁰⁹ o derivante da TRA. Quest'ultima è quella che ci interessa in questa sede, ove la madre è determinata dal parto e la comadre non è ancora stata determinata. Per tal motivo, è costretta ad adottare il minore.

La seconda riguarda l'adozione susseguente ad accordi di GS. Questa potrebbe essere inclusa nella prima ipotesi per coloro che considerano la gestazione per altri una tecnica di riproduzione assistita. Personalmente, ritengo preferibile mantenere le due ipotesi separate. In questa circostanza, in alcuni ordinamenti è permessa la trascrizione dell'atto di nascita, ove constino i nomi dei genitori intenzionali, oppure è concesso determinare la filiazione rispetto al genitore biologico e, successivamente, il secondo genitore potrà adottare il figlio del marito o compagno¹¹⁰. Nuovamente,

¹⁰⁹ Ad esempio, qualora derivi da una previa relazione eterosessuale, ed il padre biologico del minore abbia deciso rinunciato alla paternità, consenta all'adozione oppure qualora questi sia deceduto. Questa fattispecie può configurarsi sia qualora il concepimento sia avvenuto mediante una relazione sessuale, sia mediante inseminazione domestica (*cfr.* sul concetto di autoinseminazione, Cap. I par. 9).

¹¹⁰ Questa é, ad esempio, la soluzione offerta nell'ordinamento spagnolo (*vid. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*).

specifichiamo che tali accordi non sono oggetto di questo studio¹¹¹.

La terza ed ultima deriva da una previa adozione da parte di una sola persona. Si tratterebbe di una seconda adozione, successiva alla prima già conclusa. Quest'ultima non sarà oggetto di analisi perché non è attinente alla filiazione derivante da TRA e da un progetto parentale comune e previo alla nascita.

La scomposizione dell'istituto dell'adozione, impiegato nelle tre circostanze, fa di esso uno strumento di primaria importanza nei sistemi legali odierni. È, infatti, un meccanismo flessibile che permette ricomporre una realtà familiare che altrimenti non sarebbe permessa in alcuna altra forma.

Messa da parte questa puntuale specificazione, funzionale all'integrità dell'analisi, il caso di adozione del figlio della compagna o sposa che ci interessa è circoscritto al caso (1). Questa è la situazione che si riscontra più comunemente in tutti gli ordinamenti che non prevedono alcun meccanismo diretto di determinazione della comaternità (modello zero). In tale circostanza, fino al momento dell'adozione, la relazione di comaternità è solo *di fatto* e l'unico vincolo materno-filiale

¹¹¹ Cfr, cenni sulla pratica della GS o GPA al Cap I par. 9.

legalmente determinato é quello rispetto alla madre gestante determinata per il parto.

L'adozione del figlio della compagna permette, regola, amplia i margini di un nucleo familiare preesistente, composto dalla sola madre gestante e dal figlio, sino ad incorporare il secondo genitore che pretende essere riconosciuto come tale¹¹². In altre parole, l'adozione incorpora legalmente un genitore che già *de facto* espletava tali funzioni. Dato che, in linea generale, gli effetti della stepchild adoption sono piú limitati rispetto alla joint adoption, sono piú numerosi gli stati che permettono la prima ma non ancora la seconda¹¹³.

La peculiarit , e allo stesso tempo il punto debole dell'adozione del figlio del coniuge o della partner sono il carattere legittimante o non legittimante che questa pu  assumere. Solo con la prima, denominata anche adozione piena, gli effetti dell'adozione sono completamente equiparati alla filiazione biologica o naturale ed i legami con la famiglia d'origine completamente interrotti. Al contrario, in caso di adozione non legittimante o semplice, il vincolo tra il minore

¹¹² Annick BATTEUR, "Réflexions sur la filiation adoptive dans le cadre de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe", *CRDF*, n. 11, 2013, p. 41.

¹¹³ In Europa, Cipro, Slovenia ed Estonia permettono solo la stepchild adoption. Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex..", *op.cit.* p. 87.

ed la comadre è piú limitato, giacché si mantiene un certo rapporto con la famiglia d'origine (se presente) e, date certe circostanze, il provvedimento di adozione può essere revocato.

In merito alla stepchild adoption legittimante o non legittimante ci sono ordinamenti che prevedono solo l'adozione piena (es. Spagna), altri che prevedono solo quella semplice (es. Italia) ed infine quelli che prevedono entrambe le tipologie (es. Francia). Torneremo sul punto al par. X.

Si anticipa già che l'adozione da parte della coniuge o compagna della madre, seppure sia un riconoscimento talvolta insufficiente per la determinazione della comaternità, rappresenta per numerosi Paesi europei e non, l'unico metodo per stabilire la filiazione della comadre. È importante l'analisi dell'adozione da parte del coniuge dello stesso sesso per *tre motivi*.

In primo luogo, a questo potranno ispirarsi gli ordinamenti giuridici definiti come "modello zero". Questi, tardi o prima, dovranno allinearsi e confrontarsi con questa problematica. È probabile che, in un futuro non troppo lontano, questi decidano ad ammettere le modalità di cui al "modello uno" qui esposto, ovvero la determinazione della comaternità (almeno) per adozione.

In secondo luogo, l'adozione é, negli ordinamenti qui descritti, l'unico meccanismo di determinazione della comaternità. Nonostante non sia pensata per determinare la filiazione derivante da TRA, la sua funzione è, oggigiorno, fondamentale per i paesi del modello uno.

Infine, va altresì specificato che questo rimane l'ultimo ricorso nell'ipotesi in cui, nei paesi che ora dispongono di una disciplina espressa e diretta per la comaternità - sia essa basata sulla presunzione legale derivata dallo stato civile, oppure sul consenso o ancora meccanismi alternativi-, qualora la determinazione della comaternità dovesse "fallire", fungendo da valvola di sicurezza per la determinazione della comaternità anche nei sistemi più avanzati che si esamineranno nei successivi capitoli di questa tesi.

3. Lo stato della questione in Europa

Ad oggi, sono ancora 11 i Paesi che non permettono l'adozione del figlio del compagno a coppie dello stesso sesso¹¹⁴. È il caso

¹¹⁴ Le informazioni di cui si dispone sono state consultate in Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex couple in the EU", in *Same-sex relationship and beyond. Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, pp. 79-122.

di Bulgaria, Repubblica Ceca¹¹⁵, Croazia¹¹⁶, Grecia, Ungheria, Italia¹¹⁷, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia. Proprio per questi, integranti il modello zero, il cammino verso il riconoscimento della comaternità è ancora lungo. Nonostante ciò, l'adozione risulta il meccanismo che, nell'immediato, possa meglio sopperire alle situazioni di fatto instaurate e che non troverebbero altrimenti alcun riconoscimento.

La centralità dell'adozione e l'importanza che tuttavia ostenta è dimostrata dal fatto che, oltre agli 11 paesi del modello zero, sono 8 i paesi europei che si basano sull'adozione del figlio della consorte come l'unico metodo di determinazione della comaternità¹¹⁸. In ordine alfabetico, in Austria¹¹⁹, Cipro¹²⁰,

¹¹⁵ In attesa della stepchild adoption, proposta già approvata dal governo e sottoposta al parlamento (ottobre 2016).

¹¹⁶ La Croazia prevede la partner guardianship (art. 40 e ss., *Same-Sex Life Partnership Act* (in Croato: *Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola*, GU n. 92/2014), in vigore dall'1 settembre 2014, ma non ancora la stepchild adoption. In tema di coppie dello stesso sesso, la Corte EDU ha condannato la Croazia con la sentenza *Pajić v. Croatia* (Application n. 68453/13) del 23 febbraio 2016, riaprendo il dibattito parlamentare in questo paese.

¹¹⁷ Con le peculiarità che si illustreranno *infra, vid par.*

¹¹⁸ Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex couple.", *op.cit.*; EUROPEAN PARLIAMENT, "Adoption of children in the European Union, briefing giugno 2016, p. 6, disponibile online [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583860/EPRS_BRI\(2016\)583860_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583860/EPRS_BRI(2016)583860_EN.pdf) (ultimo accesso 12.07.2019).

¹¹⁹ Dopo *X v. Austria*, è stata approvata nel 2013 la stepchild adoption e nel 2015 la joint adoption, in vigore da gennaio 2016.

¹²⁰ Solo stepchild adoption.

Estonia¹²¹, Francia¹²², Germania¹²³, Lussemburgo, Malta¹²⁴ ed in Slovenia¹²⁵. Inoltre, in paesi come Irlanda e Spagna, sebbene abbiamo introdotto un meccanismo di diretta determinazione della comadre come tale, si continua a prevedere unicamente il ricorso all'adozione per le coppie non sposate¹²⁶.

Credo sia tuttora sorprendente notare i diversi approcci alla materia da parte dei paesi Europei, talvolta diametralmente

¹²¹ Nonostante dal 1 gennaio 2016 sia stato esteso l'accesso a TRA a coppie di donne, per queste occorre sempre la successiva adozione.

¹²² Con le peculiarità che si esporranno infra, vid par.

¹²³ Stepchild adoption possibile mediante la *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (legge del 16 febbraio 2001, BGBl I p. 266), emendato nel 2004, in vigore dal 1 gennaio 2005; dal 1 ottobre 2017 (emendato il 20 luglio 2017 *Gesetzes durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. BGBl I p. 2787*) è altresì possibile l'adozione congiunta. Ma l'introduzione del "Ehe für alle" non ha tuttavia previsto una normativa diretta per la comaternità, né l'applicazione per analogia della presunzione di paternità di cui al § 1592 No. 2 BGB.

¹²⁴ Il parlamento maltese ha approvato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, *The Marriage Equality Bill 2017*, in vigore dal 1 settembre 2017. Sino ad allora, erano già permesse stepchild adoption e joint adoption. Nonostante ciò non è stata introdotta alcuna modifica per la determinazione della comaternità. Ma c'è di più: l'accesso alle TRA è limitato alle sole coppie eterosessuali (*Embryo Protection Act*, Sezione 2). Alle coppie dello stesso sesso non rimane che sottomettersi a tali trattamenti all'estero per poi procedere, in un secondo momento, all'adozione.

¹²⁵ In Slovenia la recente legge sull'equiparazione delle unioni tra omosessuali al matrimonio, entrata in vigore il 24 febbraio 2017, ha ribadito l'esclusione dell'accesso alla joint adoption ed alle TRA per omosessuali. D'altro canto, l'accesso rimane garantito a donne sole. Le loro partner possono procedere alla stepparent adoption dal 16 giugno 2011.

¹²⁶ Per quelle sposate, come vedremo, applicano norme diverse per la diretta attribuzione della comaternità (Irlanda: *Children and Family Relationships Act 2015*. Spagna Art 7.3 LTHRA).

opposti. Esistono, infatti, sistemi giuridici nei quali ciò che si sta illustrando qui è divenuto (in certi casi oltre vent'anni fa'), una prerogativa appartenente, conseguente ed intimamente connessa al precoce riconoscimento delle relazioni omogenitoriali¹²⁷.

La tendenza europea ha dimostrato, dapprima, una maggiore apertura rispetto all'adozione tra coniugi o compagni, piuttosto che rispetto all'adozione congiunta. Ritengo che questo risponda alla preferenza del *riconoscimento a posteriori di una relazione* posta in essere (stepchild adoption), mentre l'altra riguarda una sorta di *permesso* previo alla realizzazione di un progetto comune sin dall'inizio (adozione congiunta) concesso alle famiglie omoparentali, pertanto si evince una facoltà molto più estesa nel secondo caso per la creazione di una famiglia da prima che il minore sia integrato nel nucleo familiare¹²⁸.

¹²⁷ Questi ordinamenti, che mi sento di definire come "avanzati" in ambito di diritto di famiglia, corrispondono principalmente ai paesi del Nord Europa. In ordine cronologico, si noti che la Danimarca è stato il primo paese a permettere alle coppie omosessuali di poter adottare il figlio del partner nel 1999. Citato in Robert WINTEMUTE and Mads ANDENÆS (eds.) *Legal recognition of same-sex partnerships. A a study of national : European and international law*, Oxford : Hart, 2001. p. 421. Hanno seguito Islanda (2000), Paesi Bassi (2001), Svezia (2003), Belgio e Regno Unito (2006), Norvegia e Finlandia (2009). Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex couple..", *op.cit.*

¹²⁸ Cipro, Slovenia ed Estonia permettono la stepparent adoption ma non l'adozione congiunta. Il motivo è quello anzidetto, derivante dal riconoscimento di una situazione di fatto già creata ma non la permissione ex novo di creare una famiglia composta da due persone dello stesso sesso.

4. (Impossibilità dell')adozione della comadre: il caso italiano

In un primo momento, si è detto che il sistema italiano rientra nel modello zero, ovvero quello che non riconosce alcun meccanismo legale per la determinazione della comaterintpa. In questo ordinamento, i diritti delle famiglie omoparentali hanno trovato un riconoscimento limitato, in bilico tra decisioni altalenanti offerte dai tribunali e l'assenza di una normativa specifica in materia. La dottrina si è interrogata spesso rispetto alla necessaria introduzione di una disciplina per le coppie dello stesso sesso¹²⁹ e sui profili internazionalprivatistici della questione¹³⁰.

¹²⁹ Si veda tra gli altri Roberto BIN, Giuditta BRUNELLI, Andrea GUAZZAROTTI, Andrea PUGIOTTO, Paolo VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010; Emanuele CALÒ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009; Marco GATTUSO, Angelo SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption, articolo 29*, 11.09.2017; Silvia IZZO, "«From status to contract»: la trascrizione dei provvedimenti stranieri dichiarativi dello status del figlio d'intenzione", *GenIUS*, 2/2019; Sara TONOLO, "Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione", *GenIUS*, 2/2019; Giuseppe BUFFONE, Marco GATTUSO, Matteo WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017. Angelo SCHILLACI, "Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento", *GenIUS*, 2/2016.

¹³⁰ Nerina BOSCHIERO, "Les couples homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *RDI*, 2007, p. 50 ss.; Livio SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012; Sara TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007

Sulla spinta della Corte Costituzionale¹³¹ e le ripercussioni della problematica a livello europeo affrontate dalla Corte EDU¹³², il legislatore italiano è stato chiamato a rivedere la propria posizione. Il parlamento italiano ha promulgato la tanto attesa legge sulle Unioni Civili nel giugno 2016¹³³, la quale, seppur garantisce il riconoscimento del legame *tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto*¹³⁴, è stata stralciata della *stepchild adoption*, inizialmente prevista nella proposta di legge¹³⁵.

¹³¹ Dapprima con la sentenza 138/2010 del 14 aprile 2010, la Corte riconosce le unioni omosessuali ma lascia al parlamento il compito di individuarne forme e tutela, riservandosi il diritto di agire in situazioni specifiche. In seguito, con la sentenza 170/2014 dell'11 giugno 2014, si afferma che "il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti".

¹³² *Oliari ed altri c. Italia*, sez. IV, sentenza del 21/07/2015. La Corte EDU si è espressa nuovamente condannando l'Italia per violazione degli art. 8 della Convenzione sui diritti dell'Uomo riguardo all'ingiustificabile ritardo nel legiferare in materia di riconoscimento e tutela delle unioni diverse dal matrimonio.

¹³³ Legge 20 maggio 2016, n. 76 (cd. *legge Cirinnà*), "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (d'ora in poi, legge 76/2016), GU n.118 del 21 maggio 2016.

¹³⁴ Art. 1 legge 76/2016.

¹³⁵ Inizialmente prevista dall'articolo 5 della suddetta. Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *GenIUS*, 1/2019, p. 8.

La disciplina in tema di adozione (congiunta) è sancita dalla legge 4 maggio 1983, n. 184¹³⁶, sul *diritto del minore ad una famiglia*. La legge 184/193 prevede ancora oggi la possibilità di adozione solo in capo a coppie coniugate da più di tre anni e di sesso opposto (art. 6) e riguardo a situazioni di minori in stato di abbandono. Anche in seguito alla legge 76/2016, come detto, nessuna modifica formale o sostanziale è stata portata a termine. La filiazione delle coppie dello stesso sesso è rimasta priva di una regolamentazione *ad hoc*. Ma, uscita dalla porta, la *stepchild adoption* è rientrata dalla finestra. Constatata l'inerzia dell'opera legislativa, i tribunali italiani hanno avuto un ruolo fondamentale per assicurare tutela effettiva a casi concreti presentatisi.

4.1. Adozione in “casi particolari”

Quando si tratta del figlio del convivente o della convivente, 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 genitori¹³⁷.

¹³⁶ Così come modificata dalla Legge 31 dicembre 1998, n. 476, dalla Legge 28 marzo 2001 n. 149 "Diritto del minore ad una famiglia" e dalla Legge 19 ottobre 2015, n. 173 "diritto alla continuità' affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare".

¹³⁷ Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme..", *op.cit.* p. 7.

L'unica possibilità per instaurare un rapporto di parentela è quella secondo il disposto dell'art. 44 legge 184/1983, che prevede la c.d. "adozione in casi particolari" (lettera d), 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 genitore¹³⁸. Si è passati pertanto da una situazione di completa impossibilità circa l'adozione da parte di un compagno o compagna dello stesso sesso, ad un'apertura, a colpi di sentenza, rispetto a tale possibilità.

A livello giurisprudenziale, ha scalfito un segno importante la sentenza 299/14 del 30 luglio 2014, Tribunale Minorile di Roma¹³⁹, accordando la comaternità per adozione, mediante una lettura ampia dell'istituto dell'adozione che ha dato inizio ad una nuova prassi giudiziaria¹⁴⁰.

¹³⁸ Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme..", *op.cit.* p. 7. (Ibidem)

¹³⁹ Marco GATTUSO, "Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"", *Articolo29* (online), ultimo accesso il 26/02/2018; Giovanni ZACCARO, "Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore", *Questione giustizia*, ultimo accesso il 26/02/2018; Giorgio VACCARO, "Solo adozione speciale per le coppie omosessuali", *Diritto24*, Sole24ore online, ultimo accesso il 26/02/2018; Joelle LONG, "Adozione in casi particolari e second parent adoption", *Articolo29* (online), ultimo accesso il 27/02/2018.

¹⁴⁰ Nel caso di specie, il ricorso è scaturito dalla richiesta di adozione da parte della partner della madre del bambino, nato in seguito ad un trattamento di PMA portato a termine in Spagna. Dalla nascita, i tre hanno

Nei motivi della decisione, si legge che:

L'adozione c.d. "in casi particolari", disciplinata dal citato articolo, risponde all'intenzione del legislatore di voler favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso, prevedendo la possibilità di un'adozione con effetti più limitati rispetto a quella legittimante, ma con presupposti meno rigorosi. Viene data in tal modo rilevanza giuridica a tutte quelle situazioni in cui, pur essendo preminente la finalità di proteggere il minore, mancano le condizioni che consentono l'adozione con effetti legittimanti di un soggetto minore di età¹⁴¹.

Non sono mancate le sentenze in senso contrario, come la sentenza 259/2015 del 9 settembre 2015, Tribunale dei Minori di Torino¹⁴², ma la decisione è stata in seguito ribaltata dalla Corte d'Appello il 27 maggio 2016. Parimenti, anche il Tribunale dei minori di Milano si è dimostrato reticente alla

convissuto stabilmente e la decisione rispetto alla gravidanza era stata presa in modo congiunto dalle due donne.

¹⁴¹ Il tribunale della capitale è stato il primo a provvedere, in prima istanza, alla protezione del minore mediante una lettura estensiva dell'istituto dell'adozione in casi particolari. A seguito dell'impugnazione proposta dal Pubblico Ministero minorile, la corte d'Appello di Roma ha confermato quanto stabilito dalla corte inferiore con sentenza n. 7127/15 del 23 dicembre 2015. Critica la sentenza Giampaolo MIOTTO, "Per la Corte d'Appello di Roma «un profondo legame» giustifica l'adozione della figlia della convivente", *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno II, 2015. L'autore ritiene che se il legislatore così avesse voluto estendere, anche al convivente, la facoltà di adottare lo avrebbe previsto esplicitamente, così come sancito per i coniugi (art. 44, lett. b).

¹⁴² Alessandra NOCCO, "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983", *La Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2/2016, p. 205-215.

stepchild adoption con la sentenza del 17 ottobre 2016¹⁴³, senza peraltro conformarsi all'interpretazione previamente offerta nel giugno dello stesso anno dalla Corte di Cassazione 12962/2016 - di cui si dirà nel paragrafo successivo. Sul caso in questione, è intervenuta la Corte d'appello di Milano il 9 febbraio 2017¹⁴⁴, autorizzando l'adozione del minore.

Dopo i suddetti provvedimenti altalenanti, la Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema delle adozioni omogenitoriali (sentenza 12962/2016 del 22 giugno 2016)¹⁴⁵. La Corte Suprema ha approfondito il contenuto delle adozioni in casi particolari sottolineando che il requisito di "impossibilità dell'affidamento preadottivo" di cui alla lettera d), è da intendersi quale *disposizione rispondente all'esigenza di rafforzare legami di fatto esistenti in ambito familiare/parentale e di trovare una soluzione per situazioni nelle quali non sia possibile l'adozione legittimante*¹⁴⁶. La corte abbraccia un'interpretazione estensiva dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo per la quale

¹⁴³ Gilda FERRANDO, "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 2, p. 171; Stefania STEFANELLI, "Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261", *Articolo29* (online), ultimo accesso 24/02/2018.

¹⁴⁴ Marco GATTUSO, "Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale", *Articolo29* (online), ultimo accesso 24/02/2018.

¹⁴⁵ *Vid.* Silvia VERONESI, "La Corte di Cassazione si pronuncia sulla Stepchild adoption", *Famiglia e diritto*, Vol. 23, n. 11, 2016, pp. 1034-1043.

¹⁴⁶ Paragrafo 2 b) sentenza 12962/2016, p. 7.

non è necessaria una reale situazione di abbandono. Al contrario, questa risulta sempre impossibile in tali adozioni per due ragioni. Da un lato, si presuppone un preesistente vincolo giuridico filiale con il genitore biologico ancora in essere. Dall'altro, si pretende il riconoscimento legale di una situazione *de facto* esistente tra adottante ed adottato, configurando tutto fuorché una situazione di assenza di cure o interesse nei confronti del minore.

In conclusione, la Corte afferma come sia sufficiente l'impossibilità *giuridica* dell'affidamento preadottivo, prescindendo dalla situazione di abbandono, che risulta condizione necessaria solo per l'adozione legittimante di cui all'articolo 7 della medesima legge¹⁴⁷. Per di più, lo stesso articolo non richiede che l'adottante sia coniugato con il genitore biologico, permettendo l'applicazione dell'art. 44 alle coppie di fatto ed a quelle unite civilmente ai sensi della legge 76/2016.

Infine i giudici richiamano la centralità del *child best interest*, protetto quale aspetto della continuità affettiva ed educativa

¹⁴⁷ Più in generale, la Corte afferma che lo stato di abbandono non è un requisito necessario in nessuna delle quattro ipotesi previste dall'articolo 44 legge 184/1983, poiché la *ratio* della norma è sottesa alla salvaguardia dei legami affettivi e relazionali preesistenti, la quale si realizza mediante l'instaurazione di "vincoli giuridici significativi" con chi si occupa stabilmente del minore (par. 2 c, sent. 12962/2016, p. 8), che nulla hanno a che vedere con l'incuria nei confronti del minore.

tra adottante ed adottato¹⁴⁸, e la dottrina della Corte europea che lo ha definito quale preminente anche all'interesse pubblico degli stati¹⁴⁹. Spetta al giudice, nel caso concreto, velare per l'interesse del minore in quanto, a priori, non è ravvisabile alcun conflitto di interessi tra genitore biologico, genitore sociale o intenzionale e l'adottando. Il 22 giugno 2016 ha segnato una svolta importante per i diritti delle famiglie omogenitoriali in Italia¹⁵⁰.

Come risultato dell'intervento della Cassazione, i tribunali locali si stanno adeguando alla pronuncia, affermando che la mancata previsione legislativa posteriore alla legge 76/2016 non deve essere letta come un segnale d'arresto o di contrarietà rispetto all'orientamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale¹⁵¹.

¹⁴⁸ Paragrafo 4, sentenza 12962/2016, pag. 31-42.

¹⁴⁹ In particolare, *X e altri v. Austria*. C'è tuttavia chi pare dubbioso circa la reale trasposizione al diritto italiano che derivi da questa sentenza. Vid. Michele SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7^a ed., 2016, Cedam, p. 434.

¹⁵⁰ Il sacrosanto diritto alla genitorialità, come definito da Valeria MAZZOTTA, "Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice sì", *Persona & Danno*, 23/06/2016. Ultima consulta online: 24/02/2018.

¹⁵¹ Cfr. Sentenza del 6 giugno 2017, pagina 7, (online) Cfr. i casi menzionati da Marco GATTUSO, Angelo SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, *Articolo29*, 11.09.2017. Oltre ai casi di richieste di adozioni in casi particolari in suolo italiano, numerose sono state le richieste di riconoscimento legale di atti conclusi in paesi terzi, tra cui spiccano adozioni o trascrizioni di certificati di nascita formati all'estero. Corte di Cassazione, sentenze n. 19599/2016 e 14878/2017; Corte Costituzionale, sentenza n. 76/2016.

4.2. Adozione legittimante e non legittimante

Il ricorso all'art. 44, lett d) legge 184/1983 non è più poi tanto "particolare", dato che risulta essere l'unico strumento utilizzabile per il fine perseguito dai co-genitori. Le conclusioni alle quali si sarebbe giunti con l'introduzione della *stepchild adoption*, mediante un'applicazione estensiva dell'art. 44. della legge 184/1983, non sono identiche a quanto in un primo momento era stato formulato dalla legge 76/2016, poi rigettato¹⁵².

A tal riguardo, occorre segnalare che l'adozione in casi particolari non ha i connotati dell'adozione legittimante. Di qui, derivano effetti limitati nelle relazioni giuridiche tra adottante ed adottato, che non si estende alle rispettive famiglie. Il minore acquista lo stato di figlio adottivo dell'adottante, conserva i diritti/doveri verso la famiglia di origine (i genitori biologici, però perdono la responsabilità genitoriale sul minore), antepone al proprio cognome quello della famiglia adottiva, non acquista alcun legame di parentela rispetto ai familiari dell'adottante, ma nascono gli impedimenti matrimoniali, l'adottato ha nei confronti

¹⁵² La proposta iniziale prevedeva una "vera e propria" *stepchild adoption*, con effetti esplicitamente legittimanti.

dell'adottante i medesimi diritti successori del figlio nato nel matrimonio. L'adozione è inoltre revocabile per indegnità dell'adottato, per indegnità dell'adottante o per violazione dei doveri che incombono sugli adottanti¹⁵³. L'adozione piena, al contrario, attribuisce lo status di figlio (una volta "legittimo", oggi sì, solo "figlio"¹⁵⁴) e la relativa parentela. Nonostante la riforma della filiazione¹⁵⁵ e la legge sulle unioni civili, il legislatore non ha apportato alcun cambio alla disciplina in oggetto¹⁵⁶.

Oggi, alla luce di dette riforme, si riscontra una forte discriminazione tra figli non adottivi o adottivi con adozione legittimante (art. 7 L. 184/1983) e quelli adottati con adozione in casi particolari, dunque non legittimante (art. 44 L. 184/1983)¹⁵⁷. In via dottrinale, però, la questione è

¹⁵³ Ergo, questo tipo di adozione non gode delle prerogative di irrevocabilità dell'adozione legittimante di cui all'art. 7, legge 82/1983.

¹⁵⁴ Cesare Massimo BIANCA, "La legge italiana conosce solo figli", in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 2, n. 7, L'autore osserva che ancora oggi il vincolo di parentela "deve egualmente escludersi quando si tratti di adozione in casi particolari"; Michele SESTA, "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e Diritto*, 3/2013, p. 236.

¹⁵⁵ Legge del 10 dicembre 2012, n. 219, Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali. (GU n.293 del 17-12-2012).

¹⁵⁶ Secondo Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Famiglia e Diritto* 8-9/2013, p. 840, "l'autore della legge n. 219 se ne è semplicemente dimenticato nel momento in cui ha redatto il nuovo articolo 74 cc".

¹⁵⁷ Alessandra CAGNAZZO, *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, 2017, Giuffrè editore, Milano, p.12.

ampiamente dibattuta¹⁵⁸, tra quelli -la minoranza- che ritengono che non sia tuttavia un'adozione piena¹⁵⁹, e coloro che difendono che il principio di unificazione dello *status* di figlio debba necessariamente beneficiare anche il minore adottato ex art. 44 d) legge 184/1983¹⁶⁰. Personalmente, ritengo ormai necessario sostenere che lo status di figlio-parente é comprensivo di tutte le filiazioni biologiche e di tutte le filiazioni adottive, incluse quelle in casi particolari¹⁶¹, escludendo invece le adozioni dei maggiorenni¹⁶².

In generale, questa soluzione è risultata un'alternativa "di ripiego"¹⁶³. Si segnala come, ancora una volta, probabilmente spetterá alla Corte di cassazione e della Corte costituzionale

¹⁵⁸ Manuela MANTOVANI, "Art. 290", in Giorgio CIAN (a cura di), *Commentario Breve al Codice Civile*, 12ª ed., Cedam, Padova, p. 378.

¹⁵⁹ Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile. Vol. 2.1 La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 501.

¹⁶⁰ A. ZINI, Commento all'art. 44 l. ad., in *Commentario Breve al Diritto della Famiglia*, 2020; Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, "Le adozioni in casi particolari dopo la riforma della filiazione", *Lo Stato civile italiano*, Vol. 110, n. 8, 2014; Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme..", *op.cit.* p. 8; Alberto Figone, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, 2014, p.8; Maria DOSSETTI, Mimma MORETTI, Carola MORETTI, *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali*, Zanichelli, 2013.

¹⁶¹ Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Famiglia e Diritto*, 8-9/2013, p. 838.

¹⁶² Leonardo LENTI, "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 2013, p. 203. L'autore definisce come "illogico" ritenere che la menzione di "figlio" comporti tuttavia delle differenze sia tra i minori adottati dal coniuge o convivente, sia anche nel caso dell'adozione del maggiore d'età.

¹⁶³ Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme..", *op.cit.* p. 8;

agire in supplenza del legislatore al fine di risolvere il nodo di fondo, se tutelare il minore mediante una revisione radicale della nozione tradizionale di filiazione, fino ad includere quella intenzionale o sociale, oppure mediante la rivisitazione della disciplina dell'adozione¹⁶⁴.

5. Adozione del figlio della comadre: il caso francese

Mentre in Italia l'impossibilità di ricorrere al matrimonio implica che l'adozione in casi particolari possa essere portata a termine solo tra donne conviventi e unite civilmente, in Francia l'adozione del minore nato dalla compagna è possibile sono il occasione di coppie sposate.

La legge 404/2013 (LOI n° 2013-404 del 17 maggio 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*) ha aperto in Francia una breccia profonda per i diritti degli omosessuali, grazie all'ammissione del matrimonio per persone dello stesso sesso ed all'accesso all'adozione ad eguali condizioni rispetto alle coppie di sesso opposto – sia essa nelle forme della *joint adoption* quanto della *stepchild adoption*. Questa si divide, a sua volta, tra adozione *adoption plénière* e *simple*. La prima è quella

¹⁶⁴ Bruno BAREL, "Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single", *GenIUS*, 1/2020, p. 23.

che garantisce sicuramente meglio la stabilità del rapporto di filiazione con la comadre e con la rispettiva famiglia, nel quale il minore è equiparato a tutti gli effetti come un figlio biologico, ed è possibile ogni qualvolta non ci sia un altro progenitore biologico precedentemente identificato, come nel caso qui di interesse.

Questa legge è stata definita un vero e proprio *tsunami* per il diritto di famiglia¹⁶⁵ ed una riforma di civiltà¹⁶⁶. Nonostante l'assetto rivoluzionario della normativa, questa non ha modificato i requisiti di accesso alle TRA, che sono tuttavia precluse a single ed a coppie di donne. Per tal motivo, la legge 404 è stata definita un *cavallo di Troia*¹⁶⁷ funzionale per future modifiche in tema di riproduzione assistita. Ciò nonostante, questo aspetto è stato criticato dalla dottrina, che si è schierata, prima e dopo la sua promulgazione, a favore dell'accesso alle TRA e GPA *pour tous*¹⁶⁸. Pare che l'obiettivo sia stato centrato,

¹⁶⁵ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, "L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille", *RLDC*, n° 98, novembre 2012, p. 55.

¹⁶⁶ Irène THÉRY, "Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ?", *Droit de la famille*, Dossier, 2013, Étude n 17.

¹⁶⁷ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leurs accès à la parenté", *RLDC*, n° 105, juin 2013, p. 40-42.

¹⁶⁸ In particolare, Irène THÉRY, "Mariage de même sexe et filiation..", *op.cit*, in *Droit de la famille*, Dossier, 2013, Étude n 17 ; Irène THÉRY, *Marriage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Seuil, 2016, p. 14; Irène THÉRY, Anne-Marie LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles*

giacché si assiste ad oggi ad un processo di riforma in tema di accesso a trattamenti riproduttivi per donne sole e coppie di donne¹⁶⁹.

L'adozione della partner, fino ad allora, era stata concessa in rari e puntuali casi basati sul concreto interesse superiore del minore¹⁷⁰, nonostante i vari dibattiti attorno ad essa¹⁷¹, previsti alla legge in oggetto. Dal 2013 si permette finalmente alla moglie di essere determinata genitore legale del figlio procreato¹⁷², seppur unicamente per adozione.

valeurs de responsabilité générationnelle, Odile Jacob, Paris, 2014; Daniel BORRILLO, Jesus FLORES RODRIGUEZ, "La reforma del Derecho de familia en Francia. A propósito del Proyecto de Ley n.º 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo", *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, 2013, 4 (1 abril), p. 9.

¹⁶⁹ *Projet de loi relatif à la bioéthique* (SSAX1917211L), disponibile qui www.legifrance.gouv.fr. (ultimo accesso 09.12.2020). Se adottato nella sua interezza, il progetto di legge francese consentirebbe l'accesso alle donne sole e alle coppie di donne e porrebbe fine a gran parte del turismo riproduttivo che vede le donne francesi tra le clienti più frequenti di centri di riproduzione assistita in Belgio e Spagna.

¹⁷⁰ *Tribunal de grande instance* (TGI) de Paris, 27 giugno 2001: JCP G 2002, I, 101, n° 9, che accorda l'adozione di tre bambini, nati in seguito a TRA, alla compagna della madre. (TGI) d'Amiens, 8 settembre 2006, TGI Belfort, 24 ottobre 2006, RG 06/00810. Cass. civ. 1ère, 24 febbraio 2006, n° 04-17.090, nonostante venga poi interpretato restrittivamente con la decisione Cass. civ. 1ère, 20 février 2007, n° 04-15.676 et n° 06-15.647.

¹⁷¹ Alexandra LECLÈRE. *L'homosexualité et la constitution de la famille: situations française et européenne*. Droit. Université de Bourgogne, 2016, p. 232.

¹⁷² Isabelle CORPART, "Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants", *AJ. fam.* n. 6, 2013, p. 340-344.

Contro la prassi dell'adozione della comadre, una parte della dottrina aveva considerato che si trattasse di un caso di frode alla legge¹⁷³. Secondo questi, l'accesso a TRA all'estero da parte di due donne consapevoli di concepire un figlio senza padre e di svincolarsi dalla proibizione della legge francese per poi ricorrere all'adozione è da considerarsi "illegale"¹⁷⁴. Sul punto, è intervenuta la Corte di Cassazione affermando che il ricorso alle TRA all'estero non costituisce un caso di frode alla legge dal momento che siano rispettati i requisiti richiesti per l'adozione e che questa sia conforme all'interesse del minore. Inoltre, specifica che non occorre indicare il metodo di concepimento, giacché l'unico requisito di avere solo la filiazione materna equivale ad una tacita validazione di questa pratica all'estero¹⁷⁵.

¹⁷³ Aude MIRKOVIC, "L'impossible adoption des "bébés Thalys"", *Revue Lamy droit civil*, juill-août, 2014, n. 117, p. 40-44; J. MOULY, "La délocalisation procréative": fraude à la loi ou habileté permise", *Dalloz*, 2014, p. 2419-2422. Claire NEIRINCK "Note sous TGI Lille", 14 oct. 2013, *Droit de la famille*, 2014, comm. n 4 ; "Épouses, fraude et adoption plénière", *Droit de la famille*, 2014 n° 7-8, Juillet 2014, repère 7 ; "Première adoption plénière par l'épouse de la mère", *Droit de la famille*, n°1, janvier 2014, comm. 4; Th GARÉ, "Refus de l'adoption de l'enfant conçu par PMA dans un couple de femmes", *RJPF*, juil-août 2014, p.39.

¹⁷⁴ Laurence BRUNET, "Les attermoiements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes", *Enfances Familles Générations*, n. 23, 2015, p. 71-89, p. 79.

¹⁷⁵ Laurence BRUNET, "Les attermoiements du droit français.." *op.cit.* p. 81-82. La Cassazione ha specificato che *la loi du 17 mai 2013 a autorisé l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère sans qu'«aucune restriction relative au mode de conception de l'enfant ne soit mentionnée»*.

L'entrata in vigore del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ed il conseguente permesso di adozione, ha rimediato alla notevole caduta a picco delle adozioni congiunte registrate sino ad allora¹⁷⁶, che dopo il 2013 ha visto una ripresa. Così facendo, però, è aumentato il numero di richieste di adozioni, di fronte ad un numero sempre minore di bambini adottabili¹⁷⁷. È in questo frangente critico che la stepchild adoption acquista rilevanza. Lasciando da parte il caso di adozione di un minore già adottato dalla compagna, verificatosi in pochissimi casi¹⁷⁸, la via privilegiata per fondare

¹⁷⁶ In uno studio pubblicato dall'Institut National d'Études Démographiques (INED) nel febbraio 2015, si sottolinea un'apprezzabile diminuzione delle adozioni negli anni 2005-2013, dovuto al minor numero di bambini adottabili ed al cambio di decisioni politiche e legali. Younés BERNAND, "A Chronicle of French Family Law: The decline of international adoption", *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, 2015, p. 111.

Si è giunti alla stessa conclusione in Italia, Jean-François MIGNOT, "Les adoptions en France et en Italie : une histoire comparée du droit et des pratiques (XIXe-XXIe siècles).", *Population -Paris, Institut National D'études Démographiques*, 2015, 70 (4), pp.805-830.

¹⁷⁷ Da una parte diminuiscono i bambini adottabili (Rapport AN n. 1925, 7 mai 2014, *sur la proposition de loi (no 1856) relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, par M.A. CHAPDELAINÉ) e dall'altro sono pochi i Paesi che accettano candidature da coppie omosessuali. È pertanto poco probabile che venga affidato un bambino ad una coppia dello stesso sesso. È eloquente il caso belga dove, nonostante la legge abbia autorizzato l'adozione congiunta nel 2006, nessuna di queste è stata portata a termine. Laurence BRUNET, "Les attermoiements du droit français.." *op.cit.* p. 72.

¹⁷⁸ Sia perché si preferisce dare in adozione un minore a una coppia, piuttosto che a un singolo, sia perché, quando questo è possibile, in alcuni casi, paesi stranieri hanno richiesto un "attestato di eterosessualità" per assicurarsi di non dare il minore in adozione a persone omosessuali. Erwann BINET, *Rapport AN n. 628, Ouverture du mariage aux couples de personne de même sexe*, 17 gennaio 2013, tome 1, p. 65.

una famiglia omoparentale si basa sull'adozione del figlio nato dalla compagna, consacrando l'importanza del loro progetto parentale comune ed indistintamente al metodo di concepimento utilizzato¹⁷⁹. Certo é che, dopo la legge 404/2013 e la sentenza della corte di Cassazione non vi é stata una modifica relativa all'accesso alle TRA in Francia, definito un atteggiamento ipocrita¹⁸⁰, permettendo di fare uso di una clinica all'estero per poi partorire in Francia e far adottare il figlio dalla moglie¹⁸¹.

Ai sensi dell'articolo 354-1 del Codice Civile francese, introdotto dalla legge 404/2013, l'adozione *piena* del figlio della moglie é permessa nelle seguenti ipotesi:

- 1- Quando la filiazione del minore è determinata solo rispetto alla madre partoriente;
- 1- Bis: Quando il minore è stato oggetto di una adozione piena da parte di colei che risulta essere l'unica persona che sostiene un legame di filiazione;
- 2- Quando l'altro genitore, diverso dalla moglie, si è visto privare totalmente dell'autorità parentale;

¹⁷⁹ Laurence BRUNET, "Les attermoiements du droit français.." *op.cit.* p. 72.

¹⁸⁰ Laurence BRUNET, "Les attermoiements du droit français.." *op.cit.*, p. 86.

¹⁸¹ Anne Marie LEROYER, "L'enfant d'un couple de femmes", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2035.

- 3- Quando l'altro genitore, diverso dalla moglie, è deceduto senza lasciare ascendenti di primo grado o quando questi si sono manifestati disinteressati al minore.

Il procedimento si instaura presentando una istanza al tribunale dei minori competente, allegando la richiesta di adozione che ne specifica i motivi (frutto di un progetto parentale previo oppure famiglia ricostituita). Occorrerà dimostrare la relazione di fatto instaurata con il figlio o con i figli, se rivolto a più minori allo stesso tempo, come genitore sociale, al pari di quello della madre biologica, così come provare un rapporto stabile con la comadre, definendo come tale unicamente il vincolo matrimoniale, nonostante non sia previsto un minimo di anni di matrimonio¹⁸². Le coppie non coniugate, quali PACS o *concubinage*, sono pertanto escluse da questa normativa, contro l'opinione degli esperti¹⁸³. Sul punto si è espressa anche la Corte di Cassazione del 7 marzo 2018 (Avis n° 15003, Première chambre civile, Demande d'avis n° F 17-70.039) confermando l'esclusione delle coppie non sposate.

¹⁸² Mentre persiste il requisito di due anni di matrimonio nel caso di adozione congiunta (art. 343 CC).

¹⁸³ Irène THÉRY, Anne-Marie LEROYER, *Filiation, origines, parentalité..op.cit.*; Fanny HARTMAN, "L'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant du conjoint", Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon3/sect1/ii/b-adoption-conjointe/> (ultimo accesso 28.03.2020).

La non lascia spazio a fraintendimenti. Si approfitta per esprimere in tutta chiarezza, inoltre, che non solo le donne non sposate sono escluse dalla disciplina di cui all'art. 345-1 CC, ma anche da quella della presunzione di paternità, del riconoscimento e del possesso di stato¹⁸⁴.

Allo stesso modo, le reticenze derivate dall'accesso a TRA per coppie di donne, in taluni casi é stata interpretata quale una fraudolenta evasione delle leggi francesi in tema di TRA¹⁸⁵. Ad oggi, tuttavia, la decisione della Corte di Cassazione del 22 settembre 2014 (Avis n° 15010, Demande n° 1470007) ha sancito una volta per tutte l'idoneità dell'adozione da parte della comadre anche in seguito a trattamenti riproduttivi, poiché ritenuti soddisfatti i requisiti per l'adozione e nonché consistenti motivi per ammettere la richiesta, al fine di

¹⁸⁴ Nell'ultimo report pubblicato, i dati dell'INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE) *Mariages - Pacs - Divorces* del 22 settembre 2018 (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488> ultimo accesso 29.10.2020), riportano un numero sempre crescente di matrimoni tra coppie di donne tra l'anno 2013 e il 2018. É probabile che tale tendenza sia dovuta al compimento del requisito di cui all'art. 345-1 CC.

¹⁸⁵ Nel 2014, il caso vede una coppia sposata composta da due donne che, dopo l'impossibilità di sottomettersi ad una TRA in Francia, decide di viaggiare in Belgio dove questa opportunità gli è assicurata. Al compimento del 4 compleanno, la di fatto comadre inizia, con il consenso della coniuge, il procedimento di adozione. Il tribunale di prima istanza di Versailles rigetta la richiesta per averla considerata una fraudolenta evasione delle leggi francesi in tema di TRA, accedendovi all'estero.

garantire il cumplimiento delle norme nel primario interesse superiore del minore.

Quali altri requisiti, oltre al consenso di entrambe le donne¹⁸⁶ per la determinazione dalla comaternità della coniuge, la legge impone una differenza d'età con il minore di almeno 10 anni, facilmente verificabili soprattutto nel caso di interesse per questa tesi. Infine, l'articolo 353 stabilisce che, dopo aver concluso le verifiche necessarie, il tribunale deve, entro 6 mesi, comunicare l'esito del procedimento. In caso di giudizio favorevole, la comadre assume il ruolo di genitore legale di/dei figlio/i della coniuge retroattivamente alla data di inizio del procedimento. Il compromesso che assume il legislatore francese nell'espletare la richiesta entro i sei mesi pare accertata. Nonostante non si possa determinare al momento della nascita, o prima ancora di questa, il margine temporale è limitato ex ante nel tempo e questo beneficia la sicurezza giuridica della relazione. Da questo momento, entrambe le donne sono titolari degli stessi diritti e doveri nei confronti dei propri figli. L'adozione piena diviene pertanto irrevocabile (art. 359 CC).

¹⁸⁶ Necessario anche il consenso dell'adottato quando abbia raggiunto una certa maturità.

6. Limiti e problematiche dell'adozione in tema di comaternità

L'istituto dell'adozione congiunta, così come concepita oggi, è pensato per offrire una vita migliore a minori in situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi¹⁸⁷, mentre la *stepchild adoption* invece può essere pensata per famiglie ricomposte, oppure - come nel caso che ci riguarda - per formalizzare, a posteriori, una situazione di fatto pianificata previamente tra due donne, per permettere l'integrazione della comadre nel nucleo familiare. La legge lo riconosce, seppur ben consapevole che la finalità sia stata, sin dall'inizio, quella di offrire una famiglia composta da due genitori ad un bambino non ancora nato¹⁸⁸.

Vi sono due aspetti primari che rendono questo procedimento insoddisfacente.

¹⁸⁷ Cfr Articolo 8 Legge 4 maggio 1983 n. 184 (Gazz. Uff. 17 maggio 1983, n. 133). Per l'ordinamento francese, articolo 381-1 CC., *Un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit.*

¹⁸⁸ Younés BERNAND, "A Chronicle of French Family Law: The decline of international adoption", *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, 2015, p. 112.

Sotto quello principale, l'adozione non tutela le famiglie nel periodo previo alla nascita del figlio. È, infatti, un procedimento unicamente pensato per rispondere ad una situazione posta in essere a posteriori. Dal momento della nascita alla conclusione dell'adozione vi è un periodo nel quale la comadre non è legalmente riconosciuta come tale¹⁸⁹. In questo arco temporale, la comadre ed il nascituro non godono di alcuna protezione giuridica e si trovano a dover affrontare una realtà non esente da imprevisti che possono incidere sull'effettiva determinazione del vincolo materno-filiale. Di conseguenza, il minore si trova in una sorte di limbo giuridico oscillante tra l'essere trattato come figlio della seconda donna oppure come un estraneo rispetto a questa¹⁹⁰. Basti pensare alle drammatiche conseguenze che deriverebbero in caso di morte della madre biologica, durante il parto o nei mesi previ alla conclusione del procedimento di adozione. Come si evince, è una situazione nella quale la comadre è, sino all'ultimo, è una mera *comadre de facto*.

In secondo luogo, è più articolato e problematico il caso di conflitto tra le due donne, nel lasso temporale susseguente alla nascita ma precedente alla finalizzazione dell'*iter* adottivo. In

¹⁸⁹ Ad esempio, abbiamo visto che nel sistema francese, l'autorità dispone di sei mesi per deliberare sul merito dell'adozione.

¹⁹⁰ Esther FARNÓS AMORÓS, "Acceso a la reproducción asistida por parejas..", *op.cit.*, p. 159.

questo periodo, la comadre può vedersi estromessa qualora la madre gestante si rifiuti di acconsentire alla conclusione dell'adozione. Altresì, se la comadre cambia idea rispetto all'adozione, la madre gestante si può trovare senza alcuno strumento forzoso per imporle di portare avanti quanto pianificato. Nel contesto francese, per esempio, la fine della relazione coniugale farebbe venire meno il requisito dell'unione maritale imposto dalla legge.

In queste circostanze, il progetto parentale previo gioca alcun ruolo in un procedimento di adozione che si instaura sempre *ex post*? In linea generale, la risposta al quesito è, tristemente, negativa. Un progetto procreativo previo non ha rilievo qui poiché l'adozione del figlio del partner è strutturata per assemblare famiglie ricostituite¹⁹¹, e non come strumento di pianificazione parentale anteriore alla nascita, seppur il legislatore pare consapevole del fatto che sia un istituto a cui facciano ricorso donne con un progetto familiare anteriore. Le due partner devono essere disposte, o meglio, si trovano costrette a portare termine un progetto parentale comune con

¹⁹¹ La ricostituzione di una famiglia che esiste di fatto nella realtà, proveniente dalla decisione di una madre sola o separata che, successivamente si fa carico di suo figlio con una partner. In questo senso, si la comadre è entrata a far parte della famiglia in un secondo momento, quando questa esisteva già. Così come accade per le coppie di sesso diverso, in questo caso non vi è stato un progetto parentale previo ma solo uno discusso in un secondo momento.

la consapevolezza che la madre gestante sarà immediatamente determinata come tale, mentre alla seconda spetta l'attesa del riconoscimento del suo legame con il minore mediante adozione. L'idea di creare una famiglia prima del concepimento rafforza ipoteticamente la volontà delle donne, ma non è, in questi ordinamenti, sufficiente per l'imposizione reciproca della filiazione.

7. I vantaggi dell'adozione in tema di comaternità

Il regime di adozione presenta due vantaggi: l'irrevocabilità ed il riconoscimento internazionale di cui gode.

Il presupposto sul quale fondiamo le ragioni dell'adozione è quello di soddisfare il diritto fondamentale di ogni bambino ad avere una famiglia, a stabilire un vincolo d'affetto con la propria famiglia adottiva (o, in questo caso, intenzionale), ad essere da questa cresciuto ed educato al fine di sviluppare una realtà stabile ed armonica. Tale diritto è garantito dall'adozione piena ed irrevocabile¹⁹². L'impugnazione di questa non è ammessa¹⁹³, mentre vedremo che non sarà

¹⁹² Julia Sandra BERNAL CRESPO, "Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción", *Estudios Constitucionales*, Año 11, n. 1, 2013, p. 607.

¹⁹³ Salvo nel caso descritto supra (art. 44, lett. d) legge 184/1983), limitato ai casi di indegnità dell'adottato, per indegnità dell'adottante o per

possibile affermare lo stesso nei casi di comaternità di cui ai modelli di determinazione per presunzione o consenso.

In secondo luogo, l'adozione gode di un ampio riconoscimento internazionale, che può beneficiare coloro che intendono vivere in un Paese che non riconosce la comaternità per legge¹⁹⁴, pertanto rimane un'ipotesi che mi pare corretta da mantenere, seppur solamente come procedimento straordinario e non come unico e principale mezzo di determinazione della comaternità. Nel pressoché unico contesto di necessità di "imposizione" internazionale di una doppia filiazione determinata nei confronti di due donne, l'adozione può risultare uno strumento di basilare importanza per la determinazione legale della stessa¹⁹⁵.

violazione dei doveri che incombono sugli adottanti. C'è chi sostiene che l'adozione piena goda di irrevocabilità poiché sono numerosi i controlli giudiziali previ alla sentenza di adozione, mentre in quella "in casi particolari" i controlli sono minori e si ammette una revisione futura, seppur in casi limitati e circoscritti. Alberto GIUSTI, "L'adozione dei minori di età in casi particolari", Giovanni BONILINI (Dir.), *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. 4, Utet Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 3970.

¹⁹⁴ *Vid.* il caso di una madre gestante spagnola, sposata con una tedesca e residenti in Belgio. Il figlio nasce in Francia: RDGRN 57a, del 12 giugno 2015 (Jur2016/40335).

¹⁹⁵ Anche negli USA, ad esempio, la principale raccomandazione per coppie di donne, specialmente non sposate, è quella provvedere ad una *second parent adoption*. NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHT. *Legal Recognition of LGBT Families*, 2019, pubblicato il 3.06.2020 e disponibile qui: https://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Legal_Recognition_of_LGBT_Families.pdf (ultimo accesso 5.11.2020).

8. Riflessioni finali

Si è dimostrato come, nel primo modello, il ricorso all'istituto dell'adozione sia l'unica via per la determinazione della comaternità, giacché non è presente, negli ordinamenti giuridici affrontati, alcun altro meccanismo legale volto alla determinazione di un secondo progenitore dello stesso sesso di quello già determinato. Quando però la decisione di creare una famiglia è previa alla nascita, e a tal fine si è fatto ricorso a tecniche di riproduzione assistita, è consono pensare che si sia trattato di un progetto parentale comune. Di conseguenza, si può affermare che la determinazione della filiazione è basata sull'elemento volitivo di entrambi i membri della coppia, nonostante al momento del parto la filiazione sia determinata solo a favore della donna gestante. Il ricorso all'adozione del figlio del partner si scontra così con l'interesse superiore del minore ad avere due vincolo materno-filiali determinati sin dalla nascita. Al contrario, quando si è trattato di un progetto procreativo portato avanti in solitaria da una donna, oppure quanto il minore sia frutto di una relazione precedente, l'adozione del figlio del coniuge o partner risulta appropriato giacché si tratta di un nucleo familiare formato a posteriori, talvolta dopo vari anni dalla nascita del minore, per il quale la stabilizzazione dello *status filiationis* a posteriori è coerente con le circostanze del caso.

La previa esperienza di altri paesi europei, che si analizzano nei prossimi capitoli, ha dimostrato che il progresso storico che li ha coinvolti in tema di filiazione omoparentale non è stata immediato ma, al contrario, il cambiamento è stato graduale, dapprima mediante la *stepparent adoption* e *joint adoption*¹⁹⁶ e, successivamente, questi si sono decisi per un modello automatico ed autonomo di determinazione della comaternità senza ricorso all'adozione. Probabilmente, per gli 11 stati sopra menzionati come modello zero, occorre attendere la proporzionale evoluzione giuridica e culturale, che avverrà con ritardo in un futuro, speriamo, non troppo lontano, sulle orme del processo che hanno affrontato gli ordinamenti che hanno già superato tale tappa.

Un aspetto ulteriore che mi pare rilevante, è il meccanismo, tendenzialmente ipocrita, che si continua a mantenere nei sistemi del modello uno e che prevede la *stepchild adoption* come unico meccanismo diretto di comaternità. Infatti, pare ad oggi esulare dagli schemi logici il dover richiedere di procedere con un tramite giudiziale, quando il risultato ottenuto con l'adozione è pressoché il medesimo che dovrebbe effettuare il legislatore con la semplice previsione di una norma autonoma in materia di filiazione omoparentale. Se

¹⁹⁶ Seppur è bene ricordare che nessuna delle due fosse stata pensata esplicitamente per il contesto di trattamenti riproduttivi.

ammettiamo che una coppia dello stesso sesso possa far ricorso a tecniche riproduttive e adottare reciprocamente i figli della coniuge o partner, dovremmo anche facilitare le loro relazioni qualora fondate su un progetto parentale previo, per non lasciare le comadri ed i nascituri nell'attesa di concludere l'adozione per poter finalmente sentirsi legalmente una famiglia.

Il dato certo da cui partiamo è che ad oggi non vi sia un'obbligazione in capo agli stati europei di provvedere all'estensione del matrimonio a coppie dello stesso sesso¹⁹⁷; ma è altrettanto vero che la mancanza di uno strumento legale idoneo a soddisfare i diritti delle coppie dello stesso sesso e la mancata tutela di nuclei familiari omoparentali, infrange le norme CEDU¹⁹⁸. L'omoparentalità sta conquistando l'attenzione che merita anche laddove gli stati siano schivi al suo riconoscimento. Ritengo che le possibili soluzioni per il futuro potrebbero dirigersi in una triplice direzione.

In primo luogo, nonostante gli svantaggi presentati supra, la più auspicabile sin da subito, è quella dell'allineamento delle

¹⁹⁷ Come affermato nelle sentenze *Schalk and Kopf v. Austria* (application n. 30141/04 del 26 giugno 2010), *X v. Austria* (application n.19010/07, del 19 febbraio 2012) e *Gas e Dubois v. Francia* (application n. 25951/07, del 15 marzo 2012).

¹⁹⁸ Come affermato in *Oliari and others v. Italy* (application n. 18766/11 e n. 36030/11, del 21 luglio 2015).

previsioni in oggetto di adozione *indistintamente dall'orientamento sessuale* e dallo stato civile, includendo coppie sposate e non, per tutti quegli ordinamenti che tuttora non ne dispongano.

In secondo luogo, ritengo che vi siano le basi per affermare che la filiazione omoparentale sia già ampiamente presente nei sistemi legali –almeno quelli europei– sia di fatto che legalmente, e proviene, nella grande maggioranza dei casi, dall'opportunità offerta a coppie di donne di accedere a tecniche di procreazione assistita. Di conseguenza, reputo necessario compiere un passo in avanti verso il riconoscimento della filiazione omoparentale che garantisca la relazione materno-filiale con la comadre sin dal momento della nascita, mediante (almeno) uno dei meccanismi presenti in questa tesi.

In ultimo luogo, qualora gli ordinamenti decidano di non adottare alcuna soluzione offerta dal diritto comparato (es. presunzione di comaternità o consenso come titolo autonomi di attribuzione della filiazione), si potrebbe avanzare l'idea dell'adozione del minore previo alla nascita. Se è vero che ciò che interessa nelle TRA è la volontà procreazionale, questa è già presente prima e durante la gravidanza. Non è necessario attendere la nascita per decidere se si vuole essere comadri oppure no. Questo metterebbe fine ai problemi di sicurezza legale in caso di circolazione in paesi terzi, e renderebbe

Capitolo II

irrevocabile la decisione presa dalle donne al momento del concepimento. ññññ

Capitolo II

CAPITOLO III

COMATERNITÀ PER PRESUNZIONE

1. Presunzione di comaternità come titolo autonomo di determinazione della filiazione

I sistemi legali che si analizzano in questo capitolo, basano la determinazione della comaternità su un elemento formale: lo stato civile delle donne, dal quale scaturisce una presunzione *iuris tantum* rispetto alla filiazione nei confronti della comadre, ovvero la donna non gestante. In questo contesto, il legislatore ha previsto delle conseguenze giuridiche derivate dall'unione delle due (unione civile, *registered or civil partnership, parejas registradas*) o, ove possibile, sul matrimonio tra di esse.

In particolare, il modello di riferimento si basa sugli ordinamenti di Belgio e Regno Unito.

Per giungere a questo stadio avanzato, in cui l'adozione si è vista affiancata dall'automatica determinazione della comaternità, il dibattito dottrinale si è basato sull'estensione della presunzione di paternità che opera in caso di coppie formate da uomo e donna, estendendola anche a coppie di

donne. Rispetto a quest'ultima, si definisce una presunzione come *la conseguenza che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato*¹⁹⁹. Questo prova un fatto che tuttavia non è realmente verificato ma solo ipotizzato, ed inverte l'onere probatorio, che ricade sulla parte che risulta interessata ad inibire la conclusione alla quale giunge, autonomamente, il sistema giuridico.

La presunzione di paternità àncora il proprio ragionamento partendo dalla nascita di un bambino (*fatto noto*), attribuendone la filiazione, quando si compiano determinate circostanze²⁰⁰, al marito della donna che ha dato a luce, seppur ignorandone l'origine biologico (*fatto ignoto*), poiché questo è presunto. Si ipotizza, in questo contesto, che il concepimento sia frutto della relazione sessuale avvenuta tra i coniugi. Quando si tratta di un uomo e donna, per natura potenzialmente fertili, l'ordinamento giuridico presuppone che il marito sia, pertanto, il padre *biologico* del nascituro. Qualora il marito volesse impedire o modificare la determinazione di paternità così stabilita, dovrebbe provare il perché della sua pretesa. Tradotto in termini concreti ciò

¹⁹⁹ Art. 2727 cc. italiano.

²⁰⁰ Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232 CC it, art. 116 CC esp, art. 235-5 CC Cat)

significa provare, in caso di procreazione naturale, l'assenza di vincolo biologico tra il minore ed il presunto padre. La finalità della stessa risponde al principio di sicurezza legale, secondo cui è conveniente determinare, *ex lege ed a priori*, chi sarà considerato progenitore legale, senza che si richieda l'intervento delle parti.

L'impiego di questa tecnica legislativa al contesto delle coppie di donne, comporta, di primo acchito, non poche forzature. Il fatto noto per il quale da una relazione sessuale tra uomo e donna possa derivare il concepimento di un minore, incontra l'impossibilità naturale nel seno di una coppia di donne. Senza l'ausilio di un donatore di seme, non si può sostenere che due donne siano *presumibilmente* capaci di procreare.

Tuttavia, gli ordinamenti che hanno esteso la presunzione di paternità - derivata in presunzione di comaternità - lo hanno giustificato con un elemento di base diverso: il fondamento per la presunzione di comaternità è il mero stato civile delle due donne. Il fatto, dunque, che siano esse sposate oppure compagne è di per sé sufficiente per determinare la comaternità legale. La natura stabile del rapporto di coppia è prova sufficiente, per il legislatore, per presumere che il minore sia nato nel seno della coppia di donne. Si anticipa, pertanto, che ciò che presume la legge è qualcosa di diverso

dalla biologia che lega comadre e nascituro. Tornerò sul punto al par. X.

2. La comaternità nell'*Human Fertilization and Embryology Act* (Regno Unito)

Nel Regno Unito, le relazioni tra persone dello stesso sesso sono state regolate dal *Civil Partner Act* (CPA) 2004, una normativa appositamente ed esclusivamente pensata per unioni omosessuali²⁰¹. L'art. 3 del CPA dichiara che la *civil partnership* sia riservata alle sole persone del medesimo sesso, dunque le coppie di sesso diverso si vedevano escluse da questo tipo di unioni. Quasi un decennio più tardi, con l'entrata in vigore del *Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013, le coppie dello stesso sesso hanno potuto scegliere se formalizzare la loro unione mediante *civil partnership* oppure matrimonio²⁰², prerogativa oggi estesa anche a coppie di sesso opposto che in un primo momento ne rimanevano escluse²⁰³.

²⁰¹ Provocando un acceso dibattito circa la ristrettezza del provvedimento. Vid. Craig LIND "Sexuality and same-sex relationship in law" in Belinda BROOKS-GORDON et al. (Eds.) *Sexuality Repositioned: Diversity and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004 p. 109 e 126; Alison DIDUCK, "A family by any other name...or Starbucks comes to England", *Journal of Law and Society*, 28, 2001, p. 290.

²⁰² Ed eventualmente anche di convertire la prima nel secondo.

²⁰³ La Corte Suprema, nel giugno 2018, ha stabilito che il divieto d'accesso alla *civil partnership* da parte di coppie eterosessuali costituisce una violazione dell'art. 14 CEDU, in relazione all'art. 8 della stessa. Ora questa è disponibile per qualsiasi coppia. UK Supreme Court, R (on the application

Così come la *civil partnership* ha rimesso in gioco il ruolo del matrimonio nella sua interezza, alcuni autori auspicano a che i progressi in materia di comaternità possano contribuire a rimettere in discussione l'intero sistema di filiazione britannico²⁰⁴.

I cambiamenti avvenuti negli ultimi due decenni – come, ad esempio, la maniera flessibile e “creativa” con la quale si stesse ampliando la disciplina dei *parental order* e *parental responsibility*, la riforma dell'HFEA 2008, il tentativo di eguagliare lo *status filiationis* rispetto a due donne è evidente²⁰⁵.

Per la compagna della madre, persiste la distinzione linguistica tra “madre”- colei che gesta, e “*female parent*”- la sua compagna. La terminologia, in caso di famiglie parentali, è senza dubbio uno dei temi più complessi da affrontare²⁰⁶.

2.1. Lo stato civile

of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development , [2018] UKSC 32, UKSC 2017/0060, del 27 giugno 2018.

²⁰⁴ Leanne SMITH, “Tangling the web of legal parenthood: legal responses to the use of known donors in lesbian parenting arrangements”, *Legal Studies*, Vol. 33, n.3, 2013, p. 359.

²⁰⁵ C'è chi ritiene che non sono stati significativi come ci si aspettava. Cfr Julie MCCANDLES e Sally SHELDON, “The Human Fertilization..”, 2010, *op.cit*, p. 188.

²⁰⁶ Alison DIDUCK “If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, Identity and Parenthood”, *Child and Family Law Quarterly*, vol 19, n.4, 2007, p. 458. Segnala il problema della terminologia anche Kirsty HORSEY, “Legal Parenthood and Parental Responsibility”, in Ruth LAMONT (ed.), *Family Law*, Oxford University Press, 2018, p. 320.

La normativa di riferimento è l'*Human Fertilization and Embryology Act* 2008 (d'ora in poi, HFEA)²⁰⁷. Si tratta di una legge speciale, che disciplina aspetti medici e legali delle tecniche riproduttive²⁰⁸. Questa, mantenendo il concetto già identificato nel 1990²⁰⁹ ed in linea con il principio *mater semper certa est*, la sec. 33 offre la definizione di "madre" come la donna che ha portato a termine la gravidanza, a prescindere dal fatto che la TRA sia avvenuta in Regno Unito o al di fuori, e indistintamente dal fatto che l'ovulo fecondato sia proprio della madre gestante o no. L'unica eccezione alla regola è

²⁰⁷ *The Human Fertilisation and Embryology Act* 2008 (c 22). Questo provvedimento ha riformato l'*Human Fertilisation and Embryology Act* 1990 ed il *Surrogacy Arrangements Act* 1985; Successivamente, è stata parzialmente modificata dall'entrata in vigore del *Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013 (c. 30), ed il *The Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act* 2014 and *Civil Partnership Act* 2004 (*Consequential Provisions and Modifications*) Order 2014 per la Scozia.

²⁰⁸ Ciò che stupisce la dottrina è la quasi assenza di esperti giuristi per la sua stesura. Julie MCCANDLES e Sally SHELDON, "The Human Fertilization and Embryology Act (2008) and the tenacity of the sexual family", *Modern Law Review*, Vol. 73, n.2, 2010, p. 180. Si criticano specialmente le modalità di riforma impiegate: "Rather the architects of reform worked outwards from the provisions already in place, making the key question not 'what model of law do we want?' but rather 'what needs to be changed?'" , come è emerso dalle interviste condotte dalle autrici. Gli esperti hanno affermato in varie occasioni di non essersi soffermati sulle conseguenze giuridiche derivanti da alcuni precetti e, in particolare, su quelli delle sec. 42 e ss.(risulta una sola consulta sui temi di filiazione).

²⁰⁹ Sec. 27 HFEA 1990.

prevista dal comma secondo della stessa sec. 33 e riguarda il caso dell'adozione²¹⁰.

Il cambio più significativo è quello che riguarda la possibilità per due donne di essere riconosciute madri dalla nascita²¹¹. A tal fine, oltre alla partoriente (sec. 33 HFEA), si può determinare la comaternità in due casi. Il primo, mediante presunzione (sec. 42 HFEA) rispetto alla coniuge o alla sua partner (civil partnership); la seconda, per consenso espresso da parte di una seconda figura materna (sec. 43 HFEA). , analogamente a quanto avviene nel caso il cui il partner sia di sesso maschile.

Il caso che qui ci interessa è il primo. Se la madre gestante è sposata o in *civil partnership* con la comadre, sec. 42 HFEA prevede che quest'ultima sia determinata come *female parent*. Tale precetto replica esattamente la struttura seguita circa le

²¹⁰ Anche in caso di gestazione per altri, regolata dal *Surrogacy Arrangement Act 1985*, vale il principio secondo cui madre è colei che partorisce. Per trasferire questo status dalla madre surrogata alla madre intenzionale o alla coppia di genitori intenzionali, è necessario iniziare un *Parental order process* ai sensi della Sez. 54 HFEA. La richiesta può essere presentata dalle 6 settimane ai 6 mesi dalla nascita del minore ed è valutata nell'interesse di quest'ultimo. *The Surrogacy Pathway. Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, Department of Health and Social Care, Guidance, febbraio 2018.

²¹¹ La comaternità è stata disciplinata per la prima volta in Regno Unito dall'*Adoption and Children Act 2002*, entrato in vigore nel 2005, mediante il quale fu resa possibile l'adozione da parte di coppie dello stesso sesso. Per questo tema, *vid.* Cap. II.

conseguenze della determinazione della filiazione previste per coppie eterosessuali e, *a priori*, opera automaticamente sia qualora il trattamento é stato portato a termine in una clinica autorizzata che al di fuori. Dunque, anche in caso di inseminazione domestica, entrambe le donne hanno diritto di essere determinate comadri dal momento della nascita.

L'automaticità della norma fa sí che si instauri la relazione materno-filiale con la comadre dal momento della nascita stessa. Manca, tuttavia, una chiara disciplina circa le azioni di stato. Il precetto si limita ad invertire l'onere probatorio in capo alla donna che pretenda impugnare la filiazione²¹².

In definitiva, la della filiazione avviene pertanto automaticamente, salvo che il cancelliere incaricato nutra alcun dubbio sulla veridicità delle informazioni fornite dai richiedenti²¹³. La domanda riguardo a *chi deve essere iscritto come genitore e quali conseguenze farne discendere* è di facile risposta, qualora si compia il requisito (unico) previsto dalla sec. 42: una relazione stabile e documentabile. Questa esclude pertanto le relazioni di fatto, poiché la convivenza non è una

²¹² Vid. *AB v CD and the Z Fertility Clinic* [2013] EWHC 1418 (Fam.). Nel caso, data la mancanza di una pratica uniforme nelle cliniche di riproduzione assistita inglesi, la madre gestante é riuscita a provare l'assenza di consenso prestato dalla ex-partner, che era stato invece presunto.

²¹³ Julie MCCANDLESS e Sally SHELDON, "The Human Fertilization..", 2010, *op.cit.*, p. 190, nota 90.

situazione che, in sede registrale, possa essere facilmente comprovata. In questa circostanza la comaternità non è preclusa ma deve seguire quanto si accenna rispetto alla sec. 43 HFEA.

2.2. L'importanza del consenso della comadre alla pratica riproduttiva

Il consenso della comadre assume reale importanza solo in caso di controversia circa la determinazione della filiazione. Qualora abbia operato la presunzione di comaternità, questa si può contestare solo dimostrando che il concepimento non è stato frutto di una pratica riproduttiva concordata con la moglie o con la partner. In questo contesto, il consenso è importante ma secondario. Questo si può mettere in discussione solo in seguito ad una eventuale determinazione della comaternità.

Il consenso è invece il titolo di attribuzione della filiazione nel caso previsto dalla sec. 43 HFEA. Quando la madre gestante è solo di fatto in coppia con un'altra donna, la sua partner di fatto, o persino, in termini generali, qualsiasi altra donna, potrà essere altresì riconosciuta come comadre, qualora il trattamento sia stato portato a termine in una clinica autorizzata, e siano soddisfatti i requisiti di cui alla Sec. 43 e 44

rispetto al suo consenso alla TRA, questione che analizzeremo a fondo nel capitolo 4 e alla quale si rimanda.

Infine, la sec. 46 prevede la stessa conseguenza anche qualora il TRA venga effettuato dopo la morte della coniuge o della compagna, basato unicamente sul consenso espresso su tale pratica. Questo dato dimostra l'assoluta irrilevanza che gioca il fattore genetico al momento della determinazione della comaternità²¹⁴. Anche sul punto, *vid.* la funzione del consenso, *infra* cap IV.

2.3. Aspetti biologici della comaternità

Se per la madre gestazionale il parto è di per sé sufficiente per stabilirne il ruolo di madre, per la comadre vi è un'espressa esclusione della determinazione del suo status sulla base del vincolo biologico. Tradotto sul piano pratico, se la comaternità non è stabilita ai sensi delle sec. 42 o 43 HFEA, anche in caso di impiego del metodo ROPA per il concepimento, si esclude espressamente che la comadre possa rifarsi a detto vincolo genetico per far prosperare la propria richiesta, affermando le donatrici di ovuli non sono mai – ed in nessuna circostanza – considerate madri²¹⁵. Al contrario, in caso di reclamazione

²¹⁴ Nel caso dell'uomo invece, si distingue tra l'ipotesi in cui si tratti di TRA omologa (sec. 39 HFEA) o eterologa (sec. 40 HFEA)

²¹⁵ Sec. 47 HFEA 2008.

della paternità, il vincolo biologico è rilevante, salvo nel caso di mera donazione di sperma.

Questo ragionamento ci porta ad evidenziare l'idea di complementarità all'interno della relazione tra comadri, che vede una principale ed una sussidiaria ad essa. Al contrario, nel caso di coppie eterosessuali, l'equiparazione della figura materna e paterna è evidente.

L'istituto del matrimonio e della civil partnership mantiene un'indiscussa rilevanza, dato che il sistema legale attribuisce, in prima battuta, la filiazione al secondo membro della coppia, qualora si tratti di una relazione stabile. Quindi se da un lato - orizzontalmente - le differenze tra coppie di fatto e coppie registrate o sposate si sono pressoché azzerate, lo stato civile ostenta tuttora una grande importanza - verticalmente - in quanto a relazioni paterno filiali, dovuta all'estensione della presunzione di paternità, allargata alla *female partner* nel 2008, che può essere vista come l'assimilazione, e dunque l'estensione, della famiglia fondata sul matrimonio, piuttosto che una forma radicalmente nuova per il consolidamento di legami giuridici²¹⁶.

²¹⁶ Julie MCCANDLESS e Sally SHELDON, "The Human Fertilization..", 2010, *op.cit.*, p. 189.

Si è visto come la distinzione tra unione formale ed informale giochi un ruolo centrale nella determinazione della filiazione. I primi potranno avvalersi della presunzione di paternità o comaternità sia qualora il TRA sia stato portato a termine in una clinica autorizzata, sia che esso sia stato frutto di un accordo privato, cd. inseminazione domestica²¹⁷. Al contrario, le coppie che non hanno formalizzato la loro unione, potranno beneficiarsi della medesima previsione legale solo qualora il TRA sia avvenuto in una clinica e siano state rispettate le condizioni necessarie di consenso previste alle sez. 36-37 e 43-44 HFEA 2008.

Modello bigenitoriale

La riforma dell'HFEA ha formalmente stabilito che i bambini possono essere cresciuti senza alcuna conseguenza negativa da coppie di persone dello stesso sesso o di sesso diverso, o da madri sole, non si è spesa alcuna parola rispetto alla convenienza di rivedere il modello di genitorialità dualistico, che prevede un massimo di due persone, indistintamente dal loro sesso, come genitori. Il diritto anglosassone, però, in altri contesti, ha introdotto eccezioni a questo principio,

²¹⁷ Tuttavia, quando la madre non è sposata o in *civil partnership*, il donatore del seme è considerato il padre del bambino. Al contrario, se la madre fosse in una relazione formale, occorrerebbe prima distruggere la presunzione di cui alle sec.42 HFEA 2008.

dimostrandosi flessibile e creativo nel riconoscere dei legami alternativi a quelli vincolati dal rigido modello bigenitoriale. Concretamente, lo ha introdotto in due casi, quello dell'adozione e nel caso di *parental responsibility*.

Il primo, intende mantenere un vincolo con i genitori biologici, accanto a quelli legalmente e socialmente considerati come tali in virtù dell'adozione, sul quale qui non ci soffermeremo.

Il secondo, riguarda la possibilità di concedere ad un adulto, oltre a coloro già riconosciuti come genitori legali, *parental responsibility* su un minore²¹⁸. L'esercizio di questa responsabilità è intrinseco allo status di genitore, ma può non coincidervi. Infatti, vi possono essere due genitori legali, con *parental responsibility*, ed un terzo soggetto che la richieda. In caso di concessione di questa facoltà, l'effetto sarà cumulativo ma non sostitutivo delle prime prestabilite. Il risultato si avvicina a quello di un possibile scenario di multiparentalità, seppur non eguagliandolo.

In sede di riforma dell'HFEA 2008 era stata avanzata la possibilità di avere fino a tre genitori legali, anziché due. La proposta è stata abbandonata per paura di mandare in fumo l'intero progetto di riforma, nonché per un motivo più banale

²¹⁸ Sez.2, Children Act 1989.

ma valido, secondo cui questa non era la sede idonea per un cambiamento così sostanziale in diritto di famiglia²¹⁹.

Nel Regno Unito, la fecondazione post mortem è permessa sia in caso di coppie dello stesso sesso che di sesso opposto. Secondo la normativa britannica di riferimento, se l'embrione è già stato trasferito nell'utero materno o se il materiale genetico è già stato depositato con l'espressa indicazione di poterlo impiegare anche in caso di decesso, la madre gestante può decidere, nei quarantadue giorni successivi alla nascita del bambino, di determinare la filiazione anche a favore del padre (biologico. Sec. 39 HFEA) o intenzionale (sec. 40 HFEA) parimenti a quanto previsto in caso di coppie di donne (sec. 46 HFEA)²²⁰.

La nuova legge ha indubbiamente apportato alcune importanti modifiche, così come l'abolizione del "need for a father", ovvero la necessità di determinare la paternità, così come, per

²¹⁹ Julie MCCANDLESS e Sally SHELDON, "The Human Fertilization...", 2010, *op.cit.*, p. 191. Come già anticipato, non tratteremo questo tema in questa tesi dottorale.

²²⁰ In questo particolare contesto, si sottolinea come non sia mai menzionato il coniuge o partner superstite e se questi possa accedere all'utilizzo del materiale genetico o degli embrioni già creati. Nel caso di coppie di donne, infatti, la donna ancora in vita potrebbe far uso di questi per portare a termine la gravidanza, data la sua potenziale possibilità di gestare, cosa preclusa al superstite di sesso maschile dato che dovrebbe necessariamente fare ricorso ad un accordo di gestazione per altri.

le coppie omosessuali, il riconoscimento del valore di forme familiari alternative. Secondo la dottrina, comunque, la legge avrebbe potuto andare oltre, ad esempio permettendo la determinazione della filiazione a più di due²²¹.

A tal proposito è doveroso domandarsi se il meccanismo della presunzione, così com'è formulato negli ordinamenti giuridici odierni, sia lo strumento legale idoneo a soddisfare appieno l'esigenza di sicurezza legale che è, nell'ambito della filiazione, fondamentale. La coppia deve soddisfare un requisito fondamentale: mantenere una relazione stabile e formale.

La presunzione è un meccanismo che permette attribuire la filiazione di un minore nei confronti delle persone che formino parte di una relazione stabile o coniugale. Nel caso del matrimonio, tale requisito è facilmente verificabile in sede di iscrizione e determinazione della filiazione, per cui non presenta particolari problemi. Nel caso della filiazione non matrimoniale, si può estendere la presunzione anche a coppie che dimostrino, mediante diversi mezzi di prova, l'unione che li lega.

²²¹ Rachel FENTON, Susan HEENAN, Jane REES, "Finally fit for purpose? The Human Fertilization and Embryology Act 2008", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 32, n.3, settembre 2010, p. 285.

In questo senso, la presunzione di comaternità è intesa quale meccanismo matrimoniale, ad esempio, nel Regno Unito (sec. 42 HFEA) e in Belgio, dove, in assenza di vincolo coniugale, il consenso espresso varrà come mezzo di determinazione della filiazione (rispettivamente, ai sensi della sec. 43 e 44 HFEA). Al contrario, in altri ordinamenti giuridici, la presunzione è stata estesa anche a coppie non sposate, sulla base della previa convivenza, come nei Paesi Bassi o in Australia nello stato della Victoria (sec. 10 Status of Children Act 1974) o ancora in Canada nello stato della British Columbia (sec. 27.3 Family Law Act 2011) e in Ontario (sec. 8 Children's Law Reform Act 1990), i quali si riferiscono sia alla moglie che alla partner.

Al fine di estendere la presunzione di comaternità anche alla donna non sposata con la gestante, occorre dimostrare che si tratti di una relazione simile a quella coniugale. I requisiti su cui basare la determinazione della filiazione presentano tratti comuni, di cui la documentazione della previa convivenza, solitamente fissata in un minimo di due anni, è uno dei requisiti più impiegati (in British Columbia, sec. 3 (1)(b) Family Law Act; in Victoria, sec. 4AA Family Law Act 1975). In aggiunta alla convivenza, altri ordinamenti ravvisano una *marriage-like relationship* mediante altri indizi, quali, ad esempio, aver avuto un figlio in comune o aver fatto richiesta per formalizzare l'unione di coppia (in Australia Occidentale,

sec. 205Z Family Court Act 1997; in Catalunya, art. 234-1 CCCat).

In questo modo, la presunzione di comaternità troverebbe applicazione anche in assenza di matrimonio, qualora soddisfatti i requisiti stabiliti. Reputo sensato mantenere varie condizioni al fine di poter fruire della medesima disciplina. I requisiti da soddisfare, non cumulativamente, possono essere quelli appena descritti. In altre parole, l'avverarsi di 1) la convivenza minima di due anni, o 2) avere un figlio in comune o 3) lasciare alle parti la libertà di iscriversi quale coppia stabile presso il Registro di Stato Civile o chi di competenza, pare l'opzione piú adeguata per permettere anche a coppie non sposate di determinare la filiazione nel seno di una coppia di donne senza doversi imbattere nei problemi che presentano ulteriori ordinamenti, analizzati al cap. IV.

Nel caso in cui detti requisiti non vengano soddisfatti, pare adeguato permettere un regime alternativo, quale quello descritto supra di consenso espresso quale titolo autonomo di attribuzione della filiazione oppure il riconoscimento da parte della comadre (nei Paesi Bassi, art. 120 BW). Mi riferiró a questo meccanismo di determinazione della filiazione piú approfonditamente nel capitolo IV par. 3.1.

In conclusione, la presunzione offre maggior sicurezza giuridica, oggi giorno specialmente quando sussista

matrimonio. L'estensione può essere estesa anche a coppie di registrate, giacché la prova dello stato civile è semplice. Al contrario, ritengo più complessa la dimostrazione di una circostanza di fatto. Mi spiego meglio. Ciò non significa che non sia plausibile la prova di una convivenza, con requisiti minimi fissati dal legislatore, ma se questi non sono immediatamente ed autonomamente verificabili in sede di determinazione della filiazione, non credo si possa parlare di un meccanismo legale automatico di comaternità. L'esigenza di dover apportare documenti che ne giustifichino l'applicazione (ad es. atti, dichiarazioni, contratti che dimostrino la convivenza), comporta sí la determinazione della filiazione, ma lo rende possibile mediante un meccanismo diverso dalla presunzione di comaternità. Considero che, in questi casi, sia più idoneo parlare di determinazione della filiazione per consenso o per "accettazione della filiazione", come ipotizzo al Cap IV par. 3.2.4.

3. La comaternità nel *Code Civil* (Belgio)

Con l'entrata in vigore della *Loi portant établissement de la filiation de la coparente*, del 5 maggio 2014, la comaternità è divenuta una possibilità anche in Belgio²²². Prima di allora,

²²² Legge 2014-05-05/08, entrata in vigore il 1 gennaio 2015.

alcune cliniche offrivano comunque trattamenti riproduttivi anche a coppie di donne, che facevano successivamente ricorso all'adozione²²³.

3.1. Stato civile

La scelta del legislatore belga è stata quella di prevedere un regime analogo a quello del marito, secondo cui il minore nato durante il matrimonio o entro i 300 giorni seguenti alla separazione o annullamento, "a pour coparente l'épouse" (art. 325.2 CC), seppur, come si nota al par. 3.2., questo non si basi sulla relazione biologica tra comadre e minore. Secondo il precetto, se le donne sono sposate, la madre biologica sarà automaticamente la madre legale applicando la presunzione di maternità classica e la sua coniuge sarà automaticamente considerata il genitore legale del bambino; se le donne non sono sposate, la partner registrata o de facto deve riconoscere il bambino con il consenso della madre biologica.

L'automatica attribuzione della comaternità si dirige solo nei confronti della donna *sposata*, mancando qui un'equiparazione simile a quella posta in essere dalla sec. 42 HFEA. La disciplina

²²³ Ringrazio infinitamente il Dr. Geoffrey WILLEMS per tutte le informazioni offerte durante il seminario "Donor Assisted Reproduction and Surrogacy in Belgium", tenuto presso l'Universitat Pompeu Fabra (Barcellona) il 16 ottobre 2016. L'esperto riferisce che la capitale belga era divenuta un destino molto comune tra le donne francesi, fintanto che i concepiti venivano soprannominati "Thalys-babies" in ragione del treno ad alta velocità che connette Parigi a Bruxel.

del Codice belga, tuttavia, risulta piú completa, poiché prevede una chiara normativa circa le azioni di stato, ed un'alternativa plausibile per coppie di donne non sposate, includendo qui sia quelle facenti parte una coppia registrata che in una relazione di fatto.

3.2. Controversie circa la determinazione della comaternità

L'ordinamento belga risulta di grande utilità per comprendere il funzionamento delle azioni di stato nel contesto di una filiazione che si determina mediante un meccanismo storicamente basato, oltre che sul matrimonio, sull'elemento biologico tra presunto genitore e figlio. L'art. 325/3 CC permette alla comadre di disconoscere il minore qualora non abbia acconsentito alla pratica riproduttiva²²⁴ entro un anno dal momento della nascita o, in caso di vizi del consenso, dal momento della scoperta della causa che ha determinato tale alterazione (art. 325/3 par. 2). Affinché il reclamo venga accolto, occorrerà dimostrare *con qualsiasi mezzo*, la mancanza di consenso (art. 325/3 par. 3).

Il giudice si concentrerà principalmente sull'aspetto consensuale, in senso stretto, della filiazione: se vi è traccia di

²²⁴ Peraltro, la norma, riferendosi al "l'acte ayant la procréation" lascia intendere che si applichi a qualsiasi tipo di concepimento.

un accordo previo al concepimento tra le donne e un centro di fertilità, le azioni saranno sicuramente precluse²²⁵. In mancanza di tale accordo, ovvero qualora non consti il consenso prestato in occasione del trattamento riproduttivo o non si riesca a provare mediante altri mezzi, il disconoscimento, la contestazione o l'impugnativa saranno concessi e il legame di comaternità sarà distrutto.

Allo stesso modo, qualora la filiazione non sia determinata né per presunzione né per riconoscimento (*vid. infra* par. 3.3.), la comaternità può essere altresì reclamata in via giudiziale (art. 325/8). Il possesso di stato è prova della filiazione, così come la chiara prova di consenso rispetto ad una tecnica riproduttiva (art. 325/9)²²⁶.

3.3. Il riconoscimento

Come accennato, se la coppia non è sposata, la comadre può riconoscere il minore. In tal caso, sarà necessario il consenso della madre legalmente già determinata (art. 329 bis par 2)²²⁷.

²²⁵ Nella pratica delle cliniche di riproduzione assistita in Belgio si firma un consenso informato definito dalla dottrina come un "contratto tra le parti" nel quale si assume esplicitamente la filiazione dei minori. Geoffrey WILLEMS, *Donor Assisted Reproduction..*, *op.cit.*

²²⁶ Qui è sì specificato il necessario consenso ad una tecnica prevista dall'art. 7 *loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.*

²²⁷ Qualora il mancato riconoscimento sia pregiudizievole per il minore, il rifiuto da parte della madre biologica circa il proprio consenso potrà essere sostituito in sede giudiziale.

In generale, valgono qui, nuovamente, le regole proprie della filiazione naturale, seppur il ruolo del *consenso* è tuttavia ben presente. Il riconoscimento non può essere effettuato qualora si provi la mancanza del consenso alla pratica medica (art. 325/4 CC), così come ne è impossibile il disconoscimento qualora tale volontà previa ci sia stata (325/7 par. 1). Analogamente a quanto previsto per la filiazione matrimoniale, l'azione caduca entro un anno dal momento della nascita o dalla cessazione del vizio.

I brevi termini di disconoscimento o reclamo dello stato di figlio sono, a mio avviso, idonei in un contesto nel quale deve prevalere sempre la sicurezza giuridica e lo status filiationis del minore. Qualora questi sia integrato in una famiglia composta da due donne, anche in assenza di consenso, tale relazione familiare sarà, una volta trascorsi i primi dodici mesi, consolidata ed irrevocabile. Mi pare pertanto una soluzione conveniente poiché garantisce, sia in caso di filiazione matrimoniale che non matrimoniale, la possibilità di determinare la comaternità dalla nascita e di creare un vincolo stabile ed irrevocabile tra genitori e figli.

Il modello belga è sicuramente un puro modello dualistico basato sull'accoppiamento di due meccanismi legali tipici della filiazione naturale, ma non per questo preclusi in ambito di TRA. Non si tratta di una finzione giuridica, ma piuttosto di

presumere, all'interno di una relazione stabile, che si sia trattato di un progetto procreativo comune²²⁸. Il consenso mantiene grande rilievo, pertanto si può affermare che la comaternità sia il risultato dell'insieme di entrambe: lo stato civile semplifica la procedura di determinazione, e il consenso ne racchiude le formalità e ne garantisce l'irrevocabilità in sede di esercizio delle azioni di stato.

4. La presunzione di comaternità e la presunzione di consenso: i vantaggi di questo modello

Abbiamo affermato che in caso di presunzione di paternità, ciò che si sta presumendo è *il vincolo biologico* tra progenitore e discendente. Nel caso di due donne, escludiamo tale possibilità²²⁹. Cosa si sta quindi presumendo? Ritengo che in questo contesto ciò che si sta presupponendo è il *consenso* che ha prestato la comadre alla tecnica riproduttiva della moglie o partner al fine di determinare la propria filiazione. La *presunzione di vincolo biologico* è sovrastata dalla *presunzione di*

²²⁸ Una soluzione simile è adottata anche in Argentina (vid infra Cap V). Tuttavia, il Código Civil y de la Nación prevede, in linea meramente teorica, che la presunzione non operi nel caso si sia fatto uso di una tecnica riproduttiva. Qui, invece, seppur il precetto sia testualmente quasi uguale, le TRA non costituiscono un impedimento alla determinazione della comaternità. Ne sono, anzi, la base per rendere tale filiazione irrevocabile.

²²⁹ Fatta eccezione per il caso in cui il figlio sia stato concepito con metodo ROPA.

*consenso*²³⁰ della comadre nel voler assumere un vincolo familiare con il nascituro.

L'adozione del concetto di "presunzione di consenso", ed il conseguente abbandono della presunzione di vincolo biologico, porterebbe alla graduale conclusione secondo cui, in ambito di TRA, il peso della biologia si vedrebbe del tutto sostituito dalla volontà procreativa. Ciò non significa, tuttavia, che non possano concorrere entrambi gli elementi biologico e volitivo, ma afferma che quest'ultimo sia sufficiente per determinare la filiazione del nato come conseguenza della tecnica riproduttiva. La presunzione di paternità/comaternità deve ritenersi una *presunzione iuris tantum di consenso* che opera sulla base dello stato civile della donna che da a luce.

In questo contesto, la stabilità derivante dal rapporto tra le utilizzatrici delle tecniche, sia questa matrimoniale o fondata su unioni analoghe, è stata considerata l'elemento chiave per l'attribuzione dei legami materno-filiali rispetto a due donne, partendo dalla verosimilitudine che, nel seno di una coppia stabile o sposata, le decisioni siano condivise e ponderate da entrambe le persone e indipendentemente dall'orientamento sessuale di queste. A questo punto, credo sia stato dimostrato

²³⁰ Accennata in termini simili da Richard F. Storrow, "Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", *Hastings Law Journal*, Vol. 53, n. 3, 2002, p. 623-624.

che le presunzioni di maternità possono operare in coppie dello stesso sesso o di sesso diverso²³¹, dato che la legge non pretende più che il presunto genitore sia il genitore biologico e, pertanto, non è necessario che il presunto genitore sia un uomo. Tuttavia, in caso di ricorso a TRA, la legge deve espressamente formularla come una "presunzione di consenso", che si suppone venga prestato in occasione del trattamento riproduttivo. Non si tratta più di presumere l'ipotetico e probabile legame biologico tra padri/madri e figli, ma si dà per scontato che la comadre abbia acconsentito alla procedura medica in ragione del suo rapporto affettivo e stabile con la madre gestante. In altre parole, nell'ambito delle tecniche di procreazione assistita, la presunzione non deve essere intesa come meccanismo basato sulla plausibilità del legame biologico tra il presunto genitore e il figlio, ma sulla presunzione del consenso di entrambi i soggetti coinvolti nel progetto procreativo.

5. Riflessioni finali

²³¹ In ordinamenti in cui la presunzione di paternità non è stata estesa alla presunzione di comaternità (es. Spagna), la dottrina maggioritaria ha spesso difeso che questa non fosse idonea in un caso "particolare" come quello della riproduzione assistita. *Vid.* tra gli altri, Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad", in Pilar BENAVENTE MOREDA, Esther FARNÓS AMOROS (Coord.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, n. 2179, 2015, p.139.

In termini generali, ritengo che la presunzione di paternità e comaternità possa essere mantenuta anche nei casi di filiazione derivata da TRA solo se nelle fattezze di una presunzione di consenso, così da poter operare nei confronti di un minore nato nel seno di una coppia sia eterosessuale che omosessuale. Non ha infatti senso mantenere una presunzione di paternità biologica per il marito accompagnata dall'estensione letterale alla moglie senza fare prima questa precisazione. Anche i modelli analizzati peccano di questa specifica. La presunzione di consenso non è espressa, seppur si evinca dai meccanismi delle azioni di stato. Ritengo che non sia superfluo prevedere questa regola in maniera esplicita.

In tal modo, la presunzione di attribuzione della filiazione potrebbe essere compromessa solo in due ipotesi, ovvero per la mancanza assoluta di consenso e per vizi del consenso, alterando una filiazione altrimenti innegabile. A tal fine, è necessario fissare termini brevi di disconoscimento, contestazione o reclamo, poiché la volontà è un elemento vulnerabile e nel tempo modificabile, contrariamente alla biologia - base per la contestazione della filiazione naturale - che rimane immutata.

Considero che sia un modello ampiamente orientato all'interesse superiore del minore, garantendo la comaternità fin dalla nascita, in quanto offre una maggiore certezza

giuridica propendendo per la non contestazione o la modifica dello status acquisito. La filiazione è irrevocabile, in un contesto in cui l'impugnazione dello *status filiationis* si configura come un'eccezione alla regola in ipotesi molto limitate e con l'inversione dell'onere probatorio. In ultima analisi, aggiungerei che si potrebbe prevedere un disconoscimento anticipato della filiazione, qualora durante la gravidanza il presunto padre o la presunta madre manifestino espressamente di non aver preso parte al progetto procreativo della moglie, così come già previsto altrove²³².

²³² Si rimanda al contesto argentino, Cap V par. 2.2.

Capitolo III

CAPITOLO IV

COMATERNITÀ PER CONSENSO ALLA DETERMINAZIONE DELLA FILIAZIONE

1. Questioni preliminari

Nel presente capitolo si affronterà il caso della determinazione della comaternità, basata sul consenso espresso manifestato dalla comadre o madre d'intenzione.

La volontà come titolo di attribuzione della filiazione ha origini lontane, quando, all'epoca dei romani, l'adozione divenne una pratica consolidata per la formazione di famiglie non consanguinee²³³. Alla fine del XX secolo, però, si è fatta strada la possibilità di scegliere di essere genitori anche nei confronti di una persona non ancora concepita, a differenza dell'adozione che vede come regola generale l'assunzione della filiazione a favore del già nato. Lasciando per un momento da parte la filiazione adottiva, in Europa, la natura volitiva della filiazione ha trovato terreno fertile quando, nel 1990, è entrata in vigore *l'Human Fertilisation and Embryology*

²³³ Per un approfondimento, *cfr.* Cap II par. 3.

Act (HFEA 1990), legge britannica in materia di riproduzione assistita. Di qui, sono maturate teorie che designavano l'attribuzione della filiazione sul carattere intenzionale dei genitori²³⁴, necessarie per stabilire un sistema alternativo alla *stepchild adoption* per determinare la comaternità.

Così, le proposte basate sulla volontà ed inizialmente pensate per i conflitti giuridici sorti in casi di gestazione per altri, sono state prese ad esempio da altri ordinamenti al fine di offrire soluzioni confacenti in ambito di TRA²³⁵ e, in concreto, nei casi che interessano questa tesi e basati sull'unione tra due donne. La possibilità di essere genitori per volontà propria non è quindi una novità nel contesto giuridico. Possiamo affermare che il consenso, infatti, sia la base di qualsiasi filiazione risultante da TRA eterologa, nonché elemento chiave, in abbinamento quello biologico, in caso di TRA omologa. Circoscrivendo l'analisi al caso di una coppia di donne, infatti, le possibili tecniche riproduttive abbisogneranno sempre del contributo genetico di un donatore di seme, quindi rientrano nel concetto di tecniche eterologhe in senso lato, giacché un terzo interviene nel processo procreativo. Tuttavia, *strictu*

²³⁴ Vid. Gillian DOUGLAS, *Law, Fertility and Reproduction*, Sweet & Maxwell, London, 1991, p. 128.

²³⁵ Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 127.

sensu, la TRA applicata potrebbe essere intesa anche come omologa qualora si impieghino gli ovuli della partner o moglie (metodo ROPA). In questo caso, la volontà di essere determinata comadre è altresì abbinata all'elemento biologico. Abbraccio questa interpretazione che rende possibile parlare di tecniche omologhe anche nel seno di una coppia di donne.

Il binomio biologia - procreazione, caposaldo per l'attribuzione della filiazione in ambito di procreazione naturale, ha perso oggi una parte importante della propria centralità qualora si voglia applicare il medesimo ragionamento ai casi di filiazione derivata da TRA. Quando biologia, genetica e genitorialità sociale non coincidono nella stessa persona, è il legislatore che decide chi ed in base a quali requisiti debba essere considerato genitore²³⁶. Ma, poiché nel seno di coppie di persone dello stesso sesso, i progetti parentali soffrono la mancanza di uno di questi, le loro relazioni paterno-filiali possono essere limitate dal legislatore²³⁷.

²³⁶ Esther FARNÓS AMORÓS, "Don't be afraid of biology: Biology-based parentage system and safety valves protecting social parenthood", in Maribel GONZÁLEZ PASCUAL e Aida TORRES PÉREZ (Coords.), *The right to family life in the European Union*, Routledge, London - NY, 2017, pp. 115-129. P. 116.

²³⁷ Tuttavia, c'è chi afferma che, imponendo tali barriere, la legge non valuta adeguatamente e coerentemente la dimensione sociale della genitorialità, incapace di scindere e prescindere da quella genetica. Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood..op.cit.", p. 2264.

2. Il concetto di consenso nell'ordinamento giuridico spagnolo

La scelta del legislatore spagnolo di vincolare l'attribuzione e la determinazione della comaternità al *consenso* è coerente con quella adottata da taluni paesi europei e stati nordamericani²³⁸. Tuttavia, uno degli inconvenienti sottolineati dalla dottrina risiede nella vulnerabilità della volontà che è, per definizione, variabile nel tempo²³⁹.

Il concetto di *consenso* è sempre presente in caso di tecniche di riproduzione assistita, ma è stato introdotto in diversi modi dai legislatori nazionali, come si può osservare nel diritto comparato. A titolo esemplificativo, in Danimarca, si prevede che la moglie o la partner della partoriente sia determinata madre qualora abbia previamente acconsentito alla TRA (*Children Act* n.1097 del 2014, sec. 1a in relazione alla sec. 27). In Belgio, qualora non operi la presunzione di comaternità

²³⁸ Esther FARNÓS AMORÓS, "Gènere i dret de família. Una lectura de la filiació a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 16, 2016, p. 93.

²³⁹ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión", in Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, Susana QUICIOS MOLINA, Rafael VERDERA SERVER (Coords.), *Retos Actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), Tecnos, 2018, p. 186.

prevista all'art. 325.2 CC per assenza di matrimonio, la comadre non sposata può espressamente riconoscere il figlio della compagna (art. 325.4 CC). Tuttavia, tale riconoscimento sarà valido solo accreditando il consenso alla tecnica riproduttiva (art. 329 bis par.2 CC). La soluzione belga è adottata anche nel Regno Unito (sec. 43 e 44 HFEA) per i casi non soggetti a presunzione di comaternità (sec. 42 HFEA). Come vedremo in seguito, in Argentina, l'art. 562 CCN riconosce la volontà procreazionale quale titolo di attribuzione della filiazione, ove i nati da TRA sono figli di colei che dà a luce e dell'uomo o della donna che sottoscrive il proprio consenso previo, informato e privo di vizi. Anche negli Stati Uniti, l'*Uniform Parentage Act 2017 (UPA)*²⁴⁰ prevede che chi acconsenta alle tecniche riproduttive sia determinato genitore legale del nascituro (sec. 703). Tale precetto si rispecchia, tra gli altri, nel *California Family Code*, sec. 7613 (a) che approfondiremo al capitolo VI.

Prima di addentrarci nell'analisi del sistema giuridico scelto quale paradigma del presente capitolo, occorre fare una premessa ed individuare quale sia l'oggetto del consenso, ovvero *a cosa* si stia acconsentendo, identificando due distinte

²⁴⁰ Attualmente adottato 10 stati: Colorado, Pennsylvania, Kentucky, Connecticut, Rhode Island, Maine, Massachusetts, California, Vermont e Washington. (Ultima verifica 14.08.2020). *Infra*, cap. V, par. 1.

ipotesi: (1) il consenso *alla filiazione* e (2) il consenso *al trattamento riproduttivo*. Si tratta di due modelli diversi e, *data* la differenza tra (1) e (2) si esamineranno separatamente, nonostante via sia una matrice condivisa: la volontà della comadre.

Nel panorama internazionale, il sistema giuridico spagnolo ha vincolato il consenso della comadre *alla determinazione della filiazione* a proprio favore, consenso che, in un primo momento era strettamente vincolato all'uso di TRA, ma dalle quali attualmente, in un certo qual modo, è stato permesso prescindere²⁴¹. Date le caratteristiche peculiari ed a sé stanti, e la densa attività legislativa e giudiziaria che hanno riguardato i casi di comaternità in Spagna, si analizzerà quale un meccanismo legale autonomo nel presente capitolo. Si riserverà l'esame di modelli che attribuiscono effetti legali al consenso sottoscritto dalla comadre *rispetto al trattamento riproduttivo* richiesto dalla coppia, come l'argentino o il catalano, al cap. V.

²⁴¹ In base ad un'interpretazione sistematica della norma, come vedremo, la dottrina aveva stabilito che l'art. 7.3 LTRHA esigesse che si fosse fatto uso di TRA affinché la dichiarazione di volontà della comadre producesse i propri effetti. Ad oggi, in seguito al posizionamento da parte della DGRN (*Resolución* dell'8 febbraio 2017), non risulta più necessario accreditare che il concepimento sia frutto di una tecnica portata a termine presso un centro autorizzato. Allo stesso modo, la redazione dell'art. 44 LRC non menziona in alcun momento l'uso di TRA. *Infra*, par. 2.2.1.c.

Come accennato, l'ordinamento giuridico che si utilizzerà quale esempio di questo modello è la Spagna. Dopo una breve panoramica storica del processo di riforma, si esamineranno dapprima i presupposti e i requisiti imposti affinché si determini la comaternità ai sensi della *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, per passare in un secondo momento ad affrontare le problematiche che possano sorgere, concludendo con le possibili soluzioni a tali questioni.

Oggigiorno le donne che vogliono sottoporsi a TRA in Spagna possono essere accompagnate dal marito, dalla moglie²⁴², o dal compagno o scegliere di intraprendere questo percorso in solitaria. Dall'entrata in vigore della *Ley 35/1988, del 22 novembre, sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA)*, si è affermata la possibilità di determinare maternità senza paternità, paternità e maternità di soggetti inizialmente sterili,

²⁴² In realtà, l'accesso alle tecniche con una compagna non è precluso alla coppia. Non vi sarà, però, alcuna conseguenza giuridica per la partner, mentre, come si vedrà, in applicazione dell'art. 7.3 LTRHA, la legge riserva alle coppie di donne unite in matrimonio una specifica disciplina in materia di filiazione. Ad ogni modo, in Catalunya il medesimo trattamento giuridico è applicabile anche a coppie non sposate, essendo possibile la filiazione del figlio nato dalla partner al momento della nascita, se la madre intenzionale ha prestato il proprio consenso ai sensi dell'art. 235-13 CCCat, infra Cap. V.

maternità di donne in età avanzata²⁴³, o maternità e paternità di persone affette da malattie congenite, divenute evitabili grazie all'utilizzo di diagnosi preimpianto²⁴⁴. Il concetto di consenso è stato, sin dagli albori, discusso e avallato da una parte della dottrina durante i lavori preparatori della prima *Ley* sulle tecniche riproduttive²⁴⁵, dottrina che non ha smesso di sostenere filiazione intenzionale anche successivamente alla sua entrata in vigore²⁴⁶, seppur inizialmente solo nei confronti

²⁴³ Nonostante, contrariamente a quanto accade negli USA, dove mancano linee guida in merito al limite di età, in Spagna i centri pubblici fissano il limite di età per le donne a 38 anni (IA con seme del partner o marito) e 40 anni (per le altre tecniche). Allegato 3, punto 5.3.8.3 *Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización* (BOE-A-2006-16212).

²⁴⁴ Eleonora LAMM, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, 2012, p.78.

²⁴⁵ A favore dell'elemento intenzionale su quello genetico, previamente all'entrata in vigore della *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*. (Ref. BOE-A-1988-27108) *vid*, tra gli altri, Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "Nuevas técnicas de reproducción artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas", *RDLJ* n. 4, Ottobre 1986, pp. 509-510; Jesus DELGADO ECHEVERRÍA, "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde", in AA.VV, *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, 1988, pp. 201-230, p. 227.

²⁴⁶ Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, "Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica", *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, n. 4, 1991, pp. 953-982, p. 65 e "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", *Anuario de derecho civil*, Vol. 44, n. 2, 1991, pp. 697-718, p. 716; Encarna ROCA I TRIAS, "Comentari a l'article 92 CF", in Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dirs.) Albert LAMARCA I MARQUES, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.),

di coppie formate da persone di sesso opposto. L'elemento volitivo ha rimesso in discussione il quadro giuridico della filiazione per TRA, per cui ad oggi è indiscutibile che l'introduzione della comaternità abbia contribuito al progresso della finzione giuridica inerente alla filiazione derivata dall'uso di TRA eterologa²⁴⁷. La Spagna è stata considerata un paese pioniero in tale contesto giacché è stata il primo stato europeo ad introdurre la comaternità nell'anno 2007 senza dover ricorrere all'adozione²⁴⁸, offrendo la possibilità a coppie di donne sposate di stabilire un doppio vincolo materno, per

Comentari al Codi de Família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, Madrid, Tecnos, 2000, p. 439; FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Las acciones de filiación en el Código de Familia Catalán*, Barcelona, Atelier, 2001; ANTONIA NIETO ALONSO, "El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida", in ANA DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, 2006, pp. 21-60, p. 57; MARGARITA GARRIGA GORINA, "Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida", *Indret*, 1/2008, p.11; PILAR BENAVENTE MOREDA, "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, n. 1, 2011, pp. 75-124, p. 91.

²⁴⁷ Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 108.

²⁴⁸ Prima di quanto stabilito dall'art. 7.3 LTRHA, c'è chi ha avanzato l'ipotesi secondo cui potesse trovare applicazione l'art. 120 CC nel caso di comadri data la formulazione del precetto neutro dal punto di vista del genere. LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, "La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual", in ANA DÍAZ MARTÍNEZ (coord.) *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, Dykinson, 2006, pp. 124-154, p. 152, nonostante né l'entrata in vigore del matrimonio tra persone dello stesso sesso né la LTRA avessero previsto una riforma in ambito di filiazione.

cui ad oggi è possibile che la moglie della donna gestante possa acconsentire ad essere determinata comadre del nascituro, senza che questo abbia comportato una contestazione sociale considerevole²⁴⁹.

In pochi anni, il legislatore spagnolo ha affrontato diverse modifiche di interesse per questa tesi: l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel 2005 mediante la Ley 13/2005, del 1° luglio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*²⁵⁰, la quale ha introdotto, tra le altre, la possibilità per due persone dello stesso sesso di adottare congiuntamente un minore; la sostituzione integrale della Ley 35/1988 (LTRA), derogata dall'attuale Ley 14/2006 (LTRHA); la modifica dell'articolo 7 LTRHA alla quale corrisponde il primo tentativo di riconoscimento della comaternità²⁵¹.

Rispetto a quest'ultimo, in un breve lasso temporale, si è assistito ad una la c.d. "rivoluzione riproduttiva", ricalzata in due occasioni, grazie alle modifiche apportate alla LTRHA. La

²⁴⁹ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad.." *op.cit.*, p. 186.

²⁵⁰ Ref. BOE n. 157, del 2 luglio 2005.

²⁵¹ Inizialmente, né la legge 35/1988 né la legge 14/2006 avevano previsto la determinazione della filiazione a favore della comadre, nonostante l'offerta di TRA a donne sole non ha mai precluso, nella pratica, l'accesso donne che de facto avevano una compagna.

prima, decisamente la piú importante, è avvenuta a solo un anno di distanza dall'entrata in vigore della Ley 14/2006 quando, nel 2007 è stato aggiunto un terzo comma all'articolo 7, che ha introdotto in Spagna la *doble maternidad por naturaleza* (DA 1^a della Ley 3/2007, de 15 marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*²⁵²) per riferirsi alla possibilità, sconosciuta fino ad allora, di determinare una comaternità senza adozione. Successivamente e piú modestamente, nel 2015 (Ley 19/2015, de 13 de julio, *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*²⁵³) il legislatore ha parzialmente variato le modalità di manifestazione del consenso, lasciando invariate le altre caratteristiche proprie dell'art. 7. 3 LTRHA. Al fine di fornire un'analisi ordinata, si esporranno sistematicamente le circostanze vigenti durante la prima e la seconda riforma alla LTRHA.

3. La comaternità nella Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)

²⁵² BOE-A-2007-5585.

²⁵³ BOE-A-2015-7851.

3.1. L'art. 7.3 LTRHA nella versione originale

Mediante un'iniziativa ambiziosa ed innovativa, il legislatore spagnolo aveva colmato una lacuna legale prevedendo un nuovo titolo di determinazione della filiazione per coppie di donne: il consenso della comadre. Fino all'introduzione del terzo comma dell'art. 7. LTRHA nel 2007²⁵⁴, la normativa non ammetteva alcun altro titolo di determinazione della maternità diverso dal parto, sottomesso al principio *mater semper certa est*²⁵⁵ o, dal 2005, l'adozione del figlio del coniuge (o partner more uxorio)²⁵⁶, molto semplificata dall'art. 176.2 CC,

²⁵⁴ La tecnica legislativa impiegata è stata fortemente criticata dalla dottrina, definita come lacunosa e incoerente, data l'introduzione del terzo comma dell'art. 7 LTRHA mediante una legge che nulla aveva a che vedere con la filiazione. Ana DÍAZ MARTÍNEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, p. 79 e "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, n. 10 (febrero), 2014, pp. 37-50, p. 38; Pilar BENAVENTE MOREDA, "La filiación de los hijos de parejas..", *op.cit.*, p. 77. Rafael VERDERA SERVER, "Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", in Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, pp. 215-217.

²⁵⁵ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013, p. 133

²⁵⁶ A livello regionale, l'adozione congiunta era già stata introdotta anteriormente in Navarra (art. 8. *Ley Foral 6/2000*, del 3 luglio, *para la igualdad jurídica de las parejas estables*, BON n. 82, del 07/07/2000), Paesi Baschi (art. 8 *Ley 2/2003*, del 7 maggio, *reguladora de las parejas de hecho*.

esentando, per l'avvio del fascicolo, della proposta preliminare della Comunità autonoma a favore dell'adottante e dalla dichiarazione amministrativa che quest'ultimo sia idoneo all'esercizio della potestà genitoriale. Con il 7.3 LTRHA l'automatismo è ancora maggiore ed extra amministrativo: il consenso della moglie della gestante non necessita nemmeno della sentenza -dell'art. 176.1 CC- che deve sempre tener conto dell'interesse dell'adottato. Con il 7.3 LTRHA si presumono *iuris et de iure* sia l'idoneità della moglie, che l'interesse del figlio. L'adozione è tuttora una via legale per determinare la comaternità nei casi non contemplati dalla normativa LTRHA come, per esempio, per coppie di donne non sposate, come vedremo di seguito.

La versione originale dell'articolo prevedeva che tale possibilità risultasse vincolata al compimento delle seguenti condizioni:

“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del

BOPV n. 100, del 23/05/2003) e in Catalunya (*Ley 3/2005, dell'8 aprile, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, en materia de Adopción y Tutela*, DOGC n. 4366 del 19/04/2005).

domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Le circostanze fondamentali per la determinazione della comaternità erano (1) il vincolo matrimoniale, (2) la manifestazione del consenso presso l’Ufficiale dello Stato Civile (3) effettuato previamente alla nascita del minore.

Alla moglie si riservava la facoltà di effettuare una dichiarazione personalissima presso l’ufficiale dello Stato Civile competente, in un lasso di tempo determinato e ristretto, compreso tra il concepimento e la nascita del minore, rifiutando qualsiasi manifestazione tardiva²⁵⁷. La dicitura “consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”, rimarcava la necessità che tale intenzione fosse previa al parto, pertanto la manifestazione di volontà si vedeva sottomessa ad una condizione sospensiva: l’avveramento della nascita. A tal proposito, nella pratica registrale, occorreva fornire le generalità della madre gestante, apportare un certificato medico che accreditasse di aver fatto uso di TRA e la data del

²⁵⁷ La mancanza di una normativa chiara sulle tempistiche, aveva generato un clima di grande insicurezza giuridica dovuto al trattamento non uniforme dei casi trattati. Esther FARNÓS AMORÓS, “La filiación derivada de reproducción..”, *op.cit.*, p. 16.

concepimento, per rendere l'identificazione del *nasciturus* quanto più accurata possibile²⁵⁸ ed evitare possibili assunzioni "astratte" di maternità²⁵⁹.

Tale versione dell'articolo 7.3 LTRHA aveva generato non pochi problemi interpretativi, soprattutto riguardo al limite temporale imposto dal precetto²⁶⁰. Prima della modifica avvenuta nel 2015²⁶¹ e che ha interessato il contenuto dell'art. 7.3 LTRHA, era importante che la madre intenzionale seguisse la rigorosa tempistica prevista ai fini di determinare la filiazione rispetto al minore, in un lasso temporale preciso, circoscritto tra il concepimento e la nascita del minore. Oltre la necessaria identificazione del nascituro, era necessario compiere il seguente iter cronologico: in primo luogo, il

²⁵⁸ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España.. op.cit.*, p. 140; Juan José INIESTA DELGADO "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, 1° ed, vol. V, Cap. 39, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p 808.

²⁵⁹ Considerato contrario alla libertà personale dell'interessata che la dichiarante rimanesse vincolata ad una assunzione indeterminata di maternità. Tradizionalmente, infatti, si è accettato il riconoscimento del *nasciturus* ma non del *concepturus*. Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad...", *op.cit.*, p. 190.

²⁶⁰ Parla di "rigidez del precepto" Ana DÍAZ MARTÍNEZ, "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.10/2014, p. 5.

²⁶¹ Disposizione finale 5ª della legge 19/2015, del 13 luglio *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*. Ref. BOE-A-2015-7851, in vigore dal 15.10.2015. Cfr par. seguente.

matrimonio con la partoriente; in secondo luogo, la manifestazione di consenso presso gli uffici di Stato Civile; per ultimo, la nascita del minore²⁶². Tali questioni, criticate dalla dottrina maggioritaria²⁶³, hanno interessato i tribunali del paese, sfociando in controversie dalle conclusioni contrastanti²⁶⁴.

²⁶² Così si è espressa la DGRN in varie occasioni, aggiungendo che non si possa procedere in assenza di matrimonio (RDGRN 3^a del 12 gennaio 2011, JUR 2012/64031) né qualora il matrimonio si sia celebrato posteriormente alla nascita (RDGRN 5^a del 28 febbraio 201, JUR 2012/74939) e nemmeno la dichiarazione tardiva, ovvero successiva alla nascita (RDGRN 8^a del 26 novembre 2008, RJ 2010/459). Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España..op.cit.* p. 142 definisce detto iter come corretto per garantire che il precetto sia d'applicazione nei pochi casi identificati dal legislatore, senza che la filiazione dipenda unicamente dalla volontà delle parti.

²⁶³ Questiona il breve limite temporale, Ana DÍAZ MARTINEZ, "Acción de reclamación.." *op. cit.* p. 5; Esther FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción..", *op.cit.*, p. 15; Martín CORERA IZU, "El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación", *Diario La Ley*, n. 8686, 2016. Meno critica, Susana QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 54-55. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España.., op.cit.* p. 141.

²⁶⁴ Tra le altre, si pronuncia favorevole alla comaternità la AP Madrid (Sección 22^a), Sentencia n. 249/2015 de 12 marzo. JUR 2015\108975 [Al momento della nascita del secondo figlio, la coppia stava divorziando. La rigida applicazione dell'art. 7.3 non avrebbe permesso la determinazione della comadre in occasione della crisi familiare, data la mancata conferma da parte della madre non biologica di voler assumere la maternità, ma il tribunale d'appello ha considerato che, nell'interesse superiore del minore, fosse consono attribuirle il secondo vincolo filiale: "la existencia del menor en una familia que actuó como tal y que legalmente le concibió y no procediendo en consecuencia admitir que la progenitora no biológica pueda desaparecer de la vida del menor ni física ni jurídicamente" (FJ 2^o)] Al contrario, conclude a sfavore la AP Madrid (Sección 22^a), Sentencia n. 1015/2018 de 30 noviembre. JUR 2019\15949 [figlio nato nel seno di una coppia non sposata però la compagna aveva acconsentito a TRA e, in seguito alla nascita, constava possesso di stato di 5 anni. Tuttavia, dopo

Il *Tribunal Supremo* ha affrontato per la prima volta il tema di una famiglia composta da una coppia di donne con discendenza nel 2011, nella STS del 12 maggio 2011 (Sala de lo Civil, Sec. 1^a n. 320/2011)²⁶⁵ nella quale la madre non gestante richiedeva un regime di visita con il minore. Nel caso, la madre gestante aveva fatto ricorso a TRA e dato a luce nel 2003, e non si è arrivata a discutere la possibilità di essere determinata comadre perchè la filiazione non era parte del *petitum*²⁶⁶. La sentenza contempla, come richiesto dalla ricorrente, un ampio regime di relazioni con il minore a favore della compagna, al fine garantire l'interesse superiore del figlio nel mantenere una relazione stabile con una persona significativa per quest'ultimo ai sensi dell'art. 160.2 CC, di fatto nato e cresciuto, per i primi tre anni di vita, con due figure materne²⁶⁷. Si è trattato di una sentenza dall'esito coerente all'interpretazione

aver analizzato i vari motivi che in un primo momento parevano inclinarsi a favore de la *de facto* comadre, la corte d'appello conclude che poiché la madre gestante è ora sposata con un'altra donna (estranea al primordiale progetto parentale), con la quale convive con il bambino di cui si reclama la filiazione, risulta contro l'interesse superiore del minore "forzare" la relazione di parentela con colei che aveva vissuto con il bambino *solamente* nei primi anni di vita, dato che ora lo stesso minore si trova perfettamente inserito in un'altra realtà familiare (FJ 5^o).

²⁶⁵ MP: Encarnación ROCA TRIAS.

²⁶⁶ La possibilità di determinare la comaternità ex art. 7.3 LTRHA non era ancora prevista al momento dell'accaduto, ma vigente al momento della controversia.

²⁶⁷ STS 320/2011 del 12 maggio 2011, FJ 3^o e 5^o.

restrittiva offerta, fino ad allora, dalla dottrina, ed ha fatto da apripista, introducendo la problematica della comaternità all'attenzione del tribunale di ultima istanza, sottolineando l'importanza che in pochi anni hanno assunto le famiglie omoparentali e, concretamente, la tematica della parentela *de facto*.

Successivamente, l'abbondante giurisprudenza dei tribunali minori è culminata con due pronunce del Tribunale Supremo, la STS del 5 dicembre 2013 (Sala de lo Civil, Sec. 1ª, n. 740/2013)²⁶⁸ e la STS del 15 gennaio 2014 (Sala de lo Civil, Pleno, n. 836/2013)²⁶⁹ che ci si commentano di seguito.

Entrambe le sentenze hanno basato la determinazione della comaternità della ex coniuge²⁷⁰ e della ex partner²⁷¹ sulla base della *posesión de estado*, ovvero la costante convivenza tra la persona che intende essere determinata come genitore, e il minore²⁷², azione di reclamazione della filiazione offerta a chiunque dimostri di avere un interesse legittimo. Il tribunale applica, per fare giustizia al caso concreto, una categoria

²⁶⁸ MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

²⁶⁹ MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

²⁷⁰ STS del 5 dicembre 2013.

²⁷¹ STS del 15 gennaio 2014.

²⁷² Salvo che la filiazione che si reclami non ne contraddica una previamente determinata (art. 131 CC).

propria della filiazione naturale –il possesso di stato- ad un caso di filiazione derivante da TRA, sulla base di un'argomentazione giuridica molto forzata.

Nella menzionata STS del 5 dicembre 2013, nella quale la coppia aveva acconsentito alla TRA nell'anno 2007 e divorziato nell'anno 2009, senza che si fosse determinata la comaternità della non gestante, il tribunale sostiene che “el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta *no puede quedar subordinada a un requisito formal*, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo” (FJ 3º).

Il ragionamento, così come l'azione interposta dalla difesa della madre non biologica, è quantomeno sorprendente. La ricorrente non invoca l'applicazione tardiva dell'art. 7.3 LTRHA, ma promuove azione ai sensi dell'art. 131 CC, pretendendo la determinazione della filiazione sulla base della relazione con la minore durante i primi anni di vita. La corte si pronuncia a favore di quest'ultima, ritenendo che la “posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación

jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda *superada por la prestación del consentimiento* para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras", fino al punto che "*dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa* o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige."

In questo senso, il tribunale risolve applicando la categoria del possesso di stato, debitamente accreditato, aggiungendo che, ad ogni modo, risulterebbe conveniente determinare la maternità della comadre anche qualora la relazione fosse stata minima o scarsa, se consta una volontà chiara e previa alla nascita di assumere la filiazione del minore nato. Notiamo che il consenso prestato dalla comadre gioca un ruolo importante nella conclusione del tribunale, il quale, tuttavia, non hanno insistito ampliando l'applicazione del 7.3 LTRHA -nonostante la coppia fosse sposata al momento della nascita e vi fosse constanza del consenso prestato della comadre²⁷³-, ma ha piuttosto deciso, a mio avviso erroneamente, di appellarsi al

²⁷³ Si noti che, curiosamente, il consenso alla TRA da parte della comadre si prestò il giorno prima dell'entrata in vigore del terzo comma dell'art. 7 LTRHA. Si è trattato, pertanto, di un caso limite, nel quale i giudici hanno preferito seguire la via del 131 CC piuttosto che dilatare quanto prescritto, immediatamente dopo, dal menzionato articolo.

possessione di stato (131 CC). L'unica giustificazione che colgo è quella per cui, dato che né il CC né la LTRHA prescrive alcuna azione di reclamazione a favore della comadre, l'unica via per riconoscere legittimazione attiva alla donna è risultata essere l'art. 131 CC, che la concede a *qualsiasi persona* con interesse legittimo.

In un caso simile, ma ancora più controverso -le donne non erano sposate e non risultava dimostrato il consenso della partner alla TRA- il tribunale, nella citata STS del 15 gennaio 2014, affronta un caso di reclamazione della filiazione non matrimoniale nel seno di una coppia di donne. Si conclude che è stata dimostrata la volontà della coppia di formare una famiglia, con l'ausilio delle tecniche (ma senza una reale prova al rispetto), sanata dalla posteriore unità familiare nella quale hanno vissuto come nucleo le donne con il minore. Citando quale fondamento giuridico quanto previamente espresso dalla STS del 5 dicembre 2013, i giudici, riferendosi alla compatibilità TRA la filiazione derivata da TRA e l'azione interposta (131 CC) affermano che vi sia "*plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido*

de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada” (FJ 2º) permettendo così che operi anche in assenza di vincolo coniugale, perché “su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor” (FJ 3º) a garanzia dell’interesse superiore del minore²⁷⁴.

Nella STS del 15 gennaio 2014, il possesso di stato non è supportato da alcun consenso alla tecnica riproduttiva né alla filiazione, oltre al fatto che le donne non fossero sposate. Ciò nonostante, il TS, seguendo la giurisprudenza dettata poco più di un mese prima (STS del 5 dicembre 2013), avalla comunque la tesi per cui il possesso di stato offre piena legittimazione alla ex convivente della madre biologica. Si dimentica, però, che la mera convivenza non costituisce titolo di attribuzione della

²⁷⁴ Avvicinandosi alla giurisprudenza del TSJC, *infra* cap. V.

filiación ma solo di legittimazione, ovvero il possesso di stato *puó* portare alla sua determinazione qualora corroborato da ulteriori prove o il compimento di taluni requisiti, come il consenso alla TRA²⁷⁵. Il possesso di stato, senza dubbio, fornisce una prova per la reclamazione della filiazione, ma non è titolo costitutivo della stessa²⁷⁶. Nell'ordinamento giuridico spagnolo non è prevista una azione di reclamazione di una filiazione "sociale": il possesso di stato serve quale indizio per giungere a determinare quella che dovrebbe essere una filiazione naturale e, dunque, biologicamente corrispondente. Erroneamente, dunque, i giudici hanno impiegato un istituto proprio della filiazione naturale, estendendolo a filiazione derivata da TRA. Non a caso, le sentenze sono state ampiamente criticate dalla dottrina²⁷⁷.

²⁷⁵ Esther FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción..", *op.cit.*, p. 26.

²⁷⁶ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit*, p. 215.

²⁷⁷ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, n. 28, enero/diciembre 2014, pp. 93-136; Susana QUICIOS MOLINA, "¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? (Comentario a la STS 5 diciembre 2013), C.C.J.C., n. 95, mayo/agosto 2014, pp. 609-630; Rafael VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p.199; Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, 2º ed, vol. V, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 963; Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014*, Madrid, Dykinson, 2017; Esther

Da ultimo, possiamo domandarci quale sia l'importanza del dato biologico nei casi in esame. In entrambe le sentenze, la donna che esercita azione di reclamazione della maternità, lo fa con appiglio all'elemento volitivo ed il supporto del possesso di stato. Il tribunale, confermandosi nelle due occasioni, ritiene che queste costituiscano prova sufficiente per la determinazione della comaternità in via giudiziale e mediante un meccanismo diverso dall'art. 7.3 LTRHA. Ciò nonostante, se la stessa donna fosse stata geneticamente vincolata al nascituro, ovvero avendo fornito i propri ovuli per la TRA in oggetto, la remissione alle *leyes civiles* –ovvero alle norme previste per la filiazione naturale- che effettua il tribunale, sarebbe più accurata, poiché vi è la base biologica che fundamenta l'intera disciplina del CC²⁷⁸. Mediante l'apporto di gameti da parte della comadre, si può ravvisare il motivo per ritenere che si stava indirettamente assumendo la filiazione risultante, oltre che indizi rilevanti come la convivenza prima e/o dopo la nascita e l'esistenza di un

FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción asistida..", *op.cit.* p. 19 e ss. D'accordo invece con l'interpretazione del TS, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, 51-63 - Marzo 2014, p.60.

²⁷⁸ In questo senso, l'art. 235-28.2 CCCat prevede esplicitamente la reclamazione qualora esista vincolo biologico tra la persona che la reclama e il nascituro. *Infra* Cap. V.

progetto parentale che si concretizza nell'accesso congiunto alle TRA, che portano a concludere che esista un consenso tacito che legittima l'esercizio dell'azione di reclamo di filiazione, basata sulla verità biologica²⁷⁹. La mancanza di un'esplicita normativa che dia un peso, anche se secondario, a detto elemento, sottolinea l'urgenza di una riforma in materia.

Con queste due pronunce, il *Tribunal Supremo* ha simulato un passo in avanti per la maternità delle coppie formate da due donne, senza però il sostegno del legislatore che, sino ad oggi, si è limitato alla determinazione della comaternità solo in presenza dei requisiti menzionati *supra* e di cui il consenso ed il matrimonio sono il caposaldo della norma. Il tribunale non ha colto infatti la possibilità di esprimersi sul ruolo né sulla portata del consenso in ambito di TRA, non facendo chiarezza rispetto alle forme dello stesso, alla necessarietà –o no- del possesso di stato, alla (non) perentorietà del consenso al momento dell'utilizzo della tecnica o, ancora, rispetto alla possibilità di provare l'avvenuto consenso anche mediante atti o fatti concludenti che possano sottolineare la reale intenzione della comadre di assumere la filiazione del nascituro. Le pronunce in merito hanno contribuito a complicare il panorama allora presente, dando talvolta importanza a

²⁷⁹ Condivido, sul punto, l'opinione di Esther FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción...", *op.cit.* p. 29.

circostanze non prescritte dalla norma in esame, in una duplice veste.

Da un lato, l'art. 7.3 LTRHA prescrive espressamente che il consenso determinante sia quello prestato presso gli uffici dello stato civile, mentre il tribunale ha considerato un dato diverso, ovvero quello della madre intenzionale alla TRA praticata alla coniuge, che non è né obbligatorio né decisivo. Attribuire al consenso alla TRA il valore di fondamento della filiazione contravviene espressamente quanto stabilito dall'art. 7.3 LTRHA, giacché solo la manifestazione *post partum* permette stabilire la comaternità.

D'altro lato, il fatto di suffragare casi in cui la realtà sostanziale superi quella formale mediante l'istituto del possesso di stato comporta l'ammissione di una figura non presente, al momento, nell'ordinamento giuridico spagnolo, quella del *de facto parent*. Il possesso di stato è un indizio di prova nonché legittimazione attiva per la persona che dimostri avere un interesse legittimo, ma non è fondamento della filiazione. In futuro, questa figura potrebbe essere integrata nelle fonti della filiazione, così come è avvenuto altrove (*cfr*, per es., UPA 2017, sec. 609, *infra* cap VI par. 2.2.1.), ma occorre specificare che essa prevede una portata diversa dalla filiazione derivata da TRA poichè, laddove la norma è già stata adottata, si tratta di un

precetto concepito per la formazione di nuclei familiari non formati dalla nascita del minore, ma creati successivamente.

3.2. L'art. 7.3 LTRHA nella versione attuale

La redazione vigente dell'art. 7.3 è stata modificata dalla Ley 19/2015, il quale ora stabilisce che:

“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”

Confrontando il testo della norma, la prima impressione che ne scaturisce è che le prerogative post-riforma variano unicamente alcuni aspetti della determinazione della comaternità, legate, in particolare, alle tempistiche e alle modalità di manifestazione del consenso, lasciando invece invariata quella relativa al necessario matrimonio tra le due donne. Si è trattato di una modifica modesta, un'occasione sprecata dal legislatore per fare chiarezza su questo nuovo e dibattuto titolo di determinazione della filiazione²⁸⁰.

²⁸⁰ La definisce, giustamente, una normativa estremamente “caotica” Pilar BENAVENTE MOREDA, “Los errores de legislar en paralelo: la problemática

Vediamo dunque nel dettaglio le attuali condizioni dettate dall'art. 7.3 LTRHA per stabilire la comaternità.

3.2.1. I requisiti della comaternità ex art. 7.3 LTRHA

a) Vincolo matrimoniale

La prima condizione imposta dalla norma verte sul necessario vincolo coniugale tra le donne. L'allusione alla *mujer casada* di cui all'articolo 7.3 LTRHA esclude, a *sensu contrario*, coppie di donne non sposate.

Notiamo, senza indugio, una ingiustificata differenza di trattamento tra donne gestanti sposate o conviventi con un uomo rispetto a donne sposate o conviventi con una donna. La norma non prevede alcuna conseguenza legale a favore della partner non unita in matrimonio con la donna partoriente, come invece prescrive per i casi di conviventi consenzienti di sesso diverso. Sin dagli albori dell'entrata in vigore del terzo

aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida", *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, n. 7, 2017, pp. 1-36, p. 13.

comma dell'art. 7 LTRHA, la dottrina, seppur minoritaria, ha tentato di offrire una soluzione a tale disparità di trattamento esprimendosi a favore dell'estensione, rispetto alla compagna della madre, del contenuto di cui all'articolo 8.2 LTRHA²⁸¹.

Infatti, partendo dal presupposto di trovarci di fronte ad una fecondazione eterologa -per la quale l'attribuzione della filiazione è un fatto giuridico e non biologico- si è considerato che vi sia analogia di ragionamento tra i due casi: se il compagno può intenzionalmente assumere la paternità pur sapendo di non essere il padre biologico del nascituro, non si riscontra alcun motivo sufficiente per escludere la compagna dal godimento della medesima disciplina²⁸². Tuttavia, la dottrina è tuttora divisa e non manca chi ha considerato del tutto impossibile l'applicazione analogica della norma, dovuta alla sua "natura eccezionale" all'interno delle disposizioni generali in materia di filiazione²⁸³.

Malgrado quanto esposto, il legislatore, quando nel 2015 ne ha avuto occasione, ha lasciato invariato quanto previsto dal

²⁸¹ In primis, Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, p. 80.

²⁸² Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal .. *op. cit.*, p. 88.

²⁸³ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista de Derecho Privado*, n.6, 2017, pp. 3-22, p. 20.

precepto²⁸⁴, nonostante la dottrina maggioritaria auspicasse l'estensione della norma anche a coppie non sposate²⁸⁵.

L'esclusione di altre possibili unioni riflette e persevera la differenza di trattamento tra coppie di persone di sesso opposto e dello stesso sesso, qualora non sposate. Infatti, per coppie eterosessuali sposate opera la presunzione di paternità, anche in assenza di coincidenza biologica, nonostante questa scelta mi pare criticabile dato che, quando la tecnica è eterologa, il meccanismo piú idoneo potrebbe essere un altro, analogamente a quanto avviene in tutti i casi di comaternità²⁸⁶,

²⁸⁴ Seppur il presupposto dello stato coniugale è rimasto invariato, questa sfumatura è stata colta dalla legislazione autonoma catalana (art. 235-13 CCCat).

²⁸⁵ A sostegno, Esther FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción..", *op.cit.*; Estrella TORAL LARA, "Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias", *Derecho Privado y Constitución*, n. 30, 2016, pp. 289-336, p. 324; M^a Carmen GETE-ALONSO Y CALERA "La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 1, 2018 pp. 1-54, p.19. Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal .. *op. cit.*, p. 107; Javier NANCLARES VALLE, "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008 p. 2249; Pilar BENAVENTE MOREDA, "La filiación de los hijos de parejas..", *op.cit.*, p. 115 e "Los errores de legislar en paralelo..", *op.cit.*, p. 18. Non ravvisano un'ipotesi discriminatoria, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013, p. 137-138; Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión", in *Retos Actuales de la filiación*, APDC, Tecnos, 2018, p. 223.

²⁸⁶ Sono di questa opinione Ana DÍAZ MARTÍNEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, p. 100; Javier

salvo in applicazione della tecnica ROPA²⁸⁷. Il legislatore, tuttavia, ha preferito riservare un titolo di filiazione del tutto nuovo (art. 7.3 LTRHA) solo a matrimoni tra donne²⁸⁸.

Invece, in assenza di matrimonio, le coppie eterosessuali potranno ricorrere al riconoscimento, mentre per coppie di donne –escludendo la criticatissima dottrina del possesso di stato– non è prevista alcuna alternativa all'art. 7.3 LTRHA e, pertanto, l'unica via possibile ai fini di stabilire la comaternità rimane l'adozione del figlio della partner, con tutti gli inconvenienti che ne derivano²⁸⁹.

NANCLARES VALLE, "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008, p. 2255; in Italia, critica la presunzione di paternità in caso di TRA Michele SESTA, "L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", *Famiglia e Diritto*, n. 5/2014, p. 454.

²⁸⁷ Anche se, sul punto, il legislatore non ha mai dato importanza all'eventuale vincolo genetico con la madre non gestante, donatrice dell'ovulo. *Vid.* art. 7.3 LTRHA.

²⁸⁸ Rispetto alla comaternità di cui al 7.3 LTRHA non ravviso alcuna discriminazione perché il legislatore ha volutamente ed espressamente voluto impiegare un meccanismo diverso dalla presunzione di paternità. Così lo stabilisce il preambolo della Ley 13/2005. L'estensione della presunzione di cui all'art. 116 CC è stata comunque proposta da una parte della dottrina. *Vid.* Isabel ZURITA MARTÍN, "La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 770, 2018, pp. 3071-3116. *Cfr.* l'opinione contraria di Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, n. 28, 2014, pp. 93-136, p.114.

²⁸⁹ *Cfr.* Cap. II par. 6.

Il tema è rimasto, purtroppo, ancora irrisolto. Tale disparità di trattamento si è riflessa negli anni nel numero di matrimoni celebrati tra persone dello stesso sesso. Secondo gli ultimi dati dell'INE disponibili (2018), questi sono stati piú numerosi tra coppie di donne (2512) che tra coppie di uomini (2358), un deciso capovolgimento di tendenza rispetto all'anno 2005 (Ley 13/2005), i cui dati avevano dimostrato come la maggioranza dei matrimoni si celebrasse in le coppie maschili, piú che in quelle femminili²⁹⁰. L'inversione di rotta è probabilmente giustificabile con la necessità di adempiere al requisito del matrimonio di cui all'art. 7.3 LTRHA, prerogativa ad oggi invece non rilevante per coppie di uomini. La rivendicazione di coppie di donne non sposate è tuttora un tema controverso e dibattuto, nel quale le protagoniste non smettono di battersi per un cambiamento²⁹¹, speriamo imminente.

²⁹⁰ É evidente la differenza specialmente nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Ley 13/2005. Basti guardare i dati relativi a detto periodo. Sono state 914 coppie di uomini contro 355 di donne nel 2005, e rispettivamente 3000 e 1313 nel 2006, mantenendo la media di un terzo di matrimoni tra donne rispetto a quelli tra uomini.

<https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=1128&capsel=1670> (ultimo accesso 23.11.2020)

²⁹¹ Ad esempio, nella piattaforma change.org è attualmente presente una petizione a favore di donne non sposate "Igualdad de derechos para madres lesbianas", diretta ad eliminare le discriminazioni presenti nell'attuale LTRHA. Come affermano le dirette interessate, "[...]queremos poder casarnos por amor, no por una obligación legal para poder inscribir a nuestros hijos/as". https://www.change.org/p/gobierno-de-espa%C3%B1a-igualdad-de-derechos-para-madres-lesbianas?cs=tk=AvJz3KI6cR4WKRS3vF8AAxicyyvNyQEABF8BvAhh2KxlyerLywjrYJ81sCk%3D&utm_campaign=5435fa27451f4393a4b2136aa4d8

Appurato che, ai sensi dell'art. 7.3 LTRHA, è necessario che la comadre sia sposata con la madre gestante, diviene importante stabilire cosa accada in caso di mutamento delle circostanze personali della coppia, e pertanto definire quale sia il momento concreto in cui lo stato civile della coppia valga come requisito fondamentale²⁹². È sufficiente che le due donne siano sposate al momento del trattamento riproduttivo oppure è necessario che lo siano in occasione dell'iscrizione, dopo la nascita? Di primo acchito, dato che ad oggi la manifestazione del consenso avviene dopo il parto, pare essere quest'ultimo il momento cruciale in cui verificare se la coppia sia sposata. Dato che nella versione vigente dell'art. 7.3 LTRHA non vi è menzione alcuna rispetto allo stato coniugale precedente alla nascita, sembra che l'unico momento rilevante sia quello posteriore al parto, coincidente con la manifestazione di volontà da parte della comadre, divenendo irrilevante quando sia avvenuto il matrimonio tra le due donne -prima o dopo il trattamento riproduttivo-, benché sia anteriore alla determinazione della filiazione a favore della seconda madre.

[31be&utm_content=initial_v0_1_1&utm_medium=email&utm_source=aa_sign_ask&utm_term=cs](#) (ultimo accesso 23.11.2020).

²⁹² Cfr STS del 5 dicembre 2013, circa la possibile determinazione della comaternità anche in seguito al divorzio *supra* par. 2.1.

Al contrario, se la coppia si dovesse separare o divorziare prima della nascita, la comadre non potrebbe concludere l'iscrizione, giacché la norma esclude espressamente i casi in cui la donna gestante sia *separada legalmente o de hecho*. Tuttavia, nel caso in cui la coppia, seppur separata, volesse comunque procedere all'iscrizione congiunta del nascituro, non godrebbe dell'eccezione prevista, ad esempio, dall'art. 118 CC, secondo cui i coniugi legalmente o di fatto separati possono acconsentire all'iscrizione del figlio come matrimoniale. D'altra parte, per perseguire la medesima finalità, nell'ipotetico caso in cui questa fosse la loro volontà, non rimarrebbe che omettere la sopravvenuta crisi coniugale al momento di praticare l'iscrizione del nascituro, sempre e quando si tratti di una situazione *di fatto*. Ad ogni modo, credo che in caso di accordo di entrambe le donne, si dovrebbe permettere la determinazione della filiazione matrimoniale anche nel caso del divorzio, analogamente a quanto avviene nel seno di coppie eterosessuali, che mi pare essere l'idea più coerente in un sistema che pretende dar valore al consenso quale mezzo di determinazione della filiazione per TRA²⁹³.

²⁹³ Il problema sarà quando, in seguito alla separazione o al divorzio, non ci sarà accordo. La comadre in questo caso non compirebbe con i requisiti di cui all'art. 7.3 LTRHA e, in assenza di una chiara disciplina, credo che potrebbe unicamente intraprendere la via giudiziale.

Tuttavia, l'applicazione letterale della norma e la conclusione a cui si è giunti potrebbe contraddire la finalità stessa del precetto, che ricordiamo essere quella di attribuire due genitori ad un minore nato nel seno di una coppia formata da partners di sesso femminile. Per di più, pare che le intenzioni del legislatore originariamente non fossero queste. Infatti, se applicassimo quanto previsto dalla norma nella versione precedente alla riforma del 2015 -che richiedeva la manifestazione del consenso previamente alla nascita-, si potrebbe giungere ad una soluzione diametralmente opposta, valutando, quale momento decisivo per adempiere al requisito del matrimonio, quello della manifestazione di volontà appena successivo al concepimento e anteriore al parto, senza prendere in considerazione eventuali cambiamenti di circostanze avvenute in un secondo momento.

Pare immotivato stabilire che, in caso di crisi coniugale e mutuo accordo tra le partner, un minore non abbia più diritto alla seconda relazione materno-filiale per il solo fatto che, durante la gravidanza, la coppia abbia deciso di separarsi o di divorziare. Ma, per questo, occorre auspicare un'ulteriore riforma della LTRHA, che adotti un modello basato sul consenso previo alle tecniche riproduttive quale titolo di determinazione della filiazione e che prescindano da eventuali mutamenti della relazione affettiva dei genitori intenzionali, o

che preveda, per questi casi, un metodo alternativo per salvaguardare l'interesse superiore del minore, come potrebbe essere quella a cui mi riferirò *infra* al par. 3.2.4. Detta soluzione parrebbe la piú coerente con un modello di filiazione per consenso e corroborata dall'esistenza di un progetto parentale comune.

b) Tempistiche e modalità della manifestazione del consenso

Le tempistiche e le modalità della manifestazione del consenso hanno subito una modifica sostanziale con l'entrata in vigore della menzionata *Ley* 19/2015. Attualmente, data l'allusione al "figlio nato" dalla coniuge, è necessario che la comadre acconsenta alla determinazione della filiazione del nascituro gestato dalla sua compagna *dopo* la nascita, seguendo le regole stabilite in materia di anagrafe²⁹⁴.

²⁹⁴ C'è chi sostiene che, nonostante la norma vigente alluda alla manifestazione del consenso dopo la nascita, la volontà di essere determinata madre possa essere ottenuta anche prima -tra la gestazione e la nascita-, mediante scrittura privata autenticata o atto pubblico. *Vid*, al rispetto, Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, "El art. 44.5 de la Ley del registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN", articolo del 28.03.2017, consultato online www.notariosyregistradores.com, (ultimo accesso 1.11.2019). A questo proposito, pare difficile ipotizzare che la coppia preferisca dirigersi presso un notaio quando possa parimenti recarsi agli uffici dell'anagrafe. Tuttavia, potrebbe essere una maniera scrupolosa di agire in casi molto concreti, supponendo ad esempio casi di malattie gravi per le quali la madre non biologica tema di non sopravvivere sino alla nascita o di non essere in grado

La manifestazione di volontà fa sì che si costituisca il doppio vincolo materno-filiale con entrambe le donne, con una duplice funzione: esso è contemporaneamente il fondamento della determinazione di comaternità ed il mezzo di stabilimento della stessa²⁹⁵. Al contrario, si ricorda che, diversamente da quanto avvenga per il coniuge di sesso maschile, il consenso della comadre alla TRA non è necessario²⁹⁶.

Secondo la dottrina, considerando che la manifestazione di volontà è il titolo costitutivo della filiazione, tale dichiarazione dev'essere solenne: la rigorosa forma richiesta assicura che la decisione sia stata meditata, giustificata dalle numerose conseguenze giuridiche che scaturiscono dall'atto stesso, quali ad esempio, diritto al cognome, nazionalità, responsabilità

di manifestare la propria volontà. Mi riferisco, ad esempio, a malattie in stadi avanzati o neurodegenerative che impediscano all'interessata di esprimersi a parole (per es. morbo di Alzheimer, morbo di Parkinson, sclerosi laterale amiotrofica, sclerosi multipla).

²⁹⁵ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.* p. 189.

²⁹⁶ Ciò non toglie che la comadre possa acconsentire (o *debba* consentire nel caso dell'impiego del metodo ROPA), ma in ogni caso questo non sarebbe fondamento della filiazione né, d'accordo con la legislazione vigente, è legittimo che in sede di iscrizione della filiazione si richieda, tra i documenti per portare a termine l'atto, il consenso della comadre alla TRA della coniuge. Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", *op.cit.* p. 962.

genitoriale e diritti successori²⁹⁷. Differisce però dal consenso richiesto al marito, perché il fondamento di cui all'art. 6.3 LTRHA è necessario per evitare l'inevitabile conflitto che sorgerebbe con la presunzione di paternità²⁹⁸. Ritengo che, oltre a questa ragione, tuttavia, la base del consenso sia sempre l'accettazione della filiazione risultante da tecniche riproduttive, dato che tra le TRA vi sono incluse anche quelle eterologhe.

Infine, in quanto alle tempistiche, prima della riforma del 2015, la norma spagnola indicava come unica possibilità di iscrizione una manifestazione di volontà previa alla nascita e necessariamente di fronte all'*encargado del registro civil*²⁹⁹. D'altro canto, alcuni invece avevano difeso l'ipotesi per cui potesse essere confacente anche una manifestazione di volontà presso un notaio, che attestasse l'inequivocabile intenzione della comadre, così come dell'impiego di TRA, al fine di procedere all'iscrizione della comaternità³⁰⁰. In questo caso, anche posteriormente al 2015, suppongo che sarebbe successivamente necessario presentare tale documento presso

²⁹⁷ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 194.

²⁹⁸ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España... op.cit.* p. 138.

²⁹⁹ In questo senso, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España... op.cit.* p. 142.

³⁰⁰ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 195.

l'ufficiale di Stato Civile per procedere all'iscrizione della filiazione. Considero che, in questo contesto, non si possa negare l'iscrizione se risulta sufficientemente provato che 1) il consenso è posteriore alla tecnica e 2) che la nascita non è ancora avvenuta o 3) anche qualvolta, in seguito alla nascita, la comadre non possa recarsi personalmente presso il RC.

Ma, se da una parte, è pacifico che si possa procedere dopo la nascita, la versione vigente dell'articolo nulla indica rispetto al termine ultimo per la manifestazione di volontà della comadre. Si sta ammettendo, pertanto, un'iscrizione della filiazione *sine die*? Di quanto tempo dispone la madre intenzionale per procedere a esternare il proprio consenso?

Per dare risposta a tale quesito, una parte autorevole della dottrina ha assimilato il termine per la determinazione della filiazione comaternità a quello per l'iscrizione della nascita³⁰¹, nonostante tale ipotesi, che si espone a continuazione, mi pare molto limitata.

Il termine per procedere all'iscrizione della nascita è, generalmente, di 72 ore, così come previsto dall'art. 46.1 LRC. Nonostante ciò, quando la nascita avvenga fuori da centri

³⁰¹ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.* p. 200.

sanitari o concorrano altre cause per le quali non si sia iscritta nelle prime 72 ore, si potrà procedere all'iscrizione della nascita entro 10 giorni se è necessario presentarsi dinanzi all'ufficiale di Stato Civile (art. 47.1 LRC)³⁰², o, passati questi, entro 30 giorni se sussiste giusta causa, mediante *expediente registral* (art. 47.3 LRC, con riferimento all'art. 166 del *Reglamento del Registro Civil*). Trascorso tale termine, si ipotizza necessario ricorrere ai meccanismi previsti per l'iscrizione tardiva³⁰³, nonostante pareri discordi al rispetto³⁰⁴.

³⁰² Ad esempio, la necessaria comparizione presso gli uffici dell'anagrafe o nei casi in cui non sia possibile la gestione telematica dell'iscrizione della filiazione.

³⁰³ Mediante *resolución dictada en expediente registral* (art. 47.3 LRC; arts. 311 y ss. RRC 1958).

³⁰⁴ Tuttavia, a parere di Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.* p. 201, non bisognerebbe ammettere alcuna determinazione posteriore della comaternità, né stragiudiziale né giudiziale. Trascorsi 30 giorni dalla nascita, pare che l'unica soluzione concretizzabile sia l'adozione del figlio della coniuge o, come ultimo rimedio, il ricorso alle azioni di reclamazione della filiazione, come visto supra rispetto alla giurisprudenza del TS (*cf.* par. 3.1). Dubita che si possa prestare il proprio consenso alla determinazione della filiazione senza limite temporale alcuno anche Luis F. MUÑOZ DE DIOS SAEZ, "El artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil y la doble maternidad a la luz de la Resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN", *Notarios y Registradores*, 28.03.2017, disponibile online: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/ladoble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-Ley-del-registro-civil/> (ultimo accesso 18.10.2019) e Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, 2º ed, vol. V, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 960-966.

Ma c'è di più. La legge 19/2015, permette oggi giorno di procedere all'iscrizione telematica dei nati direttamente dai centri sanitari. A tal proposito, la DGRN del 9 ottobre 2015³⁰⁵ ha predisposto delle linee guida utili ai centri anagrafici al fine di creare una procedura unificata per la trascrizione delle informazioni relative alle nuove nascite dagli ospedali ai registri civili competenti, una c.d. "*ventanilla única*" gestita dagli stessi operatori sanitari mediante un servizio telematico appositamente creato³⁰⁶.

Nonostante la natura universale della norma, l'art. 46.1 LRC non determina in quali casi si possa procedere con l'iscrizione telematica. Sopperisce implicitamente a tale lacuna il terzo paragrafo della *Instrucción* il quale indica, tra le circostanze per cui la gestione elettronica non possa avvenire³⁰⁷, quello

³⁰⁵ *Instrucción de 9 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios*. BOE n. 246 del 14 ottobre 2015.

³⁰⁶ Introdotta dalla *Orden PRE/1838/2014* del 8 ottobre mediante cui si approva *el Acuerdo de Consejos de Ministros de 19 de septiembre de 2014*.

³⁰⁷ Non è possibile procedere telematicamente quando (1) si sia superato il termine legale delle settantadue ore dalla nascita, ai sensi dell'art. 46.1 LRC. Come accennato, in questo caso, l'iscrizione dovrà avvenire presenzialmente entro dieci giorni successivi alla nascita presso l'anagrafe competente, così come previsto dall'art. 47 LRC; (2) quando l'iscrizione entra in conflitto con la presunzione di paternità di cui all'art. 116 CC; (3) quando uno dei genitori sia minorenni o incapace; (4) quando si tratti di filiazione non matrimoniale, nei casi di assenza, morte o incapacità del padre, della madre o di entrambi; (5) quando i genitori siano stranieri; (6) quando la madre abbia rinunciato al figlio; (7) quando il centro sanitario non disponga del software ANDES per predisporre la documentazione.

relativo a *coppie di donne non sposate*. Precisazione ridondante dato che, come visto *supra*, la legge in questo non prevede che si possa iscrivere la seconda donna come comadre legale del nascituro³⁰⁸. Perciò, a *sensu contrario*, pare sensato dedurre che, visto che nulla si dice rispetto a coppie di donne sposate, l'iscrizione telematica della nascita sia possibile dal centro sanitario dove sia avvenuto il parto³⁰⁹. Un altro indizio a favore di questa procedura, è offerta dall'allegato III della *Instrucción*, il quale indica, tra i dati necessari per portare a termine l'iscrizione, quelli della (1) madre gestante e, successivamente, quelli del (2) padre o *genitore non gestante*. Ritengo che tale espressione neutrale allude anche alla comadre.

Mediante il procedimento telematico, l'iscrizione della nascita e la determinazione della filiazione potrebbero coincidere

Rispetto a quest'ultimo, il servizio è stato impiantato il 15 ottobre 2015. Dai dati più recenti (17 luglio 2018) si evince che l'iscrizione telematica delle nascite risulta funzionante in tutti gli ospedali pubblici ed alcuni privati, per un totale di 249 centri. "ANDES: Se superan las 300.000 inscripciones de nacimiento efectuadas desde Hospitales", https://administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2018/Julio/Noticia-2018-07-17-ANDES-Se-superan-las-300.000-inscripciones-de-nacimiento-.html#.XS99puj7S71 (ultimo accesso 2.07.2020).

³⁰⁸ Eccetto in Catalunya, dove al contrario è possibile sia per coppie sposate che non (art. 235.13 CCCat).

³⁰⁹ Di questa opinione anche Maria Jose VAQUERO PINTO, "Cap. 35, La filiación matrimonial", in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS (Dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, vol. V, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., 2017, p. 161. Più dubbioso Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", *op.cit.* p.960.

nello stesso atto e momento³¹⁰. La *manifestazione del consenso*, titolo costitutivo del secondo vincolo materno-filiale potrebbe avverarsi nel proprio centro ospedaliero e non necessariamente presso gli uffici dello Stato Civile³¹¹.

Una volta trascorso tale termine, non si ravvisa una giustificazione fondata per escludere che la comadre intenzionale si possa recare presso gli uffici dello Stato Civile per l'iscrizione *fuera de plazo* e, con il consenso della madre biologica, esprimere la propria volontà di essere determinata madre legale del minore nato dalla propria coniuge, analogamente a quanto possa avvenire in caso di coppie eterosessuali che non seguano l'iter descritto per l'iscrizione telematica per le motivazioni più diverse³¹².

³¹⁰ Propone un problema diverso il caso in cui la gestione telematica venga gestita da parte del parente più stretto (art. 45 LRC): non si tratterebbe di una dichiarazione personale della comadre, venendo meno il requisito di atto personale e formale richiesto dalla norma (art. 7.3 LTRHA e art. 44.5 LRC). In questa ipotesi, credo che si potrà portare a termine l'iscrizione della nascita ma non quella della filiazione. La comadre dovrà, in questo caso, rivolgersi al RC competente in maniera presenziale.

³¹¹ Gli ufficiali del RC di Barcellona, Valencia e Madrid mi confermano che qualora l'ospedale disponga della piattaforma informatica e si rispettino i requisiti di matrimonio e consenso manifestato presso la struttura dopo la nascita, parimenti a quanto avvenga per coppie eterosessuali, le due donne non dovranno presentarsi dinnanzi l'ufficiale di Stato Civile. Ricordiamo infatti che per le donne, il requisito del matrimonio è facilmente verificabile dagli ufficiali. Al contrario, questa opzione resta aperta ai casi menzionati dalla *Instrucción*.

³¹² Ad esempio, perché non sono presenti al momento del parto e durante le 72 ore o i 10 giorni successive o perché hanno voluto procedere in un

La legge non impone alcun limite temporale e credo che lasci pertanto aperto ad interpretazione, interpretazione che non deve necessariamente circoscrivere ed ostacolare la determinazione della comaternità. Se così fosse, verrebbe meno quello che è il fondamento della norma stessa: determinare entrambe le donne come madri del minore. Solo così si salvaguarda l'interesse superiore del minore e la natura del precetto legale. Si potrebbe ritenere che l'assenza di un termine provochi insicurezza giuridica³¹³ ed effettivamente sarebbe consigliabile che il legislatore si esprima in un senso o nell'altro, ma mentre non vi è alcun termine chiaro mi pare avventato ridurlo al minimo. Inoltre, considero che, data la semplificazione dell'iscrizione della nascita e della filiazione in via telematica, la maggior parte delle interessate provvederebbe all'atto entro le scadenze previste agli art. 46 e 47 LRC. Per coloro che, nonostante, non abbiano provveduto entro le 72 ore o dieci giorni imposti dalla legge, bisognerebbe estendere tale termine o prevedere un meccanismo legale intermedio e diverso dalla determinazione giudiziale della filiazione.

momento diverso, o ancora perché l'ospedale non disponeva del servizio telematico.

³¹³ Tuttavia, anche per il riconoscimento non vi è un termine. *Cfr* par. 3.2.4.

L'incertezza e la contorta disciplina in materia, evidenzia, ancora una volta, la necessità di riformare nuovamente l'art. 7.3 LTRHA, facendo chiarezza sui connotati della manifestazione del consenso mediante procedure alternative, che potrebbero coesistere tra loro. Oltre la possibilità ora offerta dalla LTRHA, si potrebbe pensare alla determinazione della filiazione vincolata al consenso alle TRA, previamente alla nascita, come nei casi che si affrontano al Cap. V, o posteriormente anche per "accettazione della filiazione", fattispecie che ipotizzo al par. 3.2.4 del presente capitolo.

- c) Il valore residuale del consenso previo alla TRA: è ammissibile la fecondazione post mortem?

In caso di una coppia di donne, non è necessario il consenso espresso della comadre, la coniuge della madre gestante. Tuttavia, nonostante non sia un requisito legale, è spesso prestato in occasione del trattamento riproduttivo, nonché necessario in caso di procedimento ROPA. La domanda che mi sorge è se questo consenso possa avere un valore nel caso in cui la madre intenzionale viene a mancare prima della pratica riproduttiva.

La legge tace rispetto all'eventuale fecondazione *post mortem* con materiale genetico della comadre. In caso di morte della madre intenzionale, nulla è previsto rispetto al potenziale impiego degli ovuli da essa donati o embrioni già formati. A mio parere, al centro dovrebbe essere precluso poter continuare con il trattamento senza il consenso di colei che ha donato il proprio materiale genetico, salvo che il trasferimento del materiale non sia già avvenuto, applicando il limite temporale imposto per la revoca del consenso da parte dell'uomo o del compagno, che potrà essere *revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas* (art. 9.2 LTRHA).

In linea generale, si afferma che non è possibile determinare la filiazione rispetto alla persona deceduta prima del completamento della tecnica riproduttiva (art. 9.1 LTRHA). Tuttavia, la fecondazione *post mortem* è ammessa in Spagna nel caso di coppie eterosessuali, rispettando i brevi limiti temporali e fattuali, quali l'impiego di materiale genetico della coppia -pertanto solo in caso di tecniche omologhe-, necessariamente utilizzato entro i dodici mesi successivi alla scomparsa del marito (art. 9.2 LTRHA) o del compagno (9.3 LTRHA). Quale deroga alla normativa generale, la legge suppone che, nel caso in cui la morte avvenga in uno stato avanzato della tecnica e vi siano preembrioni già creati -che

possono essere stati generati anche mediante il ricorso ad un donatore-, il consenso alla pratica *post mortem* si presuma (art. 9.2 LTRHA, *in fine*), per agevolare la determinazione, in via stragiudiziale, della filiazione³¹⁴.

Al momento, le coppie di donne sono escluse dalla presente disciplina per due motivi. Da un lato, non sono considerate dalla normativa LTRHA, la quale si riferisce unicamente al marito ed al compagno (nonostante, probabilmente, mediante un'interpretazione analogica potremmo giungere ad ammettere la filiazione *post mortem* per coppie di donne *sposate*); d'altro lato, e più significativamente, il consenso richiesto dall'art. 7.3 LTRHA è posteriore alla nascita, e quindi si richiede implicitamente che la comadre sia in vita per manifestare la propria volontà di assumere la filiazione del figlio nato dalla coniuge³¹⁵. Ad oggi è pertanto preclusa detta possibilità a coppie di donne, ma credo che gli argomenti che si offrono di seguito rappresentano una buona base per una riforma protesa ad includere coppie di donne nella disciplina

³¹⁴ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España.. op. cit.*, p. 162.

³¹⁵ Al contrario, la versione originale dell'art. 7.3 LTRHA, che prevedeva un consenso previo alla nascita, lasciava un certo margine a favore di un'interpretazione estensiva del precetto anche a favore della comadre. Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, "Artículo 9. Premoriencia del marido", in Juan José INIESTA DELGADO (Coord.) José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.), *op.cit.* p. 321.

della fecondazione post mortem anche in caso di decesso della madre non gestante.

Quando, nel seno di una coppia di donne, si impieghi il metodo ROPA (tecnica omologa) ritengo che vi sia analogia di ipotesi tra i TRA rispetto a coppie eterosessuali ed omosessuali. Pertanto, alla comadre -donatrice di ovuli-, dovrebbe essere offerta la possibilità di acconsentire all'utilizzo del proprio materiale genetico sia in vita che, se così scelto, anche nell'eventuale caso di decesso, rispettando i limiti imposti dalla LTRHA (materiale proprio ed entro l'anno successivo al decesso), nonché l'intenzione espressa raccolta in uno dei documenti indicati, quali *escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas* (art. 9.2 LTRHA). Il consenso all'impiego del materiale dovrebbe altresì essere presunto quando il trattamento sia in uno stato avanzato, ovvero gli embrioni già creati, in questo eccezionale caso, anche senza l'impiego del metodo ROPA, conformemente a quanto avvenga per il marito ed il compagno in caso di tecniche eterologhe (art. 9.2 LTRHA, *in fine*).

In definitiva, è bene sottolineare che la comaternità sia divenuta una possibilità reale per coppie di donne, e la fecondazione *post mortem*, sia a livello statale che a livello regionale, è accettata nel rispetto dei limiti imposti dalla Legge.

Pertanto, non si ravvisa giustificazione per escludere coppie di donne da tale disciplina³¹⁶ considerando che, tanto nel caso di coppie eterosessuali quanto omosessuali, si tratterebbe di una disciplina eccezionale, fruibile in un lasso temporale limitato e determinato, unicamente in caso di tecniche di riproduzione omologhe³¹⁷ (salvo trasferimento di embrioni già creati, art. 9.2 LTRHA, *in fine*). A parità di tecniche omologhe e stato civile, sarebbe sensato ammettere, anche solo in via giurisprudenziale, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 9 LTRHA. In visione di una riforma futura, non si riscontra, alcuna giusta causa per escludere le comadri dalla medesima disciplina.

³¹⁶ Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN, "Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem", *Oñati Socio-legal Series* (online), vol. 7, n. 1 (2017), pp. 179-204, p. 193. Diverge da questa interpretazione, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España.. op.cit.* p. 163-164.

³¹⁷ D'altro canto, la giustificazione usata da alcuni autori alla mancata estensione della fecondazione *post mortem* in caso di tecniche eterologhe risponde alla necessità di avere un minimo vincolo tra il deceduto ed il nascituro. *Vid.* in relazione al derogato *Codi de Família de Catalunya*, M^o del Carmen GETE-ALONSO CALERA, *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, 2003. Tuttavia, in caso di tecnica ROPA, tale vincolo sarebbe presente tra la donatrice di ovuli (defunta) ed il minore e dunque tale argomento non mi sembra convincente per questa fattispecie, ragione per cui troverei coerente un'applicazione analogica della disciplina di cui agli artt. 9 LTRHA e, come dirò al cap. V, degli artt. 235-8.2 e 235-13.2 CCCat.

d) Un'ulteriore condizione imposta dall'art. 7.3 LTRHA? Accreditare l'uso di TRA

Data la natura della norma e la tecnica legislativa impiegata - una normativa specifica in ambito di TRA-, è stato sostenuto che, secondo un'interpretazione sistematica dell'articolo 7.3 LTRHA, oltre ai due requisiti essenziali esposti ai punti a) e b), indirettamente vi fosse un terzo requisito, che imponesse alle coppie di rivolgersi presso una clinica di fertilità autorizzata, escludendo, al contrario, l'attribuzione della comaternità a coppie di donne che avessero fatto ricorso a inseminazione domestica o a riproduzione sessuale.

Nel panorama spagnolo, la *Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN) ha giocato un ruolo fondamentale nel risolvere casi concreti, in grado di fornire accorgimenti, linee guida e criteri che hanno, nel corso degli anni, aiutato a fare chiarezza su un tema ampiamente discusso nelle aule giudiziarie.

Prima dell'entrata in vigore dell'articolo 7.3 LTRHA e nella versione originale dello stesso, la DGRN aveva avallato quanto previsto dal CC, ovvero sostenendo che l'unico meccanismo legale volto ad offrire due madri ad un minore fosse l'adozione

del figlio del coniuge³¹⁸; questa, come abbiamo visto, è stata la risposta generale alla problematica ricorrente qualora non fosse possibile accreditare l'uso di TRA³¹⁹.

Eppure, con la modifica dell'art. 7 LTRHA, nella versione attuale, si permette alla comadre di manifestare la propria volontà di assumere la filiazione del minore nato dalla moglie, nelle forme stabilite dalla legislazione anagrafica. Detta remissione all'art. 44.5 LRC³²⁰ altro non è che una ripetizione - probabilmente un rinforzo inutile -, giacché si riproduce quasi alla lettera quanto stabilito dalla LTRHA, salvo specificare espressamente che si tratti di filiazione matrimoniale³²¹:

También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho,

³¹⁸ RRDGRN del 20 settembre 2004 (RJ 2005/664) e 5 giugno 2006 (BOE 28.8.2006).

³¹⁹ RRDGRN del 17 e del 22 di maggio 2008, del 26 di novembre 2008, del 7 gennaio 2009, del 28 febbraio 2011 e dell'8 marzo 2011.

³²⁰ Ley 20/2011, del 21 luglio, del Registro Civil, BOE n. 175, del 22/07/2011.

³²¹ Rafael VERDERA SERVER, "Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", in *Retos Actuales.. op.cit.*, p. 40. L'articolo 7.3 LTRHA non specificava se si trattasse di filiazione matrimoniale o non matrimoniale. Ciò nonostante, credo che si potesse intuire dato il richiamo esclusivamente alla "donna sposata". Prima dell'entrata in vigore dell'art. 44.5 LRC, la dottrina aveva criticato tale assenza di precisazione. Susana QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters, 2014, p. 55.

con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Nonostante l'art. 44.5 LRC non aggiunga alcun elemento aggiuntivo rispetto al contenuto dell'art. 7.3 LTRHA, è bene sottolineare che si tratti dell'iscrizione della comaternità senza menzione alcuna all'uso di TRA³²². Come anzidetto, accreditare l'uso di TRA non è mai stato un requisito *espresso*. Eppure, in seguito ad una lettura sistematica della norma, è stata interpretata come una circostanza necessaria senza la quale l'applicazione dell'art. 7.3 LTRHA risulterebbe irragionevole³²³. Inoltre, alcuni ufficiali dello Stato Civile lo richiedevano al fine di formalizzare la dichiarazione di volontà della comadre e, in caso di non presentare alcun certificato di ricorso alle tecniche riproduttive, talvolta rifiutavano di procedere all'iscrizione del minore come figlio matrimoniale

³²² In opinione di M^a Carmen GETE-ALONSO Y CALERA "La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad", *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, n. 1 (enero-marzo), pp. 1-54, p.25, la novità introdotta dall'art. 44.5 LRC è stata quella di introdurre il consenso come titolo di determinazione della filiazione senza una necessaria relazione con tecniche riproduttive.

³²³ Susana QUICIOS MOLINA, *Determinación e impugnación...op.cit.*, p. 48; Rafael VERDERA SERVER, "Retos actuales de la determinación extrajudicial." *op.cit.*, p. 41; Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal..", *op.cit.*, p. 103.

di entrambe le donne³²⁴, determinando solo la maternità della partoriente. Date le circostanze confuse rispetto alla pratica registrale, la DGRN si è espressa capovolgendo quella che era stata, sino ad allora, l'interpretazione maggioritaria.

In opinione della sostanziosa *Resolución DGRN dell'8 febbraio 2017*³²⁵, "l'intenzione del legislatore è stata quella di agevolare la determinazione della filiazione di figli nati nel seno di coppie di donne coniugate, a prescindere dall'uso effettivo di tecniche riproduttive"³²⁶ e la stessa afferma fermamente che non sia necessario corroborare né presentare alcun documento che attesti l'uso di tecniche riproduttive quando la comadre si presenti presso *el encargado del Registro Civil*³²⁷, bastando così,

³²⁴ Come nel caso dell'*Auto del Registro Civil de Denia* del 22 agosto 2016. I fatti sono i seguenti. Le ricorrenti sono una coppia di donne sposate e residenti a Denia (Alicante). Queste, già madri di altri due minori che ostentavano la doppia filiazione materna, si sono viste negare la possibilità di iscrivere il terzo figlio come discendente di entrambe, per mancata accreditazione dell'uso di TRA. Nello specifico, l'ufficiale dello Stato Civile negava l'iscrizione della filiazione del minore rispetto alla madre non gestante, considerando che a tal fine era necessario accreditare che la gravidanza fosse derivata da tecniche riproduttive in un centro autorizzato. La decisione è stata ricorsa ed è sfociata nella *Resolución* che si commenta di seguito.

³²⁵ La loro storia ha ottenuto una grande ripercussione mediatica grazie al blog *Moonmamas.eu* dove la coppia ha raccontato dettagliatamente tutto l'iter seguito per le tre gravidanze, nonché raccolto oltre 100.000 firme per sostenere la loro causa e supportare il diritto di coppie di donne di essere madri.

³²⁶ FJ 4°.

³²⁷ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 199.

da dopo la *Instrucción*, la manifestazione di volontà e la dimostrazione del vincolo coniugale con la madre gestante.

In altre parole, la DGRN conclude disapprovando l'estensione della medesima interpretazione sistematica dell'art. 7.3 LTRHA allo spirito dell'art. 44.5 LRC. Per questo motivo, alcuni considerano che la pratica registrale abbia incorporato un nuovo meccanismo di determinazione della comaternità a sé stante ed indipendente dall'impiego di tecniche riproduttive³²⁸, benché il legislatore abbia utilizzato una tecnica giuridica incorretta³²⁹. Mi trovo d'accordo con tale critica. Mi pare infatti azzardato discostarsi dall'idea originaria secondo cui la comaternità trovi terreno fertile solo in caso di riproduzione assistita, poiché considero che tale meccanismo sia stato introdotto nel sistema giuridico per il particolare e unico caso di filiazione per TRA. Si dovranno necessariamente pronunciare i tribunali in merito, dato che la DGRN ha voluto offrire una soluzione alternativa per fare giustizia al caso concreto, ma tale direzione non mi pare suffragabile nel tempo stante la disciplina vigente.

³²⁸ Belén ANDREU MARTÍNEZ, "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret* 1/2018.

³²⁹ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 209.

In generale, è vero che prevalga la prevalenza della realtà socioaffettiva -la nascita di un figlio nel seno di una coppia-, e del carattere coniugale che li unisce -il matrimonio-, nonché della formale assunzione della filiazione -il consenso prestato affinché tutto ciò potesse accadere-, anziché la verità biologica che li circonda³³⁰, ma questa dev'essere portata a termine nel rispetto dei requisiti imposti dall'art. 7.3 LTRHA.

Suscita un problema diverso l'eventuale impugnazione della filiazione qualora il concepimento sia stato frutto di una relazione sessuale o di una inseminazione domestica, ossia quando la nascita non sia conseguenza diretta di una TRA. Affronteremo tale problematica al par. 2.2.4., poiché questa è la diretta problematica che deriva dal fatto di non dover dimostrare di aver fatto ricorso ad un trattamento riproduttivo.

3.2.2. Revoca del consenso

Dato che il consenso prestato dalla madre non biologica è successivo alla nascita, e non è richiesto alcun assenso alla TRA

³³⁰ Silvia TAMAYO HAYA, "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, n. 6, 2013, (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII Edición), pp. 261-316, p. 276.

praticata alla coniuge, quanto inteso come revoca delle intenzioni non trova applicazione nella fattispecie di cui all'art. 7.3 LTRHA. Come vedremo (*cf.* par. 3.2.5.b), sarà impugnabile per vizi o mancanza assoluta di consenso in occasione della determinazione della filiazione, non essendo rilevante il consenso eventualmente prestato presso la clinica o centro autorizzato.

3.2.3. Il ruolo della madre gestante al momento della pratica della tecnica e della determinazione della comaternità

a) Consenso all'impiego della tecnica riproduttiva

Rispetto alla madre gestante, l'art. 6.1 LTRHA prevede che a questa sia concesso accedere a trattamenti riproduttivi *con indipendenza del suo stato civile o della sua orientazione sessuale* sempre e quando il suo desiderio si traduca in una manifestazione di volontà scritta, libera, cosciente ed espressa da parte sua, che dev'essere maggiorenne e con piena capacità di agire³³¹.

³³¹ La dottrina ha sostenuto che il consenso informato presenti un duplice contenuto ed un duplice effetto: autorizza l'attività medica e, rispetto al secondo genitore, può determinarne la filiazione proibendone il disconoscimento, mentre in applicazione del principio *mater semper certa est*, la partoriente è determinata madre legale del nascituro come

Da un lato, se la donna è accompagnata da un marito o da un compagno, il consenso prestato condurrà alla filiazione dello stesso³³² per presunzione di paternità o riconoscimento, impedendo una qualsivoglia impugnazione futura³³³. Eppure, nulla è detto rispetto alla consorte femminile della gestante, per cui si intende che non sia necessario il consenso di questa alla TRA praticata alla madre biologica³³⁴. Nel caso di coppie

conseguenza del parto. Nella pratica, nonostante, è abituale che la persona non distingua tra il primo ed il secondo giacché sono uno il prodotto dell'altro. Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 67. Il consenso è desunto una volta illustrati i diversi aspetti medici, giuridici, psicologici, economici ed etici racchiusi all'art. 3 LTRHA. A tal fine, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) mette a disposizione del pubblico vari moduli di consenso informato, diversi per ogni tecnica e procedura. Disponibili qui:

<https://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=biblioteca&subSeccion=consentimientosESP> (ultimo accesso 5.05.2019). Nonostante i formulari siano a disposizione di pazienti e cliniche pubbliche o private, queste ultime spesso sono dotate di documentazione propria.

³³² Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, n. 8, 2010, p.31; Roberto GERMÁN ZURRIARAIN, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado", *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXII, n. 75, 2011, p. 210.

³³³ Art. 8.1 e 8.2 LTRHA.

³³⁴ Al contrario, è necessario quello del marito (art. 6.3 LTRHA). Altrimenti, la presunzione di cui all'art. 116 CC potrebbe essere distrutta dal marito non consenziente. Non è invece richiesto quello dell'uomo non sposato con la madre gestante. In quest'ultimo caso, se il compagno dovesse prestare il consenso, questo non varrebbe come titolo costitutivo della filiazione ma come meccanismo inibitorio di un eventuale azione di disconoscimento, fungendo quale atto vincolante nell'eventualità che questi, dopo la nascita, non provveda al riconoscimento del minore. In questo senso, Javier NANCLARES VALLE, "Reproducción asistida y doble maternidad por

di donne, il consenso della moglie, madre intenzionale, è facoltativo perché non entra in gioco alcuna presunzione di comaternità, anche se nella versione originaria dell'art. 7.3 LTRHA si richiedeva³³⁵. Tuttavia, non vi è alcun dubbio rispetto al necessario consenso della madre non gestante, e relativa partecipazione all'atto medico della moglie, qualora la

naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008 p. 2249); Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, n. 8, 2010, p. 29, considera che per il legislatore spagnolo la dichiarazione di volontà del marito della donna non costituisca titolo di determinazione della filiazione, ma mero un meccanismo da cui derivino limitati effetti. L'autrice, come vedremo, è della stessa opinione anche in caso di comaternità. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista de Derecho Privado*, n.6, 2017, pp. 3-22, p. 20. Di un parere opposto Eleonora LAMM, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, 2012, p. 82, afferma che, in Spagna, in caso di una coppia di sesso opposto e sposata che fa ricorso a TRA eterologa, il vincolo filiale si debba determinare in base al consenso previamente prestato, prevalendo l'elemento volitivo sull'elemento genetico o biologico. Inoltre, semmai la mancata determinazione della paternità sfociasse nella rispettiva azione di reclamazione di paternità, questa non sarebbe volta ad affermare la verità biologica della circostanza, come accade abitualmente, ma sarà diretta a formalizzare e tradurre sul piano giuridico un comportamento previo accettato dal presunto padre, derivando forzosamente nella filiazione dello stesso. Di questa opinione, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, n. 8, 2010, p.31; Roberto GERMÁN ZURRIARAIN, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXII, n. 75, 2011, p. 210.

³³⁵ In base a quanto previsto dalla versione originale dell'art. 7.3, invece, nonostante la norma non specificasse nulla al rispetto, la pratica registrale imponeva presentare il consenso espresso della comadre alla TRA praticata alla moglie, come nel caso affrontato dalla RDGR (3^a) del 7 gennaio 2009 (JUR 2010/98662) che nega l'iscrizione della comadre in assenza di un certificato che accreditasse l'uso di TRA. *Supra*, par. 2.1.

tecnica scelta dalla coppia sia portata a termine con il metodo ROPA, per il quale, dato l'intervento chirurgico su entrambe le donne, si richiede il consenso di ambedue³³⁶. Si tratta comunque di un consenso accessorio alla realizzazione della tecnica ma non volto alla determinazione della filiazione, a differenza di quanto accade nel contesto catalano.

La legge 14/2006 non ha, ciò nonostante, vincolato la determinazione della filiazione a favore di entrambe le donne al momento della tecnica ma bensì a dopo il parto. Vediamo nel paragrafo successivo quale sia la condotta che debba assumere la gestante in tale contesto.

b) Consenso alla determinazione della comaternità

Ai fini della determinazione della filiazione rispetto alla madre intenzionale, il consenso rilevante pare essere unicamente quello *postpartum*. Per quanto riguarda la madre gestante, anche la normativa registrale tace riguardo alla condotta che debba assumere quest'ultima prima e dopo la nascita del figlio comune. Ad oggi, tale questione è stata affrontata unicamente dalla sentenza 30/2019 del 28 novembre del *Juzgado de Primera*

³³⁶ Soggetto ai requisiti di cui all'art. 6.1 LTRHA

*Instancia e Instrucción San Vicente del Raspeig*³³⁷. Tenendo conto che si tratti di una sentenza di primo grado, approfondiamo l'analisi giurisprudenziale che verte sui ruoli di entrambe le madri.

Le circostanze del caso vedono protagoniste due donne sposate che decisero di far ricorso a TRA nell'anno 2015 e, grazie alle quali, nel gennaio 2016, nasce una bambina. Seguendo quanto descritto in precedenza, la madre biologica è determinata al momento del parto, mentre la madre intenzionale si reca presso l'anagrafe competente dove dichiara di voler essere determinata comadre della minore. Quest'ultima è dunque iscritta come figlia matrimoniale di entrambe. Dopo solo un anno di vita della figlia, la coppia attraversa un periodo di crisi coniugale, che si dimostrerà irreversibile. La madre gestante promuove azione di impugnazione rispetto alla filiazione determinata a favore della ex sposa, allegando che mancasse il proprio consenso alla determinazione della stessa ed alludendo, pretenziosamente, a vizi del consenso nel riconoscimento effettuato dalla comadre. Ciò nonostante, il giudice ritiene non necessario il consenso della madre gestante. Infatti, la manifestazione di volontà mediante la quale la comadre viene determinata madre legale

³³⁷ Proc. n. 100/2017.

del minore è un atto personalissimo di questa, svincolato da quella che è l'intenzione dell'altro genitore. Il tribunale conclude che la madre gestante non gode di legittimazione attiva per impugnare la filiazione³³⁸, azione esclusivamente attribuibile all'autrice di tale atto³³⁹.

Inoltre, ai sensi dell'art. 124 CC, la determinazione della filiazione dentro i termini previsti dalla legge, non richiede il consenso del progenitore già determinato, al quale si riserva la possibilità di sospendere l'iscrizione (art. 124 CC, *in fine*). La madre biologica potrebbe pertanto disporre di un anno di tempo per impugnare la maternità determinata a favore della consorte, sulla quale si pronuncerà il giudice. Si esclude, ad ogni modo, che possa prosperare tale sospensione qualora il consenso sia stato correttamente prestato e si sia trattato di una gestazione in conseguenza di una pratica riproduttiva³⁴⁰. Al

³³⁸ Probabilmente, la madre gestante sarebbe legittimata all'azione se l'avesse esercitata in nome della minore. Ciò nonostante, il risultato sarebbe probabilmente il medesimo, se nell'interesse superiore del minore, vista la linea giurisprudenziale seguita dalle STS del 5 dicembre 2013 (Sala de lo Civil, Sec. 1^a), RJ 7566, n. 740/2013, MP: José Antonio Seijas Quintana e STS del 15 gennaio 2014, RJ 1265, n. 836/2013 (Sala de lo Civil, Pleno), MP: Francisco Javier Orduña Moreno. *Cfr* par. 3.1.

³³⁹ Ciò nonostante, il tribunale avverte che, anche qualora fosse stata l'autrice del riconoscimento (madre intenzionale) ad impugnare, l'azione non avrebbe prosperato, dato che la manifestazione di volontà era priva di vizi del consenso e era frutto di un progetto parentale largamente accreditato (FJ 2^o).

³⁴⁰ Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, "El art. 44.5 de la Ley del registro civil.." *op. cit.*

contrario, potrebbe trovare terreno fertile nell'ipotesi in cui il motivo della contestazione sia attribuibile alla consapevolezza che tale gravidanza non sia stata frutto di una TRA ma di una relazione sessuale o di un'inseminazione domestica. In definitiva, pare che né il legislatore né i giudici abbiano mai avanzato l'ipotesi di un consenso congiunto di entrambe né alla comaternità, né alla pratica riproduttiva.

Tuttavia, visto che nell'adozione da parte del consorte si deve avere almeno l'assenso del genitore dell'adottato non emancipato (art. 177.2.2 CC), potrebbe sembrare che ai sensi dell'art. 7.3 LTRHA, la madre gestante, debba acconsentire a che la moglie assuma la filiazione legale del minore. Così intende il voto particolare della STS gennaio 2014 sopra citata. Ciò nonostante, l'unica cosa certa, è che analizzando l'articolo alla lettera, questo parla solo della manifestazione della consorte, di modo che, secondo un'interpretazione letterale, si prescinde dall'assenso della gestante. Di fronte a questa incompleta disciplina, la dottrina sostiene che il consenso della madre biologica sia necessario per determinare la filiazione della sposa³⁴¹. Non credo, tuttavia, che sia sempre necessario.

³⁴¹ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 191; BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, n. 28, 2014, pp. 93-136, p.113; Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada..", *op. cit.*, p. 813. Inoltre, il voto particolare alla STS del 15 gennaio 2014 (FJ 4º, in

Si parte dal presupposto che, nel seno di una coppia coniugata, si tratti di un progetto parentale comune e congiuntamente voluto. Infatti, in caso di assenza di un previo accordo tra le due, ritengo che ci troveremmo già in una fase di crisi coniugale e pertanto l'art. 7.3 LTRHA non troverebbe applicazione poiché verrebbe meno il requisito basilico del precetto, ovvero l'impossibilità di applicazione in assenza di matrimonio o in caso di separazione tra i membri della coppia.

Analogamente a quanto avviene in sede di riconoscimento della filiazione³⁴² quale mezzo di determinazione della

fine) evidenza che se non si esigesse il consenso della madre biologica, si lascerebbe all'arbitrio della madre non biologica la possibilità di scegliere se e quando determinare la filiazione del minore a proprio favore. Eppure, discordo da tale affermazione giacché, nel seno di un matrimonio, mi pare scorretto indicare come arbitraria una scelta che, in linea generale, è verosimile sia stata frutto di un progetto parentale comune. Credo che se l'iscrizione sia fatta nei termini imposti dalla LRC, il consenso della madre gestante non sia necessario.

³⁴² Sostiene che il caso di comaternità altro non sia che un riconoscimento M^a Carmen GETE-ALONSO Y CALERA "La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 1 (enero-marzo), pp. 1-54, p.52 e Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 193. Ciò nonostante, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho privado y Constitución*, n. 28, 2014, pp. 93-136, p.111, sottolinea che il riconoscimento sia un meccanismo di determinazione della filiazione stragiudiziale che presuppone la veridicità della relazione biologica tra colui che riconosce ed il minore riconosciuto. La differenza principale che si riscontra di primo acchito è tra il riconoscimento da parte di un uomo è che questo non sarà sposato con la madre gestante, mentre il riconoscimento della seconda madre riveste i connotati di un *consentimento matrimoniale*.

filiazione ai sensi dell'art. 120.2 CC e art. 44.III.b LRC, l'efficacia dell'atto è subordinato alla concorrenza di due requisiti negativi, quali la non contrarietà alla presunzione di paternità di cui all'art. 116 CC e l'inesistenza di controversia tra le parti³⁴³. D'altro lato, abbisogna di ulteriori requisiti positivi, ovvero il compimento di una serie di condizioni previste dalla normativa civile per la sua validità ed efficacia³⁴⁴. Tra questi, risulta necessario il *consenso della madre* (art. 124.1), salvo qualora il riconoscimento avvenga in testamento o l'iscrizione sia praticata nel termine stabilito dagli arts. 46 e 47 LRC³⁴⁵. Se applicassimo la disciplina della filiazione non matrimoniale e, in concreto, la disciplina del riconoscimento, il consenso della madre gestante risulterebbe necessario solo una volta trascorsi i termini per l'iscrizione della nascita³⁴⁶.

³⁴³ Rafael VERDERA SERVER, "Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación", in *Retos Actuales de la filiación*, APDC, Tecnos, 2018, p. 38.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ L'iscrizione della nascita praticata mediante la dichiarazione realizzata dal padre nel corrispondente formulario ufficiale equivale al riconoscimento, come sostenuto dalla DGRN in occasione dell'Instrucción del 9 ottobre 2015, nella quale si indica che "la firma del formulario da parte del padre equivale al riconoscimento di cui all'art. 120.1 CC". Rafael VERDERA SERVER, "Retos actuales de la determinación..", *op. cit.*, p. 39.

³⁴⁶ Art. 124 CC in relazione agli arts. 46 e 47 LRC 2011.

Tuttavia, il caso della comaternità è diverso e non assimilabile a nessuno di quelli appena descritti sopra. Il consenso come titolo autonomo di determinazione della comaternità è un ibrido che non rientra nella fattispecie tipica della filiazione matrimoniale né in quella non matrimoniale³⁴⁷, e la legge non indica né un termine per la determinazione della seconda maternità, né impone che la madre gestante presti il proprio consenso. Pertanto, secondo un'interpretazione lata della norma, ritengo che non vi sia un limite temporale né la necessità che consti il consenso della madre biologica, almeno non nei termini di cui agli art. 46 e 47 LRC.

Concludendo sul ruolo che riveste il consenso della madre gestante, reputo necessario che questa manifesti la propria volontà solo una volta trascorsi i termini per l'iscrizione della nascita, parimenti a quanto avvenga nei casi disciplinati dall'art. 120 CC. Ciò nonostante, credo che il riconoscimento non sia il meccanismo più idoneo per la determinazione della filiazione nel contesto della riproduzione assistita, però è l'unico che si avvicina al *consenso* inteso quale titolo di attribuzione della filiazione ai sensi dell'art. 7.3 LTRHA e che

³⁴⁷ Nella sentenza 30/2019 del 28 novembre, proc. n. 100/2017, JPI San Vicente del Raspeig, il tribunale tratta l'art. 7.3 riferendosi al "riconoscimento o consenso" della comadre, utilizzando entrambi i termini come sinonimi, ritenendo il consenso della partoriente come innecessario (FJ 2°).

possa momentaneamente sopperire all'assenza di un meccanismo specifico per coppie di donne.

Da quanto esposto, si evince che per le coppie di donne si tratti di un procedimento che pone molti interrogativi, diverso, e talvolta più laborioso, rispetto a quanto previsto per coppie eterosessuali, sia sposate che non, comportando un aggravio importante rispetto a situazioni che presentano profili comuni. Considero, non sufficientemente giustificato mantenere un sistema diverso in base allo stato civile ed all'orientamento sessuale dei coniugi. Credo che il legislatore dovrebbe intervenire unificando i casi di filiazione derivata da TRA, concependolo come un sistema a parte rispetto alle norme previste per la filiazione naturale. A tal fine, propongo la modifica del titolo di determinazione di cui all'art. 7.3 LTRHA con un nuovo e autonomo titolo, *l'accettazione della filiazione*, che esamino a continuazione.

3.2.4. Proposta alternativa di determinazione della comaternità. L'accettazione della filiazione

Rispetto alle tempistiche, si è accennato al fatto che la versione vigente dell'articolo nulla prescrive rispetto periodo legale in

cui la comadre debba manifestare la propria volontà e procedere all'iscrizione del minore. Se abbracciassimo la tesi per cui, trascorsi i termini per l'iscrizione della filiazione sopra citati, non sarebbe possibile altro meccanismo che l'adozione del figlio del coniuge, questo limite potrebbe risultare ingiustificato ed iniquo nei confronti delle coniugi, dato che il legislatore non si è espresso in questi termini. L'art. 7.3 LTRHA ha introdotto un nuovo titolo di determinazione della filiazione e, concretamente, della comaternità, coincidente alla *accettazione o assunzione della filiazione*, un atto volontario simile a quanto accada mediante il riconoscimento della filiazione non matrimoniale³⁴⁸.

Considero che si debba provvedere ad una modifica dei meccanismi di determinazione della filiazione per TRA, sia matrimoniale che non matrimoniale, al fine di configurare la manifestazione della volontà di essere madre (o padre) come un titolo autonomo. Questo potrebbe avvenire in due maniere: a) rivisitando l'istituto del riconoscimento di cui all'art. 120 CC, configurandolo come un'assunzione della filiazione

³⁴⁸ La volontà è ciò che giustifica la determinazione della filiazione sia nei confronti di un uomo in caso di tecniche eterologhe, che di una donna, assimilandone i presupposti che basano la (incorretta) disciplina del riconoscimento in questa circostanza. BENAVENTE MOREDA, "Los errores de legislar en paralelo...", *op.cit.*, p. 9. L'autrice critica infatti la mancanza di un "consenso único" nei confronti di tutti gli implicati nel processo riproduttivo.

basata esclusivamente sulla volontà e non piú sulla biologia³⁴⁹ o b) un'alternativa a sé stante, simile al riconoscimento, che definirei “accettazione della filiazione”, e che mi pare piú ragionevole ed in linea con quelle che sono state le motivazioni che hanno indotto il legislatore a configurare il consenso quale nuovo titolo di attribuzione della filiazione. Ritengo che il piú adeguato sia il secondo (b), pertanto mi centreró a delineare una proposta confacente a quest'ultimo.

Nel caso che si ipotizza, il riconoscimento ex art. 120 CC dovrebbe mantenersi come un titolo a sé stante per la filiazione naturale, e sarebbe opportuna l'aggiunta di un nuovo titolo di attribuzione della filiazione che potremmo definire come

³⁴⁹ Nella pratica è già così nel riconoscimento post fecondazione eterologa. Nonostante il legislatore e il criterio giurisprudenziale maggioritario imponga che l'atto debba obbedire al fondamento biologico tra riconoscitore e riconosciuto, con la STS del 15 luglio 2016 (494/2016, MP: FERNANDO PANTALEÓN PRIETO) circa il riconoscimento di *complacencia* o di *conveniencia* -ovvero il riconoscimento effettuato sapendo di non esserne biologicamente il genitore- il tribunale è giunto ad affermare che il difetto di veridicità non sempre rende nullo il riconoscimento. In altre parole, non lo è per il mero fatto di essere di *complacencia* (STS 3192/2016, FJ 3º), ammettendo dunque l'impiego del riconoscimento nonostante non si stia riconoscendo il proprio figlio biologico. Rafael VERDERA SERVER, “Retos actuales de la determinación..”, *op.cit.*, p. 49. Ricorda il tribunale che il CC non stabilisce come requisito strutturale per la validità del riconoscimento che questo corrisponda alla verità biologica, né risulta requisito negli art. 121-126 CC né rispetto all'impugnazione del riconoscimento di cui agli art. 138 e 141 CC. (FJ 3º 1º). Contrari a questa lettura, BARBER CÁRCAMO, “Doble maternidad legal..”, *op.cit.*, p.113 e, tra le altre, le SSTS del 31 ottobre 1997, 27 maggio 2004, 29 ottobre e 5 dicembre 2008, 4 luglio 2011 e 10 maggio 2012.

un'accettazione della paternità o della maternità. In questo contesto, la norma risulterebbe di applicazione ogni qualvolta si faccia ricorso ad un trattamento riproduttivo e dunque prevista non solo per coppie di donne ma anche a coppie eterosessuali, una soluzione di gran lunga piú coerente alla filiazione derivata da TRA.

Attualmente è ammesso il riconoscimento dell'uomo non sposato poiché, così come per la presunzione di paternità, esiste la probabilità che quest'ultimo sia il padre biologico del minore. È possibile, per quest'ultimo, ricorrere all'art. 120, comma 2° CC, anche in caso di ricorso a TRA eterologa -e dunque anche in assenza di vincolo biologico con il soggetto interessato³⁵⁰. In questa circostanza, credo che ad entrambi (padre non biologico e comadre) dovrebbe essere offerta la medesima soluzione legale, preferibilmente mediante questo nuovo titolo di determinazione della filiazione che propongo,

³⁵⁰ Mi pare infatti del tutto discutibile che il compagno non sposato, che acconsenta a TRA eterologhe, debba successivamente provvedere a riconoscere il minore. A mio avviso, in questo caso di evidente mancata corrispondenza biologica, anche l'uomo dovrebbe poter stabilire il proprio vincolo paterno-filiale mediante "accettazione della filiazione" ai sensi di quanto ipotizzato nel presente paragrafo. Condivido pienamente l'analisi critica di Pilar BENAVENTE MOREDA, "Los errores de legislar en paralelo...", *op.cit.*, p. 16 e ss. riguardo il riconoscimento del compagno in caso di TRA.

poiché entrambi basati sulla volontà del genitore e non sulla coincidenza biologica³⁵¹.

Le modalità che propongo sarebbero le seguenti³⁵²: (1) il consenso del genitore legalmente determinato o l'approvazione giudiziale, sentito il pubblico ministero, risulterebbero necessari qualora la manifestazione di assumere la filiazione avvenga oltre i termini previsti per l'iscrizione della nascita; (2) supponendo che si disponga del consenso della moglie, l'impedimento ancorato alla mancanza di corrispondenza biologica tra la comadre ed il nascituro non sarebbero più un problema, dato che tale meccanismo si baserebbe unicamente sulla volontà e non più sulla biologia; (3) in caso di mancato consenso della madre gestante, il giudice potrà tener luogo di questo per determinare la comaternità se considerato nell'interesse superiore del minore. In questo caso, si potrebbero superare gli stretti limiti temporali imposti dall'iscrizione della nascita indicati dalla

³⁵¹ Nel caso di coppie di donne, l'assenza di verosimilitudine del fatto biologico è latente, tranne nel caso ROPA. Tuttavia, nulla esclude che la relazione biologica possa esistere, ma non sarà il dato fondamentale per determinare la filiazione risultante. Sicuramente, sarebbe rilevante in sede di eventuale contestazione della filiazione, oppure, per come è configurato oggi il riconoscimento, credo che questo sia un caso eccezionale in cui il riconoscimento della comadre potrebbe prosperare, poiché corrisponde all'assunzione della filiazione del minore nato dalla coniuge.

³⁵² Parzialmente basate sull'attuale disciplina del consenso, per analogia di ipotesi, ma il cui fondamento resterebbe distinto.

dottrina, giacché ritengo che non siano sufficientemente giustificati; (4) infine mantenere, anche per l'*accettazione della filiazione*, l'imprescrittibilità prevista ad oggi dall'art. 44.7 LRC riguardo al riconoscimento³⁵³.

La soluzione dell'accettazione della filiazione o del riconoscimento posteriore a TRA è già presente in ordinamenti giuridici come, ad esempio, quello olandese (*infra*, cap. VI par. 3.2.) e statunitense, laddove trovi applicazione l'UPA (*infra* cap. VI par. 2.1.3.), prevedendo che il consenso sia il fondamento della filiazione ed il riconoscimento-accettazione siano il mezzo più idoneo per determinarla.

Data l'impossibilità di dimostrare la verosimilitudine della procreazione, e la preclusione dell'applicazione analogica del riconoscimento, credo che, da quando il legislatore ha ammesso l'opportunità di determinare una seconda maternità per consenso, ci siano già le basi per bypassare il difetto di veridicità, accreditando di aver fatto uso di TRA. Infatti, non si tratta di un consenso affinché una determinata donna sia sottomessa a un trattamento riproduttivo, ma di una dichiarazione espressa di voler assumere la filiazione del nato

³⁵³ La determinazione, in termini temporali, potrebbe essere ostacolata qualora un terzo abbia provveduto, ad esempio, a riconoscere o adottare il minore. Sull'imprescrittibilità del riconoscimento, *vid.* Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013, p. 190.

come proprio³⁵⁴, solo che il legislatore, nell'introdurre la comaternità via art. 7.3 LTRHA è stato impreciso, caotico ed incompleto. Considero che la proposta che avanzo sia coerente con quella che è stata la motivazione che ha comportato l'introduzione dell'art. 7.3 LTRHA il quale, purtroppo, ha sollevato molti dubbi interpretativi che è giunto il momento di risolvere.

Considero fattibile che si l'accettazione della volontà si possa portare a termine anche prima della nascita. Se c'è una volontà comune presente già prima del concepimento, è plausibile pensare che il consenso alla determinazione della filiazione scaturisca dall'inizio. Rispetto alle formalità, ritengo che sia ammissibile l'accettazione espressa presso gli Uffici dello stato civile, sia prima che dopo la nascita. Al contrario, escludo che possa avvenire un'accettazione tacita dell'assunzione della filiazione. Il comportamento, semmai, può valere come indizio in caso di reclamo o impugnativa, ma non come titolo autonomo di attribuzione della filiazione.

In definitiva, ritengo opportuno riflettere sulla convenienza di introdurre questo nuovo titolo di determinazione della comaternità o, più in generale, della filiazione non biologica,

³⁵⁴ Juan José INIESTA DELGADO, "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", *op.cit.* p. 962.

d'applicazione anche a coppie di donne non sposate, finora escluse dalla disciplina di cui all'art. 7.3 LTRHA. Tale meccanismo, sarebbe idoneo al fine di rendere la filiazione irrevocabile, poiché espressamente esente da qualsiasi impugnazione basata sulla biologia. Al contrario, la volontà sarebbe l'unico pilastro basilare e la filiazione determinata mediante detto meccanismo si potrebbe impugnare unicamente per vizi del consenso o, più precisamente, in caso di assenza di consenso qualora la filiazione non fosse frutto della tecnica riproduttiva accordata dalla coppia. Questo nuovo ipotetico titolo sarebbe direttamente iscrivibile presso gli uffici dello Stato Civile, anche senza il consenso della madre gestante qualora l'iscrizione si portasse a termine nel termine indicato per l'iscrizione della filiazione, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 124 CC. Al contrario, la madre gestante potrebbe opporsi solo se è a) dimostrabile il mancato accordo tra le parti rispetto al trattamento riproduttivo, oppure se b) la nascita non è frutto di una tecnica riproduttiva ma di una relazione sessuale con un terzo. Va da sé che, abbracciando questa proposta, credo che lo stesso ragionamento potrebbe essere d'applicazione anche al riconoscimento fatto in testamento ai sensi dell'art. 120.2 CC e quindi sarebbe opportuno prevedere l'accettazione della filiazione come meccanismo fruibile anche in via testamentaria dalla comadre.

Altrimenti, attenendosi a quanto attualmente previsto dal CC e dalla LTRHA, credo che si dovrebbe escludere il riconoscimento ex art. 120 CC ogni qualvolta la gestazione derivi da TRA eterologa -indipendentemente da chi siano coloro che ne abbiano fatto ricorso- in quanto si tratta di meccanismo non idoneo a tale circostanza³⁵⁵. Tuttavia, in via del tutto eccezionale, credo che al momento si potrebbe configurare una sorta di riconoscimento rispetto alla comadre qualora risulti che essa sia geneticamente vincolata al minore (metodo ROPA). Sarebbe interessante vedere come, dal punto di vista registrale o giurisdizionale, sarebbe accolta tale richiesta fondata, in fin dei conti, sulla biologia³⁵⁶. In conclusione, ritengo che in caso di riproduzione assistita, il meccanismo ideale da adottare dovrebbe essere unicamente il consenso - accettazione della filiazione e non piú il riconoscimento.

³⁵⁵ Detto ciò, si potrebbero ripresentare i problemi esposti *supra*, per cui i neogenitori componenti una coppia omosessuale si troverebbero costretti a dichiarare di aver fatto ricorso a TRA, mentre quelli di una coppia eterosessuale potrebbero decidere di ometterlo, correndo però il rischio che la filiazione sia, in futuro, impugnabile.

³⁵⁶ Potrebbe nonostante risultare discriminatorio perché, in sede di riconoscimento, all'uomo non viene richiesta né l'origine della filiazione né una prova biologica.

Per ultimo, la critica piú comune che si puó rivolgere a questo modello di accettazione della filiazione riguarda la sfera intima e privata dei genitori, i quali si troverebbero obbligati a dichiarare che la gestazione sia frutto di un trattamento riproduttivo. Nel caso di coppie di donne, ciò nonostante, è evidente che lo sia stato anche senza manifestarlo esplicitamente. Le coppie eterosessuali che decidano liberamente di non dichiarare l'utilizzo di TRA ed omettere l'origine del concepimento potranno farlo e ricorrere al riconoscimento anziché all'accettazione della filiazione, ma con la consapevolezza che la filiazione determinata per riconoscimento rimane impugnabile per difetto di veridicità. In generale, considero piú importante far prevalere la sicurezza giuridica della filiazione sul diritto all'intimità dei genitori³⁵⁷.

3.2.5. Possibile impugnazione della filiazione

³⁵⁷ Lo "sforzo" richiesto ai genitori intenzionali è minimo rispetto alle garanzie che si guadagnerebbero mediante la determinazione della filiazione per "accettazione". In fin dei conti, l'origine del concepimento rimarrebbe un dato consultabile esclusivamente dagli Ufficiali dello Stato Civile e rilevante unicamente semmai in un futuro si volesse impugnare detta filiazione. Si tratta di un atto personalissimo e, nonostante le reticenze a dichiarare quali siano state le circostanze che hanno provocato la gravidanza, rimarrebbe un ambito privato ed al sicuro da possibili indiscrezioni.

Diversamente da quanto previsto per il marito ed il compagno (art. 8 LTRHA), la normativa LTRHA non offre alcun riferimento alla possibile impugnazione della filiazione nel seno di una coppia di donne, per cui altro non resta che rimetterci a quanto, in termini vaghi e generali, indica il primo comma dell'art. 7 LTRHA, il quale rinvia alle leggi civili, riferendosi agli arts. 131 CC e ss³⁵⁸.

Dato che la verità biologica non è il fondamento della seconda maternità, l'azione di disconoscimento per mancata coincidenza della realtà genetica, ovvero per difetto di veridicità (art. 136 CC) è, a mio parere, sempre preclusa, salvo nel caso di tecniche omologhe (ROPA) nel quale si dovrebbe eccezionalmente poter estendere la disciplina prevista dal CC, come ho sostenuto al par. 3.2.4. del presente capitolo. In generale, il principio sul quale si fonda la comaternità nell'ordinamento giuridico spagnolo è esclusivamente volontario e coincidente con una natura fittizia che pertanto non lascia spazio ad una eventuale contestazione della

³⁵⁸ Riferendosi alla mancanza di una normativa chiara di reclamazione e impugnazione, Pilar BENAVENTE MOREDA, "Los errores de legislar en paralelo...", *op.cit.*, p. 24 definisce la normativa discriminatoria, ingiusta e inadeguata.

determinazione della comaternità sulla base dell'elemento biologico³⁵⁹.

Seguendo l'applicazione analogica con altre dichiarazioni di volontà volte alla determinazione della filiazione, il titolo di attribuzione della comaternità è una dichiarazione formale ed irrevocabile, assimilabile a quanto prescritto dall'art. 120 CC, suscettibile di un'eventuale impugnazione per vizi del consenso ai sensi dell'art. 138 CC o per mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 7.3 LTRHA³⁶⁰. Occorre allora domandarci quali vizi e quale consenso è possibile contestare. Da una parte, è suscettibile di contestazione il consenso manifestato al momento della determinazione della filiazione per vizi dello stesso (errore, violenza o intimidazione) o per incapacità³⁶¹. D'altro lato, tale manifestazione potrebbe essere

³⁵⁹ A favore di questa tesi, Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit* p. 205; Marina PEREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 148, Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, pp 87-88; Encarna SERNA MEROÑO, "Artículo 6. Usuarios de las técnicas", in José Antonio COBACHO GÓMEZ, (dir.) e Juan José INIESTA DELGADO, (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor, 2007, pp. 179.201, p. 208. Altri considerano invece che il figlio potrà impugnare la comaternità così determinata, Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013; Javier NANCLARES VALLE, "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, 2008.

³⁶⁰ *Vid.* SAP Balears del 5 dicembre 2012, n. 304/2012..

³⁶¹ Ai sensi dell'art. 138 CC.

contestata per nullità del titolo quando non si siano compiuti i requisiti stabiliti per legge, nonostante la volontà dell'autrice dell'atto non sia viziata, come ad esempio il mancato rispetto del requisito del matrimonio o delle modalità di manifestazione della volontà della comadre presso il RC³⁶².

Infine, ritengo altresì possibile l'impugnazione della filiazione per totale assenza di consenso. Questo si può verificare qualora il concepimento derivi dalla relazione sessuale della gestante con un terzo e, pertanto, fuori dall'ambito di applicazione della disciplina relativa alle tecniche di riproduzione assistita, nonché qualora intervenga un errore da parte del centro che pregiudichi la relazione genetica o biologica tra le comadri ed il minore. In questo senso, la *Resolución DGRN del 2 febbraio 2017* sopracitata, dopo aver stabilito che non sia più possibile richiedere il certificato di utilizzo di TRA al momento dell'iscrizione, conclude che "nonostante la determinazione della filiazione così iscritta, restano intatte le azioni di impugnazione della filiazione nel caso in cui la gestazione non sia stata frutto di una tecnica riproduttiva contemplata nella LTRHA, giacché detta filiazione non assume la condizione di inimpugnabile

³⁶² Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 221.

salvaguardato dall'art. 8 LTRHA"³⁶³. Per questo motivo, se si scopre che la filiazione non è stata determinata mediante i meccanismi legali previsti dalla LTRHA, potrà essere impugnata dai diretti interessati.

Affrontiamo tutte le ipotesi citate, dalla prospettiva dei possibili soggetti legittimati a proporre azione di disconoscimento della filiazione.

a) Impugnazione da parte della madre gestante

In generale, il consenso che si può contestare è quello che ha determinato la filiazione, ovvero unicamente quello della madre non gestante. La persona legittimata per farlo è l'autrice dell'atto.

In generale dunque la madre non può impugnare la filiazione. Tuttavia, si ammettono due eccezioni. Il primo, dimostrando che la gravidanza non sia stata frutto di una TRA. La madre gestante infatti potrebbe essere l'unica a conoscere le reali circostanze che hanno determinato il concepimento. Il secondo, per mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 7.3 LTRHA, come ad esempio la mancanza di vincolo coniugale o

³⁶³ FJ 4^o, *in fine*.

alterazione dello stesso. Altrimenti, colei che da a luce non può intromettersi nella relazione già instaurata tra comadre e minore³⁶⁴.

b) Impugnazione da parte della comadre

Dato che la legge tace sul punto, mediante un'interpretazione analogica dell'art. 8.1 LTRHA, si intende che, in linea generale, alla comadre sia precluso impugnare la filiazione risultante dalla tecnica riproduttiva³⁶⁵, al fine di escludere mutamenti capricciosi rispetto a un desiderio espressamente dichiarato³⁶⁶. Ciò nonostante, l'autrice dell'atto potrebbe contestare la filiazione qualora abbiano mediato vizi del consenso o assenza assoluta di consenso.

³⁶⁴ Così lo riassume la SAP de Islas Baleares n. 128/2014 (Sección 4ª) del 31 marzo 2014 nella quale la madre gestante pretende, in seguito alla separazione, impugnare la filiazione determinata nei confronti della comadre insinuando vi fosse un vizio del *suo* consenso. Nello stesso senso, *vid.* JPI Sant Vincente del Raspeig 30/2019.

³⁶⁵ In un caso di adozione dei figli della coniuge, la SAP di Tarragona Sección 1ª, n. 113/2019 del 28 marzo 2019. Nel caso in questione, la comadre voleva revocare l'adozione, ma il tribunale afferma che il carattere irrevocabile dell'adozione è proprio di un sistema che si erige sull'elemento volitivo della persona che intenda adottare e che questo non possa, a posteriori, essere lasciato al libero arbitrio della volontà dei soggetti interessati. Credo che l'elemento volitivo che abbia spinto la comadre ad adottare i figli biologici della ex coniuge siano assimilabili a quelli che scaturiscano dalla filiazione determinata ai sensi dell'art. 7.3 LTRHA.

³⁶⁶ Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, p. 88.

Rispetto all'azione di disconoscimento per *vizi del consenso*, credo che vi sia identità di ragione tra riconoscimento e dichiarazione di volontà della comadre, basata sull'origine volitiva della filiazione³⁶⁷. Seppur, come appurato, la disciplina del riconoscimento non sia applicabile al caso della comaternità, i termini dell'azione di disconoscimento tornano utili giacché vi è una totale assenza di indicazione da parte del legislatore. Di conseguenza, possiamo affermare che la madre intenzionale goda di legittimazione attiva ai sensi dell'art. 138 CC, con remissione all'art. 141 CC, secondo cui l'autrice dell'atto disporrebbe di un anno dalla prestazione del consenso o da quando sia cessato il vizio che ne abbia alterato la determinazione. A parer mio, dovrebbe prevalere, trascorso il termine di impugnazione previsto per legge, la irrevocabilità dell'atto rispetto alla volontà delle parti o alla coincidenza biologica tra genitore (madre o padre) e figlio, al fine di garantire la protezione dell'interesse superiore del minore e la sua stabilità familiare³⁶⁸.

³⁶⁷ Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Doble maternidad legal.." *op.cit.* p. 68; Esther FARNÓS AMORÓS, "La filiación derivada de reproducción.." *op.cit.* p. 17-18.

³⁶⁸ Osserva Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.* p. 207, che né la madre gestante né la madre intenzionale dovrebbero essere legittimate ad impugnare la propria filiazione qualora avessero esplicitamente acconsentito alla stessa.

Discorso diverso per il caso in cui si decida di impugnare la filiazione, poiché derivata da un trattamento differente da quello avvenuto. Si delineano due possibili scenari.

Il primo, nell'ipotesi in cui la gravidanza sia frutto di una relazione sessuale e non, come credeva la comadre, della TRA praticata alla coniuge. In questo caso, la madre intenzionale godrebbe di legittimazione attiva per contestare la filiazione risultante, dato che il consenso è stato prestato per una tecnica eterologa in un centro di riproduzione assistita, e non per un concepimento diverso³⁶⁹. In tale circostanza, l'interessata disporrebbe del termine di un anno per impugnare la filiazione, ai sensi dell'art. 141 CC, contando come *dies a quo* quello in cui ha scoperto che la gravidanza è stata raggiunta in maniera difforme da quella pattuita con la moglie³⁷⁰.

Il secondo, qualora la madre intenzionale abbia acconsentito ad un trattamento che, nella realtà dei fatti, non si è

³⁶⁹ La stessa regola vale per coppie di sesso opposto quando si scopre che il concepimento non sia stato frutto di TRA. In primis suggerito da Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana : ponencias y comunicaciones* Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988, p. 166; Marina PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas.. op.cit.*, p. 149; Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal derivada de la utilización..", *op. cit.* p. 88.

³⁷⁰ Allo stesso modo, proponendo secondo un'applicazione analogica dell'art. 136.2 CC, il termine sarebbe ugualmente di un anno dal momento della scoperta delle circostanze.

concretizzato. In questo caso, non perché il concepimento sia stato frutto di una relazione sessuale, ma perché il metodo impiegato (es. metodo ROPA) non è avvenuto e dunque questa non è, come credeva in un primo momento, geneticamente madre del minore. In tale circostanza, mi inclino a favore di estendere quanto previsto nello scenario precedente, nei termini previsti dall'art. 141 CC.

In queste due ipotesi si delineerebbero casi di totale mancanza di consenso. La madre non gestante, infatti, non ha acconsentito in nessun momento a portare a termine un concepimento mediante relazione sessuale con un terzo, come nel primo caso, né usando ovuli diversi dai propri, nel secondo, configurandone l'assenza totale di volontà.

Data la grande lacuna legale in tema di azioni di filiazione, è auspicabile una riforma che vincoli la filiazione dei nati come conseguenza di un progetto parentale voluto dalla coppia e che goda di una disciplina autonoma di determinazione ed eventuale impugnazione.

c) Impugnazione da parte del figlio

Sull'impugnazione da parte del figlio, la dottrina è divisa. Quella maggioritaria sostiene che non sia possibile³⁷¹, ma c'è tuttavia chi ritiene che il minore, una volta raggiunta la maggiore età, possa contestare la maternità non biologica di colei che è stata, sin dall'inizio, genitore legale³⁷². Analizziamo gli argomenti di entrambe le posizioni.

I primi, con i quali mi trovo d'accordo, si esprimono a favore dell'applicazione di quanto previsto per coppie di sesso opposto all'art. 8.1 LTRHA, ovvero precludendo al figlio –così come alla donna o all'uomo– di promuovere l'impugnazione della filiazione risultante³⁷³, salvo quanto detto al par. precedente. La ricerca della verità biologica “a tutti i costi” diverge con il sistema di riproduzione assistita eterologa con

³⁷¹ Susana QUICIOS MOLINA, “Determinación de una segunda maternidad..”, *op. cit.*, p. 206; Juan José INIESTA DELGADO, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, *op.cit.* p. 968. In opinione di María Corona QUESADA GONZÁLEZ, “La regulación de la filiación en el proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, n. 2, 2005, p. 196, l'art. 8.1 non ha volutamente indicato il figlio tra i soggetti a cui è proibito promuovere azione di impugnazione.

³⁷² Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013, p. 137 e p. 237-240; Javier NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi Civil*, 2008, p. 2262-2263.

³⁷³ Marina PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas.. op.cit.*, p. 148, sostiene che, relativamente all'impugnazione di figli nati nel seno di coppie eterosessuali da tecnica eterologa, “il marito è padre per decisione legale, anche se non è il padre biologico. Per tal motivo, sarebbe contraddittorio a questa decisione di política legislativa riconoscere al figlio la possibilità di impugnare”.

contribuzione di un donante, come quello proprio del sistema giuridico spagnolo. Impedendo al figlio di contestare la comaternità si farebbe valere la stabilità della filiazione e delle relazioni familiari, nonché la volontà di una donna che ha scelto di assumere il ruolo di madre legale, ruolo riconosciuto e disciplinato dal legislatore³⁷⁴.

D'altro lato, la dottrina minoritaria, difende che il figlio abbia diritto ad impugnare la filiazione della comadre in virtù del principio di verità biologica. Questi, una volta compiuti i diciotto anni, si vedrebbe legittimato attivamente per contestare, entro l'anno, la filiazione determinata nei confronti della comadre. C'è di più. In caso di mancanza di possesso di stato, secondo la summenzionata dottrina, l'azione sarebbe imprescrittibile per il figlio e per gli eredi³⁷⁵. La giustificazione a tale ragionamento, che non condivido in assoluto, si basa sull'irragionevolezza di considerare il vincolo maternofiliale come irrevocabile, mentre si tratti di una dichiarazione di volontà altrui, che lo riguarda intimamente. Credo che il legislatore non abbia volutamente incluso il figlio tra i possibili legittimati ad impugnare la filiazione, neanche in caso di coppie eterosessuali né di tecniche eterologhe, pertanto

³⁷⁴ Ana DIAZ MARTINEZ, "La doble maternidad legal derivada...", *op. cit.*, p. 91.

³⁷⁵ Applicando analogicamente gli artt. 137.3 *in fine* e 140.1 CC.

sarebbe ingiusto concedere detta prerogativa al figlio solo perchè si tratti di una coppia di donne.

In conclusione, sostengo la prima interpretazione, che trovo decisamente più pertinente con l'interesse del legislatore e la salvaguardia dello status di figlio, per cui in generale non dovremmo permettere l'impugnazione della filiazione da parte del figlio. Tuttavia, in maniera eccezionale, si potrebbero far valere gli argomenti visti *supra* in caso di totale assenza del consenso da parte della comadre e permettere al figlio di promuovere azione di impugnazione come descritto al par. 2.2.4.b. Qualora la nascita del minore sia stata il frutto di una relazione sessuale e non conseguenza di una tecnica riproduttiva, credo che il figlio potrebbe non solo impugnare la filiazione nei confronti della comadre, ma anche reclamare la filiazione nei confronti del padre biologico, se noto³⁷⁶.

d) Impugnazione da parte del padre biologico

Come espressamente indicato dalla *Resolución DGRN del 2 febbraio 2017* sopracitata, “restano intatte le azioni di impugnazione della filiazione nel caso in cui la gestazione non

³⁷⁶ In futuro, se arrivassimo ad ammettere un sistema nel quale la comaternità può essere determinata anche senza l'ausilio di TRA (es. inseminazione domestica) credo che in tal caso l'impugnazione da parte del dovrebbe essere preclusa in tutti i casi.

sia stata frutto di una tecnica riproduttiva contemplata nella LTRHA, giacché detta filiazione non assume la condizione di inimpugnabile salvaguardato dall'art. 8 LTRHA". Di qui, la chiara allusione alla possibile reclamazione della paternità dell'uomo che, al di fuori di una clinica, abbia intrattenuto una relazione sessuale con la madre gestante o abbia prestato il proprio materiale genetico per portare a termine un'inseminazione domestica.

Un caso simile è stato affrontato dalla SAP Valencia, sec. 10^a, del 20 novembre 2017, confermata dall'*auto* del TS del 13 febbraio 2019³⁷⁷, nella quale una coppia di donne aveva raggiunto un accordo di inseminazione domestica mediante il quale l'uomo si impegnava a cedere il proprio seme alle prime, rinunciando espressamente alla filiazione risultante ed ottenuta grazie al suo contributo. Venuta meno l'obbligatorietà di esibire prova di aver fatto uso di TRA³⁷⁸, entrambe le donne sono determinate madri legali del nascituro ed iscritte come tali presso l'anagrafe competente. In seguito alla nascita, però, il padre biologico si pente e reclama la paternità della minore, contestando simultaneamente quella della comadre, ai sensi degli artt. 133.2 e 134 CC.

³⁷⁷ ATS 1567/2019, Sala de lo Civil, n. rec. 608/2018, MP: Ignacio SANCHO GARGALLO.

³⁷⁸ *Cfr* par. 3.2.1.d).

Innanzitutto, il contenuto del contratto firmato tra le parti é considerato inefficace dato che riguarda lo stato civile, una sfera indisponibile alla volontà degli individui³⁷⁹. Successivamente, il tribunale protende nettamente a favore della filiazione biologica a discapito di quella intenzionale, considerando che la coppia non poteva avvalersi della disciplina stabilita dalla LTRHA per non essersi rivolte le comadri ad un centro o clinica autorizzati, così come stabilito all'art. 4 della stessa. Nel caso, trovano dunque applicazione le regole della filiazione naturale per cui il vincolo paterno-filiale è, se reclamato entro i termini di legge di cui sopra, esclusivamente quello biologico³⁸⁰.

³⁷⁹ FJ 1° e 2°. Per un'analisi sull'indisponibilità dello stato civile, *Vid* Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "La incidencia de la voluntad..", *op. cit.*, pp 11-12.

³⁸⁰ Anche nel contesto britannico, questioni simili sono state risolte a favore del padre biologico. *Vid.* Leanne SMITH, "Tangling the web of legal parenthood: legal responses to the use of known donors in lesbian parenting arrangements", *Legal Studies*, Vol. 33 n.3, 2013, pp- 355-381, p. 360-364. *Cfr* le sentenze *RE D* (2006, EWHC 2 (Fam); 2006, 1 FCR 556), *RE B* (2007, EWHC 1952 (Fam); 2008, 1 FLR 1015.), *R v E and F* (2010, EWHC 417 (Fam); 2010, 2 FLR 383), *T v T* (2010, EWCA Civ 1366; 2011, 1 FCR 267), *RE P and L* (2011, EWHC 3431 (Fam)), *A v B and C* (2012, EWCA Civ 285) ivi citate. Nei casi analizzati dall'autrice, il donatore era conosciuto dalle donne e con il quale queste avevano firmato un accordo previo all'inseminazione. L'uomo è seguitamente determinato padre legale ai sensi della normativa vigente (HFEA 1990). Nel contesto statunitense, la mediazione di accordi riproduttivi ha portato a risultati paradossali, come nei casi analizzati da Ayelet BLECHER-PRIGAT, "Conceiving Parents", *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 41, 2018, p. 146. In *re Paternity of M.F.*, 938 N.E.2d 1256 (Ind. Ct. App. 2010) erano stati concepiti due bambini (fratelli) grazie al seme dello stesso donatore. Il tribunale conclude determinando la filiazione nei

Considero che la decisione sia, secondo il diritto vigente, corretta³⁸¹, seppur non condivido gli argomenti che offre la sentenza. È certo che la coppia non abbia fatto uso di TRA, però affermare “no se ha acreditado que el reconocimiento de la paternidad del actor en relación con al menor le implique un perjuicio, más allá de la reorganización del grupo familiar, que no aparece como negativa para la menor para el interés de la hija, máxime tratándose de una niña de tan corta edad, abierta por tanto a la fijación y consolidación de nuevos vínculos familiares”, mi pare sconveniente. Infatti, ritengo che il criterio della “giovane età”, così come quello di una “facile riorganizzazione familiare” non potrebbero essere esteso a casi analoghi nei quali i minori abbiano un’età piú avanzata ed una maturità sufficiente per comprendere e definire chi, per lo meno dal punto di vista affettivo, sia la figura genitoriale di riferimento. Quella che è stata, fin dalla nascita, la madre sociale e legale - seppur non gestazionale- della minore, si trova a dover

confronti del padre biologico solo rispetto ad uno dei due minori, dando efficacia all’accordo tra il donatore e la madre gestante, in un caso, e invalidando il patto orale tra gli stessi soggetti, nell’altro caso. In conclusione, mentre uno dei fratelli ha legalmente solo una madre legale, l’altro ostenta una madre legale e un padre legale.

³⁸¹ Concorda con il parere della AP, José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, Vol. 4, n. 1, 2018, pp. 301-340, p. 320.

trasferire in capo al padre biologico tutti i diritti e doveri scaturiti dal legame genitoriale, salvo un minimo riconoscimento legale in qualità di persona prossima al minore³⁸². Sarà forse giunto il caso di riflettere sulla convenienza di concedere un ruolo più centrale all'autonomia della volontà in ambito di filiazione?

4. Accordi riproduttivi privati in materia di filiazione

I casi che derivino da accordi riproduttivi tra privati, come quello della SAP Valencia (*vid.* par. 3.2.5.d.), non trovano alcun riconoscimento nel contesto spagnolo, e dimostrano quanto la legislazione vigente sia potenzialmente inadeguata³⁸³. Il principale suggerimento che ne scaturisce è la possibile ammissione, anche nel contesto della filiazione, di soluzioni volte ad avvalorare i patti concordati tra le parti, vincolanti per tutti, dando efficacia a quanto da questi concordato, stabilendone limiti e garanzie. Nel caso concreto, un accordo

³⁸² Come nel caso dell'art 233-10.4 CCCat e art. 160 CC Esp, quale misura provvisoria. Il Tribunal Supremo si proclama a favore dell'estensione della norma anche quali misure definitive derivate da un processo di separazione e divorzio di morte o in caso di morte (STS 492/2018 del 14 settembre 2018, Sala 1ª, MP: Jose Antonio SEIJAS QUINTANA, FG 4º).

³⁸³ Susana QUICIOS MOLINA, "Determinación de una segunda maternidad..", *op. cit.*, p. 206.

previo porterebbe condurre a determinare la maternità della madre gestante per il parto, della madre intenzionale per consenso o *accettazione della filiazione*, rispettando la rinuncia espressa alla paternità del padre biologico. Problema distinto per il caso in cui non vi sia alcun accordo tra le parti. Ritengo che, in tale circostanza, oggigiorno entrerebbero in gioco unicamente le norme previste in materia di filiazione naturale (artt. 115-126 CC), dando prevalenza alla veridicità biologica, determinando come genitori del minore la madre gestante ed il padre biologico.

D'altra parte, si potrebbero ipotizzare casi che prevedano l'inclusione di tutti i soggetti interessati, sempre e quando vi sia l'accordo espresso delle parti, configurando quella che si definisce multiparentalità o pluriparentalità. Immaginando nuovamente si tratti di un progetto comune di due donne ed un uomo, tutte e tre le parti potrebbero essere determinati come genitori del minore o specificare quali siano i termini pattuiti tra essi. La genitorialità potrebbe essere ripartita equitativamente tra essi oppure discrezionalmente nei termini stabiliti dall'accordo.

L'interesse superiore del nato dovrebbe permettere equiparare la situazione del minore sia nel caso di concepimento presso centri autorizzati, che al di fuori di questi, ogni qualvolta la

pratica riproduttiva sia volta a stabilire le medesime relazioni giuridiche tra le persone involucrate nel progetto parentale - madre gestante e comadre- in base al consenso di queste alla pratica³⁸⁴. Allo stesso modo, il donatore di seme dovrebbe godere dell'immunità che gli riserva la legge³⁸⁵, sempre e quando siano stati questi gli accordi tra le parti.

Quanto appena esposto, rispetto a possibili accordi bilaterali con rinuncia alla paternità da parte del donatore e ad accordi plurilaterali da cui derivino casi di multiparentalità, è già possibile negli ordinamenti che si esaminano al cap. VI ed ai quali si rinvia. Ritengo che, in un futuro, il legislatore spagnolo potrebbe rivedere la filiazione derivata da TRA e la comaternità ai sensi di questi ultimi.

5. Riflessioni finali

L'inadeguatezza della normativa esposta genera non pochi dubbi interpretativi, per cui risulta necessario ed urgente

³⁸⁴ Josep FERRER RIBA, "Familias y pluriparentalidad en el derecho español", *Derecho de Familia*, 8/2018, pp. 163-177, p. 173.

³⁸⁵ Come prevedono, ad esempio, l' art. 8.3 LTRHA e art. 235-28.2 CCCat.

l'intervento del legislatore. Il "traje a medida"³⁸⁶ che si è cercato di cucire nell'ultimo decennio, offrendo soluzioni parziali in via legislativa e giurisprudenziale, inizia ad essere davvero "fuori misura". Quanto esposto sicuramente evidenzia come il legislatore non abbia mai avuto una visione globale della relazione familiare nel seno di coppie dello stesso sesso, specialmente rispetto a famiglie con discendenza³⁸⁷. L'introduzione della comaternità, che ricordiamo essere stata portata a termine mediante una legge che nulla aveva a che vedere con la filiazione, quasi come se volesse passare inavvertita, ha sí risolto nell'immediato quella che era la pressione da parte di associazioni LGBT, ma risultata tutt'oggi scarsamente insufficiente per poter parlare, piú di tredici anni dopo l'entrata in vigore dell'art. 7.3 LTRHA, di una disciplina completa ed uniforme e capace di eguagliare l'origine della filiazione, indipendentemente dal metodo di concepimento impiegato e dall'orientamento sessuali dei soggetti interessati. Anche la riforma avvenuta nel 2015 è risultata del tutto

³⁸⁶ Abito su misura, così ben descritto da BENAVENTE MOREDA, "Los errores de legislar en paralelo...", *op.cit.*, p. 8.

³⁸⁷ Discorso a parte merita il tema della filiazione nel seno di coppie dello stesso sesso composte da due uomini. Per ragioni biologiche, come già esposto, questi saranno obbligati a ricorrere all'istituto dell'adozione, alle quali si può estendere per analogia tutto quanto già menzionato al cap. II, o all'ausilio della gestazione per altri, materia complessa che esula dal presente studio, e che resta proibita nella maggior parte degli Stati europei ed extraeuropei. Si avverte, inoltre, che tra i Paesi che hanno regolato il tema, sono diversi quelli che escludono da tale pratica le coppie omosessuali (es. Grecia, Ucraina, Russia, Georgia).

inadeguata a quelle che erano le problematiche già evidenti al momento della ley 19/2015.

Ritengo che le problematiche della normativa LTRHA siano, riassuntivamente, le seguenti. In primo luogo, la mancata inclusione di coppie di donne non sposate, alle quali ho fatto riferimento al par. 3.2.1.a. In secondo luogo, le previsioni legali e le parziali modifiche alla disciplina LTRHA sono risultate insufficienti, per cui ci si augura prontamente una riforma integrale della disciplina della filiazione, che potrebbe dirigersi verso quanto ad oggi prescritto dagli ordinamenti catalano ed argentino, a cui mi riferirò al cap. V. In particolare, le regole contenute negli articoli 7, 8, 9 e 10 LTRHA dovrebbero essere ripensate come norme di filiazione autonome ed essere incluse nella disciplina del Codice civile, insieme ad una chiara disciplina in materia di contestazione della filiazione. La filiazione derivata dal TRA non può essere assimilata alla filiazione per natura, poiché risponde a modelli molto diversi sia nel caso di coppie eterosessuali che omosessuali. Si sollecita

pertanto l'implementazione della normativa in materia di TRA³⁸⁸ per famiglie omoparentali³⁸⁹.

Altrimenti, credo che il legislatore potrebbe riflettere sulla convenienza di adottare un sistema basato sulla presunzione di maternità configurata come presunzione di consenso, alla quale mi sono riferita al cap. III. In terzo luogo, credo che sarebbe conveniente, in ogni caso, ridefinire il concetto di manifestazione di consenso volto alla determinazione della comaternità, come ipotizzato al par. 3.2.4. del presente capitolo mediante accettazione della filiazione. In quarto luogo, la decisione di vincolare il consenso a posteriori ha sollevato molti inconvenienti, soprattutto da quanto la comaternità si possa iscrivere senza accreditare l'impiego di TRA. La contestazione della filiazione si dovrebbe evitare a tutti i costi, ma così non è dato che *quedan a salvo las acciones de reclamación*

³⁸⁸ BENAVENTE MOREDA, Pilar, «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», *La Ley*, Buenos Aires-Argentina, n.º 1383, 20.9.2010; FARNÓS AMORÓS, Esther «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Derecho de Familia*, 49/2011, pp. 153-181.

³⁸⁹ Martine GROSS, *Qu'est-ce que l'homoparentalité?*, Petit Bibliothèque Payot, Paris, 2012, p. 7. L'autrice definisce omoparentalità "Toutes les situations dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-identifie comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant".

de la filiación biológica. In ultima battuta, per i casi che derivino da accordi riproduttivi, sarebbe opportuno riflettere sull'opportunità di disciplinare eventuali patti privati tra due o piú persone.

CAPITOLO V

COMATERNITÀ PER CONSENSO AD UNA DETERMINATA TECNICA RIPRODUTTIVA

1. Questioni preliminari

Nel presente capitolo si approfondisce una variante della comaternità per consenso, dato che l'oggetto della volontà espressa dai soggetti interessati si rivolge ad un presupposto differente: il consenso della comadre alla pratica di una tecnica riproduttiva come manifestazione della volontà di partecipare ad un progetto parentale. A tal fine, si prenderanno ad esempio due ordinamenti che seguono una struttura simile tra loro, quello catalano e quello argentino.

Oltre alla risposta spagnola alla comaternità esaminata al cap. IV, che si basa su un consenso a posteriori, altri ordinamenti giuridici hanno stabilito quale momento cruciale quello del *consenso alla tecnica riproduttiva*, ovvero anteriormente al concepimento. Il consenso che entra in gioco evidenzia un'adesione che non è fine a sé stessa: non si limita ad acconsentire ad una determinata TRA, ma tale manifestazione di volontà rappresenta l'assunzione della filiazione risultante

dall'applicazione della tecnica prescelta. Detta volontà rispecchia l'intenzione, previa al concepimento, di formare una famiglia, nella quale il minore sarà determinato, dal momento della nascita, quale figlio delle persone che hanno prestato il proprio consenso alla procedura medica. In entrambi i casi, il consenso alla filiazione o alla tecnica riproduttiva è volto a produrre il medesimo effetto, ovvero la determinazione di un secondo vincolo materno-filiale, sempre e quando siano rispettati i meccanismi legali previsti dalla disciplina applicabile.

L'analisi di questo modello risulta importante poiché, in via residuale o secondaria, negli ordinamenti quali Regno Unito, Paesi Bassi e Belgio, il consenso è il meccanismo di determinazione della comaternità derivata da TRA nel seno di coppie non coniugate. Ci accingiamo dunque ad analizzare gli ordinamenti presi ad esempio per delineare gli aspetti principali del presente modello.

2. La determinazione del secondo vincolo materno-filiale nel *Codi Civil de Catalunya*

Catalunya gode di competenza legislativa in materia di diritto civile³⁹⁰ e questo incide, concretamente, sul contenuto di cui agli artt. 7, 8 e 9 LTRHA.

A tal proposito, mediante la Legge 25/2010³⁹¹ che approva il *Llibre Segon* del CCCat, la legislazione autonoma catalana ha colto sfumature considerevoli, sottolineando, nel proprio preambolo, come non sia necessario ricorrere all'applicazione analogica delle norme sulla procreazione naturale in caso di ricorso a tecniche riproduttive. Questo è stato reso possibile includendo un nuovo titolo di attribuzione della filiazione, il consenso³⁹²:

“La maternidad derivada del mero *consentimiento* para la procreación asistida de su esposa o compañera *no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal.* [...] Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del

³⁹⁰ DF 1ª LTRHA.

³⁹¹ Del 29 luglio 2010. DOGC n°5686 del 5 agosto; BOE n°203 del 21 agosto 2010.

³⁹² Art. 235-3 CCCat. Questo nuovo titolo di attribuzione della filiazione è tuttavia estraneo alla normativa spagnola. Come si dirà più avanti, tuttavia non credo che si tratti di un vero e proprio nuovo titolo di attribuzione della filiazione, in particolare per i casi di coppie eterosessuali.

hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas *el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica*. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación³⁹³".

Ad oggi, analogamente a quanto previsto dal CC spagnolo, in Catalunya la filiazione può essere *naturale* o *adottiva*. Entrambi gli ordinamenti hanno optato per un binomio, rispettivamente prescritto dagli art. 108 CC e 235-1 CCCat, che racchiude nella prima fattispecie anche la filiazione risultante da TRA e determinata per consenso. La soluzione catalana non solo si discosta dal criterio adottato dall'art. 7.3 LTRHA, ma coglie l'occasione per introdurre, tra i titoli di determinazione della filiazione, anche il "*consentimiento a la fecundación asistida de la mujer*", affiancando tale ipotesi alla determinazione della filiazione mediante riconoscimento (eventualmente anche quello in testamento ex art. 235-9.1.a), *expediente registral*, sentenza o presunzione di paternità (art. 235-3 CCCat).

³⁹³ Il cui contenuto si riflette negli art. 235-8 e 235-13 CCCat.

Pertanto, nonostante la filiazione derivata da TRA sia stata assimilata a quella naturale, il legislatore catalano ha espressamente provveduto stabilire regole diverse e specifiche ove ritenuto opportuno, per sopperire all'eccezionalità derivata da questo nuovo titolo di determinazione della filiazione.

2.1. I requisiti della comaternità nel CCCat

2.1.1. Vincolo matrimoniale o accesso congiunto alle tecniche

Il riferimento a quello che, ai sensi del derogato art. 92.1 *Codi de Família* (d'ora in avanti, CF³⁹⁴), era riservato unicamente al marito, è stato sostituito dal termine neutrale di *coniuge*³⁹⁵, volto così ad includere tra i possibili destinatari della norma anche la coniuge della donna gestante. Ai sensi dell'art. 235-8, rubricato "La fecondazione assistita della donna coniugata", si stabilisce che:

³⁹⁴ Ley 9/1998 del 15 luglio, BOE-A-1998-20137 (derogata dalla Ley 25/2010).

³⁹⁵ La terminologia neutrale é stata introdotta nel 2008, DF 1ª Ley 10/2008, del 10 luglio. (DOGC n. 5175 del 17 luglio 2008; BOE n. 190 del 07 Agosto 2008).

“Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, *son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento*”

Ma non è tutto. Il CCCat giunge alle stesse conclusioni anche in caso di coppie non sposate, applicando il medesimo criterio di attribuzione della filiazione per consenso alle tecniche anche all'uomo o alla donna che abbiano acconsentito ad esse, seppur non unite in matrimonio con la donna gestante. Anche in questo caso, l'allusione ad entrambi i termini ha sostituito quanto previsto dal superato art. 97.1 CF, adottando precetti diretti ad eguagliare la normativa in ambito di coppie sposate e non, indipendentemente dall'orientamento sessuale di queste. In termini più generali, “La fecondazione assistita della donna”, l'art. 235-13 prevede che

“Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos *del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente* en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”

Come si evince, il legislatore catalano ha deciso adottare la disciplina del consenso a prescindere dallo stato civile dei genitori di intenzione, dando ascolto a quanto la dottrina ha richiesto sin dagli albori dell'entrata in vigore dell'art. 7.3 LTRHA³⁹⁶.

Il riferimento generico all'uomo o alla donna che consente, assieme alla madre gestante, ad una tecnica riproduttiva, mette in gioco un'ulteriore ipotesi. L'enunciato infatti non menziona in nessun momento la necessità che le due persone implicate formino, nella loro vita privata, una vera e propria coppia. Data la mancata allusione alla convivenza quale requisito imprescindibile per la determinazione della filiazione, si può concludere che la disciplina catalana abbia avanzato un'ulteriore possibilità, ovvero quello di portare a termine un progetto parentale comune indipendentemente da un progetto affettivo di coppia, prescindendo dall'unione tra le due parti interessate. Il fatto che la legge non esiga dimostrare nessun rapporto stabile tra genitori intenzionali, ammette tacitamente la possibilità ricorrere ad un accordo riproduttivo privato. Questo non è una novità nel seno di coppie eterosessuali, ma sí lo è per coppie di donne, magari due amiche, le quali possono mettersi d'accordo sull'accedere

³⁹⁶ Rispetto all'esclusione della comaternità nel seno di coppie di donne non sposate, vid. supra Cap. IV par. 2.2.1.a.

insieme a TRA e portare a termine legalmente il proprio progetto procreativo³⁹⁷.

In definitiva, mentre nel caso di cui all'art. 235-8 CCCat si tratterà, in ogni caso, di filiazione matrimoniale e, di conseguenza, di una relazione di coppia tra futuri genitori, l'art. 235-13 CCCat lascia aperta la possibilità di stabilire un legame di filiazione che non esige accreditare la convivenza tra i genitori intenzionali.

2.1.2. La forma del consenso

Dalla lettura dei precetti si evince che il consenso sia sottoposto ad un requisito formale: la volontà del secondo genitore dev'essere raccolta espressamente in un documento pubblico o presso il centro autorizzato. Eppure, tale rigidità è stata rivisitata in diverse occasioni dal *Tribunal Superior de Justícia de Catalunya* (TSJC) che ha svolto un'attività cruciale al fine di stabilire quale debba o possa essere, in sostanza, la forma del consenso. Le sfumature colte dal Tribunal hanno delineato una giurisprudenza che si è distaccata dall'interpretazione

³⁹⁷ Il caso mi sembra interessante soprattutto a confronto con la normativa dell'art. 7.3 LTRHA che limita la comaternità unicamente a coppie sposate, dove pertanto non si potrebbe in alcun modo portare a termine un accordo riproduttivo tra due donne senza implicare il matrimonio tra di queste.

rigorosa della norma a favore di un criterio flessibile e più tollerante rispetto alla realtà sociale. Invocando i principi di buona fede (art. 111-7 CCCat) e la dottrina degli atti propri (art. 11-8 CCCat), il TSJC ha impedito l'alterazione delle relazioni familiari già create, nonostante il consenso non fosse stato ricavato formalmente presso il centro o in atto pubblico³⁹⁸.

Per comprendere quale sia la forma richiesta ad oggi dal CCCat, analizziamo le pronunce del TSJC, tenendo presente che le prime due che si menzioneranno fanno riferimento alla normativa del derogato *CF*, mentre le seguenti si basano sulla legislazione del CCCat.

Nella STSJC 28/2007 del 27 settembre³⁹⁹, il caso oggetto della sentenza vedeva protagonisti una coppia eterosessuale e sposata che aveva fatto ricorso a TRA di tipo eterologo⁴⁰⁰. Il marito aveva acconsentito alla tecnica presso il centro sanitario

³⁹⁸ Esther FARNÓS AMORÓS, "Perspectives de futur i noves formes de parentalitat", *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2019, pp. 253-286, p. 272.

³⁹⁹ Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, RJ/2007/8520. MP: Maria Eugenia ALEGRET BURGUES.

⁴⁰⁰ Nel caso concreto, il marito, determinato infertile, aveva acconsentito alla tecnica IAD con contributo di seme di donatore anonimo, sottomettendosi alle prove di compatibilità per la scelta del fenotipo e accompagnando la moglie durante la gravidanza, atti e fatti che dimostrano una chiara volontà di voler partecipare e portare a termine un progetto parentale sviluppatosi all'interno della relazione coniugale.

ma non aveva confermato la sua volontà in atto pubblico come esigeva l'allora vigente art. 92.1 *CF* e, successivamente alla nascita della minore, pretendeva impugnarne la paternità risultante. Il tribunale ha considerato che egli fosse il padre della minore nata quale conseguenza della tecnica ed ha affermato che il consenso manifestato da parte del marito era sufficiente di per sé, e che il requisito di forma – l'atto pubblico – fosse *probatorio ma non costitutivo e non conduce dunque alla nullità del consenso prestato* (FJ 5°). In questa occasione, il tribunale afferma per la prima volta che il diritto applicabile al caso concreto si regge sul sistema spiritualista, di modo che *solo eccezionalmente il requisito di forma negli atti giuridici lo è con carattere costitutivo e ne condiziona la sua validità* (FJ 8°). I giudici ribadiscono l'applicazione della dottrina degli atti propri e della buona fede⁴⁰¹, ricordando come quest'ultimo sia un pilastro del diritto civile catalano, il quale è confutato qualora si crei un'apparenza giuridica contraddetta posteriormente a scapito di chi confidava su essa (FJ 8°). Sulla base di quanto

⁴⁰¹ Definendo come *atti propri quelli inequivoci, volti a creare, definire, fissare, modificare, estinguere o chiarire senza alcun dubbio una determinata situazione giuridica riguardante il proprio autore, e che tra la pretesa attuale e quella precedente vi sia una incompatibilità o una contraddizione secondo il senso che, in buona fede, si dovrebbe attribuire alla condotta anteriore* (FJ 8°). Critica l'applicazione di questa dottrina ai casi di filiazione Joan EGEA FERNÁNDEZ, "Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya", *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, n. 4, 2010-2012, pp. 547-615, intendendo che sia conveniente solo per la sfera patrimoniale ma non per quella personale o concernente lo stato civile.

esposto, il tribunale conclude che il soggetto interessato aveva largamente dimostrato l'intenzione di divenire padre e che, pertanto, risulti doveroso assumere le conseguenze giuridiche della propria decisione. In caso contrario, si porrebbe in essere una situazione di slealtà nei confronti della moglie, un danno alla minore ed una ingiustificata mutazione dello stato civile che, al contrario, deve godere della massima sicurezza giuridica. Tale sentenza ha scalfito la prima pietra a favore di un'interpretazione meno rigida della norma, inclinandosi per un'interpretazione "spiritualista" e non esclusivamente incardinata alle formalità qualora sia possibile evincere, mediante comportamenti chiari e concludenti, quale sia stata la reale volontà delle parti⁴⁰².

Anche nella sentenza STSC 44/2008 del 22 dicembre⁴⁰³, si pretendeva impugnare la filiazione non matrimoniale nei confronti del padre. Il compagno non aveva prestato il proprio consenso per una tecnica eterologa rispettando le formalità

⁴⁰² C'è chi non sembra d'accordo con il principio spiritualista in materia di filiazione, nel quale dovrebbe prevalere la forma solenne per la costituzione di vincoli che hanno a che vedere con la sfera personale dei soggetti. *Vid.* Margarita GARRIGA GORINA "Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida", *InDret* 1/2008, p.8. Ritiene la autrice che "Els negocis jurídics de dret de família de contingut personal (adopció, filiació, matrimoni) estan regits pel principi de solemnitat en les formes, de manera que només existeixen si en la seva constitució s'ha observat la forma establerta legalment".

⁴⁰³ Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, Rec 30/2007. MP: Maria Eugenia ALEGRET BURGUES.

stabilite dalla norma allora vigente, ma posteriormente aveva riconosciuto la minore. Successivamente, la madre, ex partner dell'uomo, ne contesta la filiazione, invocando la mancanza di vincolo biologico tra padre e figlio, concludendo che si trattasse di un riconoscimento di compiacenza⁴⁰⁴. I giudici, tuttavia, ribadiscono quanto stabilito dalla STSC 28/2007 (FJ 10^o), intendendo che la volontà dell'uomo di assumere il ruolo di padre era stata sufficientemente accreditata con altri mezzi, e dunque inscalfibile anche rispetto ad un'eventuale impugnazione della filiazione, respingendo un uso arbitrario delle azioni di filiazione in situazioni di crisi di coppia che non possono infierire e compromettere l'interesse superiore del minore (FJ 11^o).

Con due sentenze dal ragionamento identico, si conclude che di fronte ad un apparente difetto di forma, appaiono due ambiti ben separati tra di loro: quello giuridico-materiale, nel quale si prova che l'uomo ha realmente acconsentito alla TRA, e quello giuridico-formale, nel quale il requisito di forma non è stato compiuto⁴⁰⁵. In caso di conflitto dovrebbe prevalere,

⁴⁰⁴ Si era fatto uso di tecniche eterologhe. L'uomo, seppur non avesse espresso il proprio consenso nelle forme previste dalla normativa allora vigente, aveva partecipato al progetto parentale e dunque era cosciente dell'impiego di materiale genetico di un terzo.

⁴⁰⁵ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, "Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de la paternitat. (Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de

almeno teoricamente, l'elemento materiale o reale -l'esistenza del consenso- su quella formale -la mancanza di un requisito⁴⁰⁶.

Nella stessa linea, e già in applicazione della legislazione odierna, la STSC 62/2013 del 7 novembre⁴⁰⁷ ha affrontato un caso di impugnazione della paternità non matrimoniale perseguita dal fratello deceduto, il quale ha agito - come affermano le sentenze di secondo e terzo grado- per un interesse puramente economico⁴⁰⁸. I giudici di tutti e tre i gradi di giudizio⁴⁰⁹ hanno stabilito che il consenso prestato dall'uomo fosse titolo idoneo per la determinazione della risultante paternità, nonostante il padre intenzionale non avesse manifestato la propria intenzione ai sensi dell'art. 235-13 CCCat. Il TSJC ammette come valido il consenso prestato dall'uomo presso il centro nel quale si trovava ricoverato poiché affetto da una malattia grave, che condusse alla sua morte, dando valore al progetto parentale in comune

Catalunya 44/2008, de 22 de desembre)", *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 11, 2010, p. 234.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁰⁷ Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, RJ/2018/1696. MP: Maria Eugenia ALEGRET BURGUES.

⁴⁰⁸ Infatti, il fratello che pretendeva impugnarne la filiazione, risultava erede unico del deceduto.

⁴⁰⁹ JPI de Barcelona n. 19, Sentenza del 19 maggio 2011. AP de Barcelona (Sección 18ª). Sentenza n. 676/2012 del 19 novembre.

intrapreso con la compagna. Infatti, l'interpretazione di quanto stabilito dagli arts. 97 CF prima, e 235-13.1 CCCat dopo, non esige più la necessità di racchiudere tale consenso in atto pubblico.

Ciò che è risultato determinante, in una situazione eccezionale come quella del caso, sono stati il carattere espresso, previo all'inseminazione e formale del consenso. I giudici hanno ritenuto compiuti i tre requisiti poiché:

- Il consenso *espresso* suppone che si debba manifestare la propria volontà mediante mezzi che la rivelino esplicitamente e direttamente, escludendo pertanto i casi di volontà presunta e volontà tacita. Il consenso dell'uomo fu prestato oralmente presso la clinica, così come certificato dai documenti pervenuti e dalla testimonianza della dottoressa che ha seguito la coppia.
- Tale volontà risulta altresì *previa* all'impianto degli ovuli fecondati, così come è emerso dalla testimonianza della dottoressa, che ha provveduto all'intervento solo dopo aver verificato le intenzioni di entrambi i futuri genitori.
- Infine, il consenso è stato ritenuto *provato* sulla base della documentazione presentata.

Appurati i fatti, e citando ancora una volta la natura spiritualista e volitiva del sistema di filiazione per TRA (FJ 4°) il tribunale ha concluso che la volontà procreazionale era inequivocabile, pertanto, che risultasse doveroso assumere le conseguenze giuridiche di tale decisione, affinché la sicurezza giuridica e l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un secondo genitore non dipenda da circostanze posteriori non desiderate, come la prematura morte di uno dei componenti della coppia. Ancora una volta, il tribunale conferma la prevalenza di quella che è la reale volontà delle parti, anche qualora uno dei requisiti formali non sia stato pienamente soddisfatto.

Il TSJC applica la stessa dottrina spiritualista nella sentenza del 20 luglio 2017⁴¹⁰, per permettere alla madre non gestante di reclamare con successo la filiazione di due gemelli nati in seguito ad un TRA. Le donne, unite dal 2006, avevano formalizzato la loro relazione costituendo una *pareja estable* nel settembre 2011, in occasione della gravidanza di una delle due. Dopo il parto, la maternità fu determinata solo a favore della gestante perché, in sede di iscrizione della filiazione, non avevano apportato il consenso della comadre richiesto

⁴¹⁰ Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, RJ 2017/6252. MP: Maria Eugenia ALEGRET BURGUES.

dall'ufficiale di Stato Civile⁴¹¹. Quest'ultimo invitò le interessate a ricorrere al procedimento di adozione di cui all'art. 235-32 CCCat quando già erano trascorsi cinque mesi dalla nascita dei gemelli. Tuttavia, si ritiene che l'intenzione della madre non gestante fosse stata sufficientemente accreditata dai taciti comportamenti prima, e della vita familiare dopo (FJ 6°). In questa sede, il tribunale ribadisce che occorre abbracciare un'interpretazione spiritualista del concetto di consenso, valorizzando qualsiasi manifestazione di volontà diretta ed espressa a voler affermare l'assunzione dello *status filiationis* del secondo genitore, padre o comadre. La flessibilità di questo criterio non formalista, che si è venuto affermando dal 2007, accoglie, nel caso concreto, la volontà della comadre sulla base del proprio comportamento esternato e reiterato nel tempo. Questa infatti, era presente al momento della scelta e dell'applicazione della TRA, al momento del parto e della manifestazione di volontà presso l'ufficiale di Stato Civile e predisposta ad iniziare un processo di adozione dei gemelli nati dalla partner, dunque i requisiti analizzati nella STSC 62/2013 -consenso espresso, previo e documentato- sono qui pienamente compiuti. Il tribunale afferma infine che non bisogna confondere il momento temporale della

⁴¹¹ Non risultava alcun formulario, però in seguito fu presentata la dichiarazione della dottoressa responsabile che attestava la presenza di entrambe le donne presso la clinica, e la gravidanza come risultato della TRA praticata dalla stessa.

manifestazione del consenso con la documentazione dello stesso, giacché solo la prima rappresenta la *conditio sine qua non* per la determinazione della filiazione risultante, mentre la sua formalizzazione può avvenire anche successivamente.

Da ultimo, la sentenza TSJC 46/2019 del 1° luglio 2019⁴¹² ha affrontato un ulteriore caso di reclamazione della comaternità, in un contesto singolare. La comadre aveva prestato il proprio consenso alla TRA della partner in tre occasioni –gennaio, marzo e giugno 2007- presso un centro autorizzato ove, purtroppo, le pratiche riproduttive non erano andate a buon fine. In seguito, tale consenso viene presunto per un trattamento portato a termine presso un'altra clinica, nel dicembre dello stesso anno, ed interpretato dai giudici come prova sufficiente per dimostrare la partecipazione di entrambe ad un progetto parentale comune. L'azione di reclamazione della comadre, ai sensi dell'art. 235-13.1 CCCat, viene accolta dai giudici basandosi sull'accesso alle tecniche, rivelatosi essere portato a termine congiuntamente della coppia. Nel caso, la comadre non aveva firmato il consenso presso la seconda clinica perché in questa, nell'anno 2007, erano disponibili unicamente formulari per coppie di sesso opposto. La sentenza afferma che il consenso prestato dalla comadre

⁴¹² Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, RJ 2019/5693. MP: Jordi SEGUI PUNTAS.

presso la prima clinica, reiterato in tre distinti momenti, possa estendersi e valere anche per la gravidanza portata a termine nel secondo centro, giacché tra i primi ed il secondo tentativo erano trascorsi solo sei mesi (giugno-dicembre 2007)⁴¹³. In questo lasso temporale non è stato accreditato nessun cambiamento delle circostanze -non risulta una separazione o un ripensamento rispetto al progetto parentale- che possa aver inciso sulla revoca, tacita o espressa, del consenso della comadre.

In conclusione, il requisito del consenso formale, già superato della giurisprudenza catalana sopracitata che abbraccia un'interpretazione flessibile dello stesso, è ampiamente applicata al caso analizzato dalla STSJC 5693/2019, la quale ribadisce che il consenso non può essere vincolato ad un requisito incompiuto dalle parti, soprattutto quando questo dipenda da una causa svincolata dalla volontà delle partner, come la mancanza, presso la clinica, del modulo da firmare corrispondente al genere identificativo della coppia⁴¹⁴.

⁴¹³ I giudici affermano che «*la fecundació iniciada en un altre centre (Barnaclínic) a partir del mes de desembre d'aquell mateix any obeïa al fracàs de la intentada en el primer, de manera que constituïa la continuació d'un projecte comú de procreació que "comporta diversos intents en el mismo centro o en otro diferente en un espacio temporal consecutivo"» (FJ 2º).*

⁴¹⁴ Come accennato, la comadre non poteva firmare con la sua partner per mancanza della casella corrispondente al suo ruolo come "compagna femminile della donna inseminata". Questo dettaglio pare, ad ogni modo, giustificato per il momento in cui si portò a termine il trattamento, ovvero

Date le circostanze del tutto eccezionali del caso, quest'ultima sentenza presenta un'argomentazione giuridica corretta e appropriata per fare giustizia al caso concreto⁴¹⁵, poichè presume un consenso previo successivamente dimostrato con la tacita accettazione dei figli della compagna come propri, ma può risultare azzardata in innumerevoli contesti. L'estensione del principio spiritualista ed informale rispetto ai requisiti del consenso può arrivare ad applicarsi a casi in cui, realmente, non ci sia stato un progetto parentale previo e consensuale tra le partner, presumendone le intenzioni e giungendo ad adottare le medesime soluzioni anche a taluni dei casi che, in un primo momento, il legislatore catalano non ha voluto includere nella disciplina del CCCat.

Di fronte a questa linea giurisprudenziale, che importanza rivestono e che senso ha mantenere i requisiti di cui al 235-8 e 235-13 CCCat? Dall'analisi di quanto osservato, si è passati da pretendere che i genitori intenzionali fossero pienamente

nell'anno 2007, in concomitanza con l'introduzione del terzo comma dell'art. 7 LTRHA e, un anno più tardi, in Catalunya il Llibre IV CCCat riformava gli art. 92.1 e 97.1 CF per includere le coppie di donne. Al contrario, tale ostacolo non è giustificabile nel caso della sentenza 35/2017 sopra citata, poichè il trattamento era avvenuto nell'anno 2011.

⁴¹⁵ Inoltre, ragionevolmente, il tribunale approfitta per sottolineare la singolarità dell'ordinamento catalano e fare chiarezza rispetto alla necessaria inapplicabilità della normativa statale quali l'art. 7.3 LTRHA o il ricorso alla possessione di stato ex art. 131 CC. (FJ 2º, *in fine*).

coscienti, convinti e consenzienti di voler aderire ad un progetto parentale definito e pianificato, previamente al concepimento, culminato nella manifestazione esplicita del consenso nelle forme di una dichiarazione scritta e formale presso il centro di riproduzione assistita o dinnanzi ad un notaio. Secondariamente, si è giunti ad un completo stravolgimento di quanto stabilito dal CCCat, mediante la giurisprudenza del TSJC e la possibile manifestazione della volontà “con ogni mezzo”.

Al momento, è difficile inquadrare un sistema centrato e disegnato sul consenso espresso come titolo di attribuzione della filiazione, i cui bordi sono stati, a colpi di sentenza, scoloriti dallo scontro con la realtà, nel momento in cui, date le circostanze di ogni famiglia, i giudici si allontanano dallo schema giuridico previsto dagli art. 235-8 e 235-13 CCCat per risolvere i casi ad essi sottoposti e ovviare ad un problema concreto sorto all'interno di un nucleo familiare già formato. In quest'ottica, il presupposto di un progetto procreazionale, è stato dilatato fino a giungere alla presunzione di un consenso mai sottoscritto nelle forme previste, dedotto da comportamenti e fatti concludenti. La tendenza a presumere che vi sia sempre stato il consenso del secondo progenitore può portare ad includere anche i casi ove l'intenzione previa al concepimento era completamente inesistente.

Ritengo che le decisioni esaminate abbiano dato una risposta pragmatica sulla base non solo di quanto prescritto dal CCCat, ma altresí tenendo conto dell'interesse superiore del minore. Infatti, il *favor filii* puó giustificare l'applicazione piú o meno ristretta di una norma qualora risulti piú favorevole per l'interesse del minore a che tale paternità o comaternità sia determinata. Le rivendicazioni nei confronti dei genitori che devono assumersi le responsabilità e le conseguenze giuridiche derivanti dal vincolo di filiazione trovano spazio per evitare che le vicissitudini successive del rapporto sentimentale tra le parti, o elementi terzi ad esse, interferiscano nei confronti dell'imprescrittibile diritto del minore. Il bene giuridico tutelato è quello dei figli, in definitiva, e la volontà condivisa procreazionale giustifica la determinazione della paternità o della maternità⁴¹⁶.

Ciò nonostante, talvolta detta interpretazione puó risultare controproducente: forzare i legami paterno-filiali di una persona che ha preso parte, in un primo momento, ad un progetto parentale, ma che se ne è subito repentinamente

⁴¹⁶ Susana QUICIOS MOLINA, "Filiación e interés superior del menor", in María del Carmen GARCÍA GARNICA e Nuria MARCHAL ESCALONA (dirs.), Abigail QUESADA PÁEZ, Gisela MORENO CORDERO (coords.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Marcial Pons, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 43-66.

allontanata, potrebbe anche sfociare in un vero e proprio pregiudizio nei confronti del minore. Quando si permetta desumere e spandere il concetto di *consenso* alle tecniche di riproduzione assistita, senza che vi sia né una base documentale né una vera base intenzionale nei comportamenti degli adulti che hanno intrapreso tale decisione, la giurisprudenza del TSJC risulta azzardata, ed il ruolo dei precetti di cui al CCCat rimangono svuotati di quello che era primordialmente la sua natura.

2.1.3. Le tempistiche della manifestazione del consenso e l'eventuale fecondazione *post mortem*

Rispetto alla tempistica per la manifestazione del consenso, gli articoli 235-8 e 235-13 CCCat non indicano un termine nel quale acconsentire alle tecniche, ma dal tenore dell'enunciato si evince che questo debba essere previo al trattamento e, di conseguenza, anche alla nascita, seppur l'espressione "previamente", contenuta nel derogato art. 97.1 CF sia stata rimossa dal vigente CCCat.

Inoltre, le citate sentenze del TSJC del 7.11.2013⁴¹⁷ e del 20.07.2017⁴¹⁸ hanno approfondito la questione, chiarendo che sia sempre necessaria una volontà procreativa previa alla TRA ma che questa possa essere manifestata anche solo oralmente. La prova documentale del consenso, al contrario, può avvenire anche in un secondo momento, valendo così anche la manifestazione dello stesso dinanzi all'ufficiale di Stato Civile, senza confondere la prestazione del consenso, *strictu sensu*, con la documentazione dello stesso⁴¹⁹.

Quando le parti siano in grado di dimostrare la propria intenzione di assumere il ruolo genitoriale prima della tecnica, anche se formalizzato durante la gravidanza o dopo la nascita, i minori nati a seguito di TRA si considerano figli (dell'uomo o) della donna che abbia acconsentito alla tecnica diretta alla procreazione, anche nel caso in cui il riscontro documentale dello stesso sia posteriore al trattamento⁴²⁰.

Il consenso, pertanto, è un elemento presente prima del concepimento. In termini generali, l'efficacia di questo termina al momento di un evento sopravvenuto come è quello della

⁴¹⁷ N. 62/2013.

⁴¹⁸ N. 35/2017.

⁴¹⁹ Sent. 35/2017 (FJ 6°).

⁴²⁰ *Ibidem*, in fine.

morte di una delle due. Può estendersi il valore di detto consenso anche alla fecondazione *post mortem*? I precetti menzionati fanno riferimento espresso a questa pratica limitatamente al caso di coppie di sesso opposto, in termini analoghi a quanto previsto dall'art. 9 LTRHA. Il *Codi Civil* si riferisce infatti al marito (art. 235-8.2 CCCat) e al compagno (art. 235-13.2 CCCat), ammettendo la fecondazione assistita con gameti di questi, dunque solamente in caso di tecniche omologhe, anche dopo la morte. Si tratterà pertanto di filiazione matrimoniale, nel primo caso, e di filiazione non matrimoniale, nel secondo, sempre e quando si rispettino i requisiti di cui all'art. 235-8.2 CCCat⁴²¹. Il riferimento alla moglie o compagna della madre è stato (volutamente?) omissis. Tuttavia, occorre ricordare che la donazione degli ovuli tra partners è una pratica comunemente impiegata. Dalla lettura degli artt. menzionati, nel caso di un trattamento riproduttivo voluto da due donne e con impiego del metodo ROPA, qualora la donatrice di ovuli venisse a mancare, la madre gestante non potrebbe continuare con il trattamento

⁴²¹ Le condizioni imposte sono tre. La prima è che vi sia costanza della volontà espressa del marito, non alle tecniche in generale, ma specificamente alla pratica della fecondazione *post mortem*. La seconda è che si limiti ad un solo tentativo, anche qualora i gameti o gli embrioni disponibili siano un numero superiore. Infine, l'ultima impone un requisito temporale che obbliga ad iniziare il processo riproduttivo entro 270 giorni dalla morte dell'uomo, prorogabili dall'autorità giudiziaria per giusta causa e fino ad un massimo di ulteriori 90 giorni.

neppure qualora la prima avesse espressamente dato il proprio consenso -né espresso né tacito- ad una eventuale riproduzione *post mortem*. Eppure considero che, in questo particolare contesto, vi sia identità del fondamento e mi inclino a favore di una lettura più estesa che offra, anche a coppie di donne, la possibilità di far ricorso alla fecondazione *post mortem*, sottomessa agli stessi requisiti e limiti di cui agli artt. 235-8.2 e 235-13.2 CCCat⁴²².

2.1.4. Revoca del consenso

Da ultimo, dedichiamo una riflessione alle conseguenze che potrebbero derivare dall'estrema "spiritualizzazione del consenso", con speciale riferimento a ciò che potrebbe avvenire in caso di revoca. In un contesto formalista, la revoca espressa sopperisce alla necessità di provare, prima della conclusione della pratica, che la persona abbia cambiato idea e non voglia più seguire con il trattamento, né assumere le

⁴²² Riguardo all'estensione della normativa sulla fecondazione *post mortem*, mi rimetto a quanto detto supra (*vid.* cap. IV par. 3.2.1.c) oltretutto considerando che il CCCat ha unificato, in materia di TRA, il trattamento giuridico riservato sia a coppie sposate che non, senza distinzione in base all'orientamento sessuale dei componenti di questi. A parità di tecniche omologhe e stato civile, sarebbe sensato ammettere l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 235-8.2 e 235-13.2 CCCat, analogamente a quanto auspicato nel contesto dell'art. 9 LTRHA anche a coppie di donne.

conseguenze da questo generate⁴²³. La revoca ha pertanto la funzione di svincolare colui o colei che non voglia continuare un trattamento, prima che questo si sia concretizzato. Invece, in un contesto piú flessibile, la spiritualizzazione del consenso comporta una sorta di volontà tacita della comadre di assumere la filiazione del figlio nato dalla gestante. In un'ottica nella quale è possibile, presuntamente o tacitamente, ricavare un consenso dalla circostanza dei fatti, dovrebbe considerarsi estrapolabile anche la revoca della volontà, in maniera diretta o indiretta. La prova di tale circostanza è sicuramente ardua. D'altronde, ugualmente difficile è dedurre quale sia la volontà di una persona, quando non vi siano documenti che possano attestarla.

Ipotizziamo il caso di una coppia che acceda ad un trattamento riproduttivo, congiuntamente acconsentito (in seguito alla giurisprudenza del TSJC, poco importa se per iscritto o anche solo oralmente presso la clinica). Semmai, in un secondo momento, la madre intenzionale dovesse cambiare idea, o ancora sopravvenisse una crisi di coppia, la madre gestante potrebbe tacere tale circostanza e proseguire con la pratica medica. Il progetto, nato in due, si potrebbe sviluppare in solitaria. In caso di controversia, il giudice sarà chiamato a

⁴²³ Ad esempio, ai sensi dell'art. 3.5 LTRHA, è possibile revocare il proprio consenso prima del trasferimento degli embrioni in caso di IVF.

decidere, sulla base di atti, fatti e comportamenti, se una determinata condotta possa equivalere ad una reale deroga delle proprie iniziali intenzioni, verificandone i presupposti caso per caso. Credo che in assenza di alcun elemento chiaro ed evidente circa la mancata volontà della comadre, la dimostrazione iniziale di volontà prevarrà su un'eventuale revoca implicita da parte del secondo genitore⁴²⁴.

Detto presupposto evidenza, ancora una volta, l'insicurezza giuridica che può derivare dall'interpretazione offerta dal TSJC, all'interno di un sistema giuridico pensato e modellato in maniera nettamente più formale (art. 235-8 e 235-13 CCCat). La deviazione derivata in via giurisprudenziale non è scorretta in sé per sé, ma è inconsistente nel sistema attuale, nel quale l'insieme delle norme non è stato pensato per plasmare un modello non solo intenzionale, bensì "tacito". Proseguire in questa direzione, senza apportare alcun cambio sostanziale ai precetti menzionati, può risultare rischioso.

2.2. Il consenso come (unico) titolo di attribuzione della filiazione derivata da TRA?

⁴²⁴ Credo che, ad ogni modo, il centro di riproduzione assistita debba assumere una parte della responsabilità assicurandosi che il consenso di entrambe le parti sia sempre presente e riconfermato.

È ora d'obbligo una riflessione riguardo al ruolo che riveste il consenso alle TRA. È nota, come anzidetto, che la normativa applicabile in caso di ricorso a procreazione assistita abbia scelto di appartarsi dal criterio realista (o biologico), a favore di uno intenzionale, basato sulla manifestazione di consenso da parte di coloro che accedano a tali servizi riproduttivi. Secondo l'art. 235-3, in relazione con gli arts. 235-8 e 235-13 CCCat, pertanto, il consenso è un titolo autonomo di attribuzione della filiazione⁴²⁵.

Per coppie di donne il legislatore catalano ha previsto esclusivamente il consenso alla TRA quale l'unico fondamento della filiazione⁴²⁶. Tuttavia, l'interpretazione offerta dalla DGRN 2017 commentata al cap. IV par. 2.3.1.d., offre una possibilità ulteriore di determinazione della filiazione, non espressamente prevista dal CCCat, ma che nella pratica è al momento disponibile, ovvero l'iscrizione della seconda maternità senza apportare alcun documento di consenso

⁴²⁵ Valendo anche come prova in giudizio in caso di impugnazione della filiazione, o valido titolo per reclamare la paternità o la comaternità, come stabilito da ultimo dalla STSJC 49/2019. In caso di controversia, gli interessati dispongono di una azione autonoma e potrebbero reclamare la filiazione ai sensi degli art. 235-8 CCCat, in caso di matrimonio, o 235-13 CCCat in assenza di vincolo coniugale, o ancora, nel caso di contestazione, l'impugnazione è prescritta a quanto previsto dagli arts. 235-27.3 e 235-28.2 CCCat. Non sarebbero d'applicazione pertanto gli arts. 235-20 e ss.

⁴²⁶ Salvo la residuale determinazione della filiazione biologica anche in assenza di consenso (art. 235-28.2 CCCat) a cui mi riferirò nel par. seguente.

formale o esplicito. La manifestazione espressa presso gli uffici dello stato civile non dovrebbe trovare applicazione in Catalunya, ma nella pratica registrale si sta verificando. Pare dunque che si possa (erroneamente) prescindere dal consenso espresso e previo (requisito CCCat) e basarsi sulla manifestazione posteriore (disciplina LTRHA alla luce della dottrina della DGRN)⁴²⁷. In questo contesto, il consenso previo alla TRA é sostituito da una manifestazione di consenso diversa da quella stabilita dagli artt. 235-8 e 235-13 CCCat.

Ritengo che il rinvio alla normativa statale sia erronea e, seppur derivi nella medesima conseguenza (la determinazione della comaternità) lo fa in base ad un titolo diverso. Il consenso, in Catalunya, dovrebbe sempre essere apportato in sede di iscrizione della filiazione.

Questo dovrebbe essere l'unico meccanismo legale previsto in caso di TRA anche per coppie eterosessuali. Tuttavia, la coesistenza di vari mezzi di determinazione della filiazione lascia alla volontà dei genitori la facoltà di decidere quale meccanismo legale preferiscano, come la presunzione di paternità o il riconoscimento. Per questi, ritengo che il

⁴²⁷ L'applicazione di questa disciplina discrimina il caso di coppie di donne non sposate, alle quali il CCCat permette determinare la propria comaternità sull'unica base del consenso previo alle tecniche, mentre nel contesto della LTRHA la comaternità é possibile solo per coppie coniugate.

consenso pertanto non operi come titolo autonomo ed esclusivo, poiché il marito o l'uomo non faranno menzione delle tecniche riproduttive impiegate, se non in sede di un'eventuale impugnazione della filiazione⁴²⁸.

2.3. Determinazione della comaternità per contribuzione biologica

Nell'ordinamento giuridico catalano, l'elemento volitivo riveste un ruolo centrale e fondamentale nella determinazione delle relazioni paterno-filiali di individui che ricorrano a TRA. Tuttavia, il consenso non rappresenta l'unico criterio da prendere in considerazione, dato che il vincolo biologico mantiene tuttora una certa importanza e rappresenta un'alternativa anche nel caso di coppie dello stesso sesso, quale eccezione alla regola del consenso (art. 238-28.2 CCCat). Ne sono prova l'impossibilità di impugnare la filiazione qualora vi sia corrispondenza biologica, oppure l'esercizio con

⁴²⁸ Teoricamente, se la gravidanza è frutto di un trattamento riproduttivo, neanche nel seno di coppie eterosessuali dovrebbero trovare applicazione né la presunzione di paternità matrimoniale, né le regole per la determinazione della filiazione non matrimoniale, giacché il consenso è stabilito come unica via di determinazione. José Ramón GARCÍA VICENTE, "Comentari al art. 235-8 CCCat", in Joan EGEA FERNÁNDEZ e Josep FERRER RIBA (Dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.) *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, 2014, pp. 596-599, p. 597.

successo della reclamazione della maternità qualora corroborate dalla corrispondenza genetica, appena menzionate. Si evince così che il *consenso* non è l'unico fondamento della comaternità: anche la *biologia* lo può essere, seppur in maniera secondaria, in un sistema dove tuttora coesistono entrambi.

Infatti, qualora la comaternità non fosse previamente determinata, la biologia può valere come fondamento dell'azione di reclamo della comaternità. Se la filiazione non è stata correttamente determinata per consenso, se gli ovuli impiegati per la fecondazione appartengono alla madre non gestante, questa potrebbe reclamare la filiazione del minore. Nonostante questa possibilità non sia espressamente prevista dal CCCat, ritengo che i tribunali non avrebbero argomenti sufficienti per negare il vincolo tra madre e figlio supportato non solo dall'intenzione ma anche, grazie al metodo ROPA, dalla biologia⁴²⁹.

Questo dimostra che nell'ordinamento giuridico catalano, l'elemento volitivo riveste un ruolo centrale e fondamentale nella determinazione delle relazioni paterno-filiali di individui

⁴²⁹ Riferendosi al contesto di cui all'art. 7.3 LTRHA, è della stessa opinione, Ricardo DE LA ROSA FERNÁNDEZ, *La filiación en las parejas homoparentales*, Bosch editor, 2020, p. 419.

che ricorrano a TRA. Tuttavia, il consenso non rappresenta l'unico criterio da prendere in considerazione, dato che il vincolo biologico mantiene tuttora una certa importanza e rappresenta un'alternativa anche nel caso di coppie dello stesso sesso, quale eccezione alla regola del consenso. Ne sono prova l'impossibilità di impugnare la filiazione qualora vi sia corrispondenza biologica (*cfr. infra* par. 2.4.1.), oppure l'esercizio con successo della reclamazione della maternità qualora corroborate dalla corrispondenza genetica, appena menzionate. Si evince così che il *consenso* non è l'unico fondamento della comaternità: anche la *biologia* lo può essere, seppur in maniera secondaria, in un sistema dove tuttora coesistono entrambi.

2.4. Impugnazione della filiazione

Mentre il Codice Civile spagnolo tace rispetto agli eventuali casi di impugnazione della filiazione risultante da TRA, che ritroviamo solo parzialmente disciplinato nella LTRHA⁴³⁰, il CCCat impedisce esplicitamente che prosperino tali azioni di stato qualora sia intervenuto un trattamento riproduttivo.

⁴³⁰ Come visto *supra*, l'unico precetto che riguarda espressamente l'impugnazione in casi di trattamenti riproduttivi è l'art. 8 LTRHA per il marito (comma 1) o il compagno (comma 2), nulla indicando nei confronti della comadre.

In maniera sicuramente piú corretta e sistematicamente piú adeguata rispetto al quanto esposto al cap. IV par. 2.2.4., in Catalunya, in occasione di un possibile disconoscimento della filiazione, si distingue tra a) l'impugnazione della filiazione per mancanza di coincidenza biologica (art. 235-23 CCCat in caso di filiazione matrimoniale e art. 235-26 CCCat in caso di filiazione non matrimoniale), e b) impugnazione del titolo costitutivo della filiazione (art. 235-27 CCCat). Vediamole entrambe.

2.4.1. Impugnazione della filiazione per mancanza di coincidenza biologica

Nel primo caso, occorre dimostrare il mancato vincolo con il minore, ammettendo a tal fine qualsiasi tipo di prova, ma tale azione è espressamente preclusa in caso di TRA se questa è stata acconsentita (235-28.2 CCCat), pertanto le azioni di cui agli artt. 235-23 e 235-26 non troveranno qui applicazione. Ma non è tutto. Riveste la categoria di inimpugnabile anche la filiazione determinata a favore del genitore biologico del minore, nonostante la mancanza del consenso (art. 235-28.2 *in fine* CCCat). Tale circostanza è stata sicuramente pensata per casi di coppie di sesso opposto, eppure può essere altresí applicabile anche a quello di ricorso al metodo ROPA in coppie

di donne, dove la comadre, per aver contribuito con i propri ovuli, è altresí geneticamente vincolata al nascituro e pertanto non potrà impugnare la filiazione risultante nemmeno in assenza di consenso, poiché vi è un vincolo biologico tra la persona nata e la comadre⁴³¹. In definitiva, quanto previsto dall'art. 235-28.2 CCCat è volto a impedire che la madre gestante possa impugnare la filiazione della madre non gestante che abbia donato i propri ovuli e la cui filiazione sia stata correttamente iscritta presso il registro dello stato civile⁴³².

Il menzionato precetto, a mio avviso, può essere problematico qualora il consenso della comadre (donatrice di ovuli) sia stato revocato. In questa circostanza, nonostante la volontà della comadre sia venuta a mancare, se la madre gestante dovesse comunque portare a termine la gravidanza, la madre non

⁴³¹ L'azione sarebbe parimenti inibita giacché è impossibile portare a termine una tecnica ROPA senza il consenso della donatrice di ovuli e dunque la volontà manifestata basterebbe per determinare la comaternità ai sensi degli art. 235-8 o 235-13 CCCat, senza dover dimostrarne il vincolo genetico. Inoltre, data la tecnicità medica della pratica, si ricorda che il metodo ROPA è disponibile solo presso i centri autorizzati -escludendo dunque possibili inseminazioni domestiche-, pertanto si può affermare che questo avvenga sempre in un contesto nel quale, per il tipo di procedura da seguire, è sempre e comunque necessario il consenso di entrambe le donne.

⁴³²

gestante non potrebbe impugnare la filiazione⁴³³. In detta ipotesi, il “residuo” peso della biologia può risultare controproducente.

Negli ordinamenti che invece si basano esclusivamente ed unicamente sul consenso, l’impugnazione della filiazione non sarebbe mai ostacolata dall’elemento biologico e ritengo che sia una soluzione più coerente per la filiazione derivata da TRA⁴³⁴. Ciò non significa che la biologia non debba ostentare alcun valore: in caso di aver prestato il proprio ovulo, la biologia potrebbe valere come prova di un consenso tacito, ma non ritengo che dovrebbe influire “ad ogni costo”. Nei casi di revoca, considero che l’elemento volitivo dovrebbe prevalere su quello biologico.

2.4.2. Impugnazione del titolo costitutivo della filiazione

Qualora si voglia impugnare il titolo di determinazione della filiazione, l’azione di disconoscimento non ha a che vedere con la verità biologica ma con la solidità del mezzo impiegato. Le

⁴³³ Probabilmente alla madre non gestante non resterebbe che esercitare l’azione per il risarcimento del danno per mala praxis.

⁴³⁴ Opta per una soluzione diametralmente opposta il legislatore argentino (*cf. infra* par. 3.4.)

azioni di cui agli arts. 235-23 e 235-26 CCCat, da una parte, e quella prevista dal 235-27 CCCat, dall'altra, sono pertanto autonome e con fondamenti giuridici distinti tra loro. Approfondiamo quest'ultima, che è l'unica che ha a che vedere con la volontà -e non con la biologia- e che potrebbe prosperare in caso di ricorso a riproduzione assistita, qualora abbiano mediato violenza, intimidazione o dolo, o qualora sia mancata la capacità giuridica per farlo.

L'azione di cui all'art. 235-27 CCCat è volta ad invalidare la determinazione di una filiazione stabilita in maniera irregolare, senza pregiudicarne l'eventuale coerenza con il vincolo biologico. Nonostante il precetto si riferisca espressamente alla "paternità", secondo un'interpretazione analogica il precetto sarebbe applicabile anche ai casi di comaternità⁴³⁵. Lo scopo dell'azione è quello di contestare uno specifico titolo, sia perché non si è formato in modo esatto, sia

⁴³⁵ L'art. 235-27 fa espresso riferimento al riconoscimento, ma dato che ha per oggetto i vizi del consenso, è applicabile anche al caso di TRA che tratta il consenso quale titolo di determinazione della filiazione, come stabilisce il terzo comma del precetto. Con speciale riguardo ai casi di comaternità, la dottrina considera conveniente sostituire la referenza "impugnazione del riconoscimento della paternità", a favore di una dicitura più ampia, "impugnazione del riconoscimento della filiazione", inclusiva dell'eventuale contestazione da parte della madre non biologica. Esther FARNÓS AMORÓS, "Comentari a l'article 235-27. Impugnació del reconeixement de la paternitat", in Joan EGEA FERNÁNDEZ e Josep FERRER RIBA (Dir.) e Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al Llibre... op.cit.*, p.664.

perché nella sua formazione ha interferito qualche vizio della volontà, sia perché affetto da invalidità. Come regola generale, quindi, non si mette in discussione la realtà (corrispondenza biologica) della filiazione determinata attraverso di essa⁴³⁶.

Qualora la comadre abbia acconsentito al trattamento per errore, violenza, intimidazione o dolo (vizi del consenso), o qualora le fosse mancata la capacità giuridica per farlo (difetto di capacità), l'azione prevista ai sensi dell'art. 235-27 CCCat potrebbe prosperare se fatta valere nel termine di due anni, contando come *dies a quo* la maggiore età o la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione nel caso di incapacità; dal riconoscimento o dalla prestazione del consenso in caso di errore, o, negli altri casi di vizi del consenso, da quando sia cessata la condotta illecita⁴³⁷.

⁴³⁶ M.^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA, "Comentario Artículo 235-27", in Encarnación Roca Trías, Pascual Ortuño Muñoz, *Código Civil de Cataluña. Comentarios. Libro II. Persona y Familia*, Sepín, 2011, p. 1102.

⁴³⁷ L'art. 235-27.2, *in fine*, prevede altresì che la legittimazione attiva per esercitare l'azione si trasmetta anche ai discendenti e agli eredi. Rispetto all'impugnazione della filiazione, è bene ricordare, che già il *Código de Familia* dell'anno 1998 aveva ridotto i termini di decadenza dell'azione di stato di impugnazione della paternità da quattro a due anni, riflettendosi nell'odierno art. 235-26.1 CCCat, elemento che sottolinea un indebolimento del principio di verità biologica a favore di altri principi costituzionali come quelli di sicurezza giuridica (art. 9.3 CE) e di protezione integrale della famiglia e, specialmente, dei minori.

Infine, nonostante non si indichi espressamente, ritengo altresí impugnabile la filiazione determinata in assenza assoluta di consenso, rispetto al concepimento avvenuto senza l'ausilio di TRA o con l'impiego di una TRA diversa da quella pattuita, come nei casi illustrati al cap. IV par. 3.2.5.b) ai quali rimando.

Le circostanze del caso verranno soppesate alla luce dei principi di sicurezza giuridica e di pace familiare, come dimostrano i brevi termini di decadenza. Una volta trascorsi i termini che il legislatore ha considerato sufficienti per consolidare le relazioni tra genitori e figli, il principio del *favor filii* e della sicurezza giuridica dei rapporti familiari rinforzate dal tempo risulta adeguato al fine di ponderare gli interessi in gioco di tutte le parti e consolidare tali indissolubilmente legami.

3. La comaternità nel *Código Civil y Comercial de la Nación* (Argentina)

Dopo l'entrata in vigore del matrimonio *igualitario* in Argentina⁴³⁸, la dottrina avvertiva che la regolazione della

⁴³⁸ *Ley de Matrimonio Igualitario* 26.618, del 15 luglio 2010 (BO del 22 luglio 2010).

TRA, e conseguente quadro normativo per la filiazione dei nati grazie a tali pratiche, non poteva farsi attendere⁴³⁹.

Così come nel *Código Civil* originario, del 1871, l'unica fonte filiale era la filiazione per natura o biologica, e solo nel 1948 il diritto argentino ha introdotto la filiazione adottiva, attualmente, con l'entrata in vigore del *Código Civil y Comercial de la Nación* (d'ora in avanti, CCyC)⁴⁴⁰, le specificità derivate da TRA sono state considerate tali da giustificare l'introduzione di una terza fonte filiale, con principi e regole propri e racchiusti nella nozione di «volontà procreazionale»⁴⁴¹. Al

⁴³⁹ Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, "Matrimonio, orientación sexual y familia. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", *La Ley*, 4.06.2010.

⁴⁴⁰ Approvato il 1° ottobre 2014 mediante legge n.° 26 994, (*Boletín Oficial* 8 ottobre 2014). In vigore dal 1° agosto 2015.

⁴⁴¹ Marisa HERRERA, "Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino", *Revista de Antropología Social*, Vol. 27, n. 2, 2018, p. 354. L'introduzione di questa nuova categoria filiale è basata su tre pilastri. 1) Principio di pluralità, inteso come apertura nei confronti di vari tipi di famiglie esistenti, tra cui quelle formate da persone dello stesso sesso, 2) Principio di autonomia, materializzato nella volontà procreativa quando il vincolo filiale derivi da TRA, 3) Principio di solidarietà, come valore protettivo della filiazione e dei diritti e doveri da essa derivati. Adriana KRASNOW, "Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, pp. 69-84, p. 74. Anche dal punto di vista del diritto internazionale privato, si sottolinea come il principio alla base dei conflitti che possono sorgere, e che sorgeranno in via giudiziale, dovranno sempre cercare di essere risolti a favore della filiazione dei nati da TRA e voluti dai loro genitori intenzionali. Luciana Beatriz SCOTTI, "La filiación internacional en el nuevo Código Civil

contrario di quanto prescritto dagli art. 108 CC e 235-1 CCCat, la soluzione argentina ha optato per un trinomio, distinguendo tra filiazione naturale, adottiva e per tecniche di riproduzione assistita, equiparati tra loro in quanto agli effetti giuridici da esse scaturiti (art. 558 CCyC). Le tecniche di riproduzione assistita vantano, in questo ordinamento giuridico, una prerogativa inesistente negli ordinamenti esaminati sino ad ora: è un titolo a sé stante, basato su regole proprie e pertanto idonee a soddisfare le caratteristiche di un sistema di filiazione *sui generis*. Al contrario, questa continua ad essere assimilata quale “filiazione naturale” nei contesti esaminati *supra*, come quello spagnolo o catalano, nei quali si contrappone alla filiazione naturale solo quella adottiva, mantenendo un sistema di filiazione a doppio binario.

3.1. I requisiti della comaternità nel CCyC

3.1.1. La *voluntad procreacional*

Grazie alla triplice ripartizione prevista dall’art. 558 CCyC, si è aggiunto un titolo costitutivo della filiazione nuovo, autonomo, con aspetti propri rispetto ai due *cd.* “tradizionali”.

de la República Argentina”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, giugno 2015, p. 101.

Oltre a prevedere un terzo binario tra le fonti della filiazione, l'articolo 562 CCyC è rubricato *Voluntad procreacional*. Il legislatore argentino ha introdotto un concetto innovativo al quale vincolare e attribuire la filiazione: la volontà procreativa.

“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del *hombre* o de la *mujer* que también ha prestado su *consentimiento previo, informado y libre* en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”

Dato che il CCyC conferisce alla “*voluntad procreacional*” la condizione di fonte della filiazione in caso di TRA, il vincolo genetico con il minore diviene irrilevante qualora non risulti una reale intenzione in tal senso⁴⁴². Di conseguenza, la realtà

⁴⁴² Mariana DE LORENZI e Lorena CAPPELLA, “Instrumentación de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las ‘TRHA domésticas’”, *Congreso Internacinal de Derecho de las Familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y Derecho al propio cuerpo. Robótica persona*. Argentina, 9-11.08.2018, pp. 1-8. <https://docplayer.es/94725237-Comision-2-ponencia-instrumentacion-de-la-voluntad-procreacional-como-fuente-de-la-filiacion-en-las-trha-domesticas-autoras.html> (ultimo accesso 30.09.2020). Le autrici giungono alla stessa conclusione anche in caso di inseminazione domestica.

ha reso necessaria una “desbiologización y/o desgenetización” della filiazione, a favore di una parentalità volontaria⁴⁴³.

Al momento della nascita, dunque, in caso di un progetto parentale di coppia, ogni minore ha diritto alla determinazione di due genitori⁴⁴⁴, indipendentemente dall’orientamento sessuale di questi, definendo così un diritto all’identità *statica* – elemento genetico o biologico – e altresì all’identità *dinamica* – elemento intenzionale⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Eleonora LAMM, “La importancia de la voluntad procreacional..”, *op. cit.* p. 81.

⁴⁴⁴ Fino ad un massimo di due, art. 558 CCyC, in fine. Ciò nonostante, in via amministrativa, i tribunali argentini hanno riconosciuto, per la prima volta nell’anno 2015, la filiazione nei confronti di tre persone. (23.04.2015 Registro Provincial de las personas de La Plata, Buenos Aires). <https://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKBN0NF21G20150424?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>. Per un approfondimento, *vid.* Emiliano LETARDO et al., “Múltiple filiación en Argentina: ampliando los límites del parentesco”, *Rev. Boliv. de Derecho* N° 27, gennaio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393. Da ultimo, la sentenza n. 659/18 del Juzg.Civil en Familia y Sucesiones del 7 febbraio 2020, affronta un caso singolare perché i giudici hanno riconosciuto la tripla filiazione ad un minore, nonostante non fossero state impiegate tecniche riproduttive, né presso un centro né quale inseminazione domestica. <https://www.clarin.com/sociedad/fallo-historico-nena-padres-madre-dividiran-responsabilidades-0-w8LhltF.html?fbclid=IwAR3ZAMu-WESZjTPNYD7eKl0Y-6-zH7kFVSiivv17UOZNGWs1okMTVMgEJ1g> (ultimo accesso 30.09.2020). La dottrina avverte che i casi di filiazione tripla sono presenti nel panorama contemporaneo che ci circonda e che la risposta del legislatore, così come dei giudici, deve rispondere all’esigenza di un diritto più inclusivo e rispettoso delle diverse identità familiari che si possano presentare. Marisa HERRERA, “Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 85, luglio 2018, pp. 149-162, p. 162.

⁴⁴⁵ Mariana RODRÍGUEZ ITURBURU, “La externalización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de

Il quadro normativo in materia di consenso e volontà procreativa come elemento strutturale e strutturante della filiazione derivata da TRA si compone di una moneta a due facce⁴⁴⁶, inscindibili tra loro, quali 1) la faccia interna, come lo è la volontà -discernimento, intenzione e libertà- di procreare e 2) la faccia esterna, plasmata nel conseguente consenso informato, entrambi regolati in due corpi legali anch'essi inseparabili nell'ordinamento giuridico argentino come lo sono il CCyC e la legge 26.862 di *Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Asistida*⁴⁴⁷. La concorrenza di entrambi, come vedremo, oltre a determinare la filiazione rispetto a chi abbia acconsentito, gli conferisce la condizione di inimpugnabile (art. 577 CCyC).

A cosa corrisponde esattamente la volontà procreazionale di cui parla il Codice argentino? Il suo contenuto venne dapprima definito come il desiderio o l'intenzione di creare una nuova vita, dargli affetto, assumere le responsabilità relative alla sua educazione e crescita, per cui l'elemento intenzionale è

reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la nación”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 68, marzo 2015, pp. 121 - 152, p. 127.

⁴⁴⁶ Marisa HERRERA, “Conflictos contemporáneos en Técnicas..”, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁴⁷ Decreto 956/2013, *Boletín Oficial* del 23 luglio 2013.

decisivo⁴⁴⁸. Tale volontà verrà plasmata, come indica la legge 26.862, nel documento di consenso informato: “*El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad.*”⁴⁴⁹. Tralasciando la determinazione della filiazione a favore della gestante in virtù del principio *mater semper certa est* (art. 565 CCyC), parimenti a ciò che avviene in Catalunya⁴⁵⁰, il consenso prestato all’impiego della tecnica da parte di *colui* o *colei* che abbia, assieme alla madre gestante, scelto di partecipare al progetto parentale comporta la rispettiva e diretta attribuzione della paternità o comaternità, ai sensi dell’art. 562 CCyC.

In Argentina, i centri di fertilità hanno il compito di recepire la

⁴⁴⁸ Andrés GIL DOMINGUEZ, Maria Victoria FAMÁ, Marisa HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, Vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 833 e ss.

⁴⁴⁹ Art. 7 legge 26.862. Il consenso da cui deriva la filiazione, ad ogni modo, è determinato dagli arts. 560 e ss del CCyC. Al contrario, la sistematica legale adottata dalla LTRHA è stata quella di disciplinare, mediante la medesima *ley*, sia il consenso inteso quale consenso informato, sia il consenso quale mezzo di determinazione della filiazione per la gestante, il marito, il compagno, o la moglie (Arts. 3, 5, 6, 7, 8 LTRHA).

⁴⁵⁰ . Infatti, confrontando gli articoli 235-8 e 235-13 CCCat, da una parte, e l’art. 562 CCyC, dall’altra, si evidenzia una forte similitudine tra i due sistemi.

volontà dei soggetti ai sensi dell'art. 560 CCyC⁴⁵¹. Rispetto alla possibilità di revocare il proprio consenso, si indica che questo vada rinnovato ogni volta che si proceda all'utilizzo di gameti o embrioni (art. 560, *in fine* e art. 561 CCyC), possibile fino al momento precedente all'impianto di questi nel corpo della donna⁴⁵², in linea con la posizione maggioritaria, adottata in tutti i corpi di legge esaminati sinora. Infatti, l'esigenza di reiterare la propria volontà, implica il potere della persona di rifiutare di prestarlo, vale a dire direttamente di non acconsentire alla tecnica e ancor più, se lo ha già fatto, di revocare tale manifestazione di volontà fino a prima del concepimento (o nidificazione all'interno del corpo della persona nei casi di TRA di bassa complessità) o di impianto dell'embrione nell'utero (art. 561 del CCyC, *in fine*). Precisamente, intendere che la volontà procreazionale, concretizzata nel consenso informato, sia la colonna vertebrale della filiazione derivata dalle TRA, comporta l'importanza che tale manifestazione sia circondata dalla massima libertà possibile: l'esigenza di un consenso attuale e, al tempo stesso, la possibilità di revocarlo fino al momento previo al

⁴⁵¹ Analogamente ai moduli offerti in materia di consenso informato dalla SEF, menzionata sopra, questi sono messi a disposizione anche dalla *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida* (REDLARA).

⁴⁵² Marisa HERRERA, Eleonora LAMM, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", *LA LEY* 2013-D, Año LXXVII N. 140, del 31/07/2013, p.1037.

trasferimento, paiono pertanto decisioni legislative essenziali nel rispetto di tale libertà⁴⁵³.

3.1.2. Forma del consenso

Rispetto alla forma del consenso, l'art. 561 CCyC prevede che tale volontà debba contenere i requisiti previsti dalle disposizioni speciali (legge 26.862), ai fini di una successiva registrazione presso un notaio (*escribano público*) o un certificato presso l'autorità sanitaria competente (*certificación ante la autoridad sanitaria*). Il consenso è liberamente revocabile fino a quando non si sia verificato il concepimento nella persona, la madre gestante, o l'impianto dell'embrione. Il consenso, previo, informato e libero richiesto dalla suddetta norma, deve essere presentato all'atto dell'iscrizione alla nascita, mediante il quale il Pubblico Ufficiale procede all'archiviazione la documentazione per l'iscrizione nel registro dello Stato civile e della capacità delle persone⁴⁵⁴. L'atto di registrazione deve contenere il documento che registra il consenso, in originale, sottoscritto da coloro che sono sottoposti alla TRA e conferiscono il loro consenso, il o i medici

⁴⁵³ Marisa HERRERA, "Conflictos contemporáneos en Técnicas..", *op. cit.*, p. 365.

⁴⁵⁴ Registro creato a tal proposito dalla *Resolución 2190-E/2016* del 6 dicembre 2016, relativa al *Programa Nacional de Reproducción Medicamentosa Asistida - Crease*, Ministero della salute (BO del 13 dicembre 2016).

interessati e il direttore medico o responsabile dello stabilimento sanitario debitamente autorizzato⁴⁵⁵.

Vale a dire che il consenso manifestato presso la clinica di fertilità risulta necessario ma insufficiente, qualora non venisse svolta una successiva operazione di protocollazione o certificazione. Data l'importanza del consenso alle TRA, colonna vertebrale della filiazione da essa derivata, il legislatore argentino ha voluto derivare una parte di "responsabilità" ad organi competenti, un doppio controllo per garantire che tale assunzione di paternità/maternità rispetti le formalità che la legge esige. A tal fine, é possibile usufruire della certificazione gratuita presso i centri autorizzati, che non necessariamente sono quelli dove è stato svolto il trattamento⁴⁵⁶, oppure procedere alla protocollazione del consenso dinanzi al notaio⁴⁵⁷. La certificazione o la

⁴⁵⁵ Art 1 e 2 *Disposición* n° 121 del 29 dicembre 2016 della *Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas* del 29 dicembre 2016 e pubblicata il 6 gennaio 2017 per la provincia autonoma di Buenos Aires.

⁴⁵⁶ *Resolución* 616-E/2017 del 22 maggio 2017, relativa a *Tratamientos con Técnicas de Reproducción Humana Asistida - Texto de Consentimiento*, Ministero della salute, (BO del 26 maggio 2017); *Disposición* n° 121 del 29 dicembre 2016 relativa a *Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*.

⁴⁵⁷ Secondo alcuni, è lo strumento preferibile per constatare la capacità delle parti, così come per dar fede a data e contenuto, prerogative insite alla professione notarile la garanzia dell'imparzialità del notaio, e rendere l'atto irrevocabile dalla stesura dello stesso. Maria Laura LEMBO, "Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial Intervención notarial", *Revista del Notariado*, 925, gennaio 2017.

protocollo si potranno eseguire una volta concepito il figlio, così da poter identificare il nascituro, e dato che il CCyC tace rispetto al limite temporale, si protende per un'interpretazione ampia e "pro iscrizione", permettendo agli interessati di promuovere la formalizzazione dell'atto sino al momento della nascita⁴⁵⁸.

Tale procedimento, formalizzato in un modo o nell'altro, è necessario per iscrivere la filiazione ai sensi dell'art. 562 CCyC. In caso di coppie di donne, l'Ufficiale richiederà sempre e comunque il consenso per procedere all'iscrizione del minore⁴⁵⁹, mentre in seno a coppie di sesso opposto, non vi è maniera di controllare se la gravidanza sia stata frutto di una TRA oppure no, senza violare il diritto all'intimità degli interessati⁴⁶⁰, analogamente a quanto accade nel contesto spagnolo e catalano.

⁴⁵⁸ C.A.T.H.R.A.(COMISIÓN ASESORA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA), *El ABC de la inscripción de nacimiento de niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida*, disponibile qui: <http://www.samer.org.ar/pdf/Consid-generales%20sobre%20la%20inscripcion%20de%20nacimiento%20de%20ninos%20TRHA.pdf> (ultimo accesso 4.12.2019).

⁴⁵⁹ Natalia DE LA TORRE, "Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación", *RJUAM*, n.º 35, 2017-I, pp. 323-344, p. 334 e 336.

⁴⁶⁰ In questa circostanza, questi potranno pertanto decidere di palesare il metodo di concepimento, oppure ricorrere a meccanismi stragiudiziali di determinazione della filiazione, quali, ad esempio, il riconoscimento o la presunzione di paternità. Tuttavia, vid. il ruolo della presunzione di comaternità potrebbe ribaltare quanto appena affermato (*cfr.* par. successivo).

Mentre da parte il legislatore argentino ha impostato un vero e proprio regime autonomo di determinazione della filiazione del consenso, questo non ha specificato nulla circa il possibile impiego della fecondazione *post mortem*⁴⁶¹, non solo nei confronti della comadre ma in generale della persona che ha prestato il proprio consenso. La mancanza di una regolamentazione in materia è stata limitatamente affrontata solo in via giurisprudenziale⁴⁶², concedendo in via eccezionale l'estrazione del materiale genetico del defunto o l'utilizzo del materiale genetico già conservato. Ciò nonostante, gli interrogativi sono tuttora numerosi e la scarsa giurisprudenza presente punta in una direzione diversa rispetto alla dottrina

⁴⁶¹ Nonostante, in un primo momento, fosse stata inclusa nel progetto di riforma del CCyC, con riferimento unicamente all'embrione già creato (art. 563). Marisa HERRERA, "Un debate complejo. La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada", *Rev. IUS*, vol.11 n.39, ene/jun 2017, p. 8.

⁴⁶² Si sono individuati cinque casi, tutti riguardano coppie eterosessuali. Dei cinque precedenti, due di essi implicano in via preliminare l'autorizzazione giudiziaria di estrazione di gameti *post mortem*; in altri due, il materiale genetico era già stato prelevato in occasione di procedure di TRA ed il decesso avviene successivamente; solo in uno solo di essi erano presenti embrioni costituiti da materiale genetico della persona deceduta e ovulo donato. (1) "G., A. P." Tribunal Familiar n. 3 Morón, 21 novembre 2011; (2) "K. J. v. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo" Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil n. 3, 3 novembre 2014; (3) "S., M. C. s. Medida autosatisfactiva", Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, 07 agosto 2014; (4) "A., C. v. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre S/ Amparo", Juzgado Civil, Com., Lab. y de Minería N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30 dicembre 2015; (5) "N. O. C. P. s/Autorización" Juzgado Nacional Civil N° 87, 5 maggio 2016.

che, seppur favorevole alla sua regolamentazione, rimane scettica nei confronti di autorizzazioni *post mortem* senza limiti né temporali né morali⁴⁶³. In teoria, la lacuna normativa presente potrebbe indicare due cose. Da una parte, dato il ruolo centrale del consenso, che questo possa comprendere situazioni presenti e future e pertanto, se espressamente possibile, rendere possibile la fecondazione post mortem. Dall'altra parte, la mancanza totale di disciplina indicherebbe l'impossibilità di ricorrere a questa pratica, tanto meno nel seno di coppie di donne, specialmente considerando che non risulti un consenso attuale né una manifestazione di volontà onnicomprensiva di eventuali situazioni future, in un sistema basato sulla intenzionalità della genitorialità e strettamente vincolato ad esso. In pratica, tuttavia, pare che i giudici non ne siano così convinti e potrebbe prevalere la prima ipotesi.

3.2. La presunzione di comaternità ed i suoi limiti

Affianco al consenso quale nucleo centrale della disciplina della filiazione per TRA, il CCyC ha introdotto una presunzione *iuris tantum* di paternità e *comaternità*, filiazione matrimoniale prevista ai sensi dell'art. 566 CCyC secondo cui,

⁴⁶³ Marisa HERRERA, "Un debate complejo...", *op.cit.*, p. 12.

salvo prova contraria, si presumono figli del coniuge o *della coniuge* i nati dopo la celebrazione del matrimonio e fino a trecento giorni dopo la presentazione della domanda di divorzio o di nullità del matrimonio, della separazione di fatto o di morte. L'articolo stabilisce espressamente che la presunzione non si applica alle tecniche di riproduzione umana assistita se il coniuge o la coniuge non ha fornito il consenso previo, informato e libero di cui sopra.

Tuttavia, si nota come da una parte la determinazione della filiazione per TRA (art. 562 CCyC), rappresenta una garanzia per coppie di donne che vogliano *legalmente* avere una famiglia, e obbliga queste a portare a termine il trattamento presso una clinica autorizzata e a presentare, in sede di iscrizione della filiazione, il consenso alla pratica medica. Ma dall'altra, rimane possibile, in assenza di detta manifestazione di volontà, determinare la comaternità di entrambe le donne ai sensi dell'art. 566 CCyC.

Se una persona non ha manifestato la propria volontà procreativa mediante il corrispondente consenso formale, libero, previo e informato, e si trova sposata con la donna che ha dato alla luce, opera *ex lege* la presunzione di paternità o

comaternità⁴⁶⁴. Detta disciplina rappresenta un mezzo di determinazione della filiazione in qualsiasi contesto: la presunzione sarà applicabile tanto quando sia impossibile presentare detto documento (poiché, ad esempio, la gravidanza è stato frutto di un'inseminazione domestica oppure di una relazione sessuale), quanto anche in caso di reale ricorso a TRA, qualora non si possa apportare il consenso richiesto dall'art. 562 CCyC (quindi sia in caso aver fatto uso di tecniche riproduttive presso una clinica autorizzata, ma senza aver firmato il dovuto consenso, sia qualora questo non sia stato protocollato o certificato, o ancora quando la coppia decida di non voler presentare, per scelta, il documento che racchiude la volontà della comadre).

Di conseguenza, nel caso in cui il consenso informato non venga presentato all'Ufficiale di Stato Civile, la comaternità non è preclusa se la coppia è sposata: si stabilisce la filiazione come se fosse biologica -nonostante sia ovvio o verosimile che sia stata frutto di ricorso a TRA-, perché, in base al principio di uguaglianza e di non discriminazione, anche per coppie dello stesso sesso si applica la presunzione della filiazione

⁴⁶⁴ Marisa HERRERA, "Comentario al art. 566", in Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro segundo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2015, pag. 291-294.

matrimoniale di cui all'art. 566 CCyC⁴⁶⁵. Al momento dell'iscrizione della nascita, è pertanto possibile che le coppie omettano, per scelta o per necessità, di aver fatto ricorso a tecniche riproduttive, procedendo alla registrazione del minore come se fosse una filiazione naturale e non filiazione per TRA, parimenti a quanto plausibile in seno a coppie eterosessuali⁴⁶⁶. È da notare che tale opzione resta fruibile per determinare la comaternità in altri casi – come la riproduzione sessuale oppure l'inseminazione domestica-, salvo la possibile impugnazione della filiazione risultante, come si vedrà nel paragrafo successivo. Pertanto, il consenso come titolo di determinazione della filiazione, seppur valido per qualsiasi tipo di coppia e qualsiasi sia l'orientamento sessuale dei suoi

⁴⁶⁵ Nel caso di separazione, l'art. 567 specifica che la filiazione può essere iscritta come matrimoniale a favore di entrambe le donne se da queste acconsentito. In questo contesto però, il consenso della comadre alla TRA sarà imprescindibile.

⁴⁶⁶ Nel 2016, nella città di Buenos Aires, solo 161 bambini sono stati iscritti dichiarando espressamente di aver fatto ricorso a TRA (non si menziona il sesso dei genitori, ma si trattava verosimilmente coppie eterosessuali), mentre si stimano almeno 1900 nascite nello stesso anno nella capitale del Paese. Daniela HACKER, "Identidad oculta: los padres no informan al Registro Civil un dato fundamental", infobae.com, 1 giugno 2017, <https://www.infobae.com/tendencias/2017/06/01/identidad-oculta-los-padres-no-informan-al-registro-civil-un-dato-fundamental/> (ultimo accesso 10.12.2019).

In questo modo, le coppie di sesso opposto evitano di dover presentare la documentazione richiesta, ma potrebbero sorgere problemi in sede di impugnazione della filiazione. È opportuno considerare infatti che, al di là delle formalità dell'iscrizione, non vi sono conseguenze negative di alcun altro genere. La fonte del concepimento non viene infatti menzionata nell'atto di nascita (559 CCyC).

membri, risulterà imprescindibile solo per coppie di donne non sposate, poiché quelle sposate potranno, salvo quanto si dirà in sede di impugnazione, portare a termine legalmente il loro progetto parentale anche senza ricorrere all'art. 562 CCyC.

Il perchè dell'introduzione di diversi meccanismi legali per la comaternità nel CCyC non è chiaro, seppur sia una soluzione adottata anche in altri ordinamenti⁴⁶⁷. Tuttavia, la risposta più coerente è che, nonostante sia stata prevista una via principale per determinare la filiazione rispetto a due donne che hanno fatto uso di TRA, si è scelto di lasciare aperta la porta ad altre alternative, senza che una escluda l'altra. Infatti, le tre vie previste dall'art. 558 CCyC possono sopperire alla finalità che ricercano le coppie formate da due donne che vogliono essere determinate legalmente madri. La filiazione di entrambe si potrà determinare per presunzione di comaternità (art. 566 CCyC), per consenso quando siano state impiegate tecniche riproduttive (art. 562 CCyC) o per adozione (art. 619 CCyC⁴⁶⁸). In definitiva, se la finalità ultima del legislatore è stata quella di determinare, in un modo o nell'altro, la maternità a favore

⁴⁶⁷ La presunzione di comaternità in Argentina è un'opzione secondaria di determinazione della filiazione giacché si specifica che "non dovrebbe operare in caso di ricorso a TRA. Anche negli USA ritroveremo la medesima disciplina (*cf.* Cap VI par. 2.1.2.). Al contrario, negli ordinamenti esaminati al cap III, la presunzione è il meccanismo principale di determinazione della comaternità per TRA.

⁴⁶⁸ Questa potrà essere, a sua volta, piena, semplice o di integrazione.

di due donne, credo che l'obiettivo sia stato raggiunto, nonostante manchi fare chiarezza sulla natura della presunzione di cui all'art. 566 CCyC. Se questa risponde ad una *presunzione di consenso* alle tecniche riproduttive, e non ad una vera e propria "finzione legale" che prescinde dal vincolo biologico tra comadre e minore, mi sembra una scelta appropriata, che potrebbe prendere in considerazione anche il legislatore catalano. La presunzione di comaternità risponde all'esigenza di instaurare un rapporto di filiazione anche con la comadre a partire dal momento della nascita e garantisce maggior sicurezza giuridica rispetto al minore ed alla madre intenzionale (*cfr.* Cap III par. 4).

3.3. Limiti alla determinazione della comaternità

Come peculiarità del sistema argentino, occorre menzionare che al coniuge o alla coniuge è riservata la possibilità di disconoscere rispettivamente la paternità e la maternità che opererebbe *ex lege* ai sensi dell'art. 566 CCyC, ancor prima della nascita del minore, impugnando preventivamente la filiazione del nascituro (art. 592 CCyC). Vero è che tale disconoscimento anticipato non opera in caso di consenso alle tecniche, ma qualora detto consenso non venga certificato o

protocollato, la madre intenzionale potrebbe sottrarsi dal progetto parentale iniziato con la propria compagna. Allo stesso modo, godrebbe di legittimazione attiva anche la gestante o qualsiasi persona che dimostri avere un interesse legittimo, come potrebbe essere il padre biologico.

L'azione preventiva ha lo scopo di impedire che il bambino nato all'interno di un matrimonio sia iscritto come figlio del o della coniuge della gestante. Come conseguenza, se l'azione è accolta, l'iscrizione della nascita avverrà solo a favore della madre biologica e, eventualmente, della persona che ha reclamato la propria paternità biologica o prestato il proprio consenso ex art. 562 CCyC.

Questa risulta inoltre particolarmente interessante qualora, nel seno di una coppia di donne sposate, la gestante abbia conseguito la gravidanza senza l'accordo della moglie, caso che potrebbe accadere sia presso una clinica che mediante riproduzione sessuale o inseminazione domestica. In tale ipotesi, la comadre potrebbe decidere di accettare le conseguenze della gravidanza e lasciare operare la presunzione di maternità, oppure di disconoscere anticipatamente la filiazione altrimenti determinata nei suoi confronti.

3.4. Impugnazione della filiazione

La comaternità determinata ai sensi dell'art. 562 CCyC non potrà essere impugnata in nessun caso quando si sia fatto ricorso a TRA e risulti il consenso previo, informato e libero di entrambe le donne (art. 588 CCyC). Il consenso è il titolo costitutivo del vincolo materno-filiale in caso di ricorso a TRA. Questo suppone che, indipendentemente dal trattamento realizzato presso la struttura prescelta, entrambe le donne saranno determinate madri. Si specifica, inoltre, che l'impugnazione è sempre preclusa, indipendentemente da chi abbia apportato i gameti per la stessa (art. 577 e 591 CCyC, *in fine*). Questo ci porta a due conclusioni ulteriori. La prima, che in caso di impiego del metodo ROPA, qualora mancasse il consenso della donna che ha donato i propri ovuli o qualora questo fosse stato revocato, in Argentina essa non potrebbe reclamare la filiazione del minore sulla base della genitorialità biologica o genetica, perché, come si è visto, in caso di TRA, ciò che importa è unicamente la volontà. La seconda, anche in occasione di tecniche omologhe, qualora non vi fosse il dovuto consenso, la comadre potrebbe sempre impugnare la filiazione risultante⁴⁶⁹. Come si evince, la biologia, in questo contesto, ha

⁴⁶⁹ Entrambe le conclusioni giungono a un risultato diametralmente opposto a quanto previsto dall'art. 235-28.2 CCCat.

perso qualsivoglia importanza, a favore di un modello completamente basato sull'intenzionalità della maternità e della paternità, contrariamente a quanto analizzato rispetto al residuale ruolo della biologia nel contesto catalano⁴⁷⁰.

Se, al contrario, la comaternità è stata determinata come filiazione naturale (art. 566 CCyC), si riconosce legittimazione attiva ai presunti genitori (art. 589 CCyC⁴⁷¹), al figlio -il quale potrà agire in qualsiasi momento-, alla madre biologica e a qualsiasi terzo che invochi un legittimo interesse (art. 590 CCyC). Questi potranno, nel termine di un anno dal momento dell'iscrizione del minore o da quando cessi l'errore rispetto alla fonte del concepimento, impugnare la filiazione risultante, salvo che chi pretenda esercitare tale azione di stato fosse a conoscenza della mancanza corrispondenza biologica ed abbia mediato possessione di stato (art. 591 CCyC). Se il coniuge può provare l'esistenza del processo medico e la mancanza di volontà da parte sua, potrà confutare la presunzione di

⁴⁷⁰ *Vid.* par. 1.3.1. del presente capitolo.

⁴⁷¹ Il o la coniuge del nascituro può contestare il legame filiale dei figli nati durante il matrimonio o entro trecento giorni dalla presentazione della domanda di divorzio o di nullità, dalla separazione di fatto o dalla morte, mediante l'affermazione di non poter essere il genitore o che la filiazione presunta dalla legge non deve essere ragionevolmente mantenuta conformemente alle prove che la contraddicono, o ancora nell'interesse del minore. Per dimostrare tale circostanza si può ricorrere a qualsiasi mezzo di prova, ma non basta la sola dichiarazione di chi ha dato alla luce.

filiazione matrimoniale, dimostrando i motivi per cui non debba operare⁴⁷².

Pertanto, nel caso di coppie formate da due donne, se il consenso alle tecniche non è stato correttamente prestato o protocollato, se la gravidanza è stata provocata da una previa relazione sessuale con un terzo oppure conseguenza di un'inseminazione domestica, la madre non biologica potrà sempre impugnare la filiazione presunta per legge ed ostacolare la conseguente comaternità⁴⁷³. La disciplina rende vulnerabile anche la filiazione determinata a favore di coppie eterosessuali che, in seguito al ricorso a TRA, abbiano deciso di omettere la fonte del concepimento. Dunque, se da una parte, la presunzione di paternità o comaternità protegge il diritto all'intimità delle coppie, dall'altro si corre il rischio che la filiazione risultante sia un domani messa a repentaglio con la semplice prova del ricorso a TRA.

Dato che il legislatore argentino lascia all'arbitrio delle coppie decidere se determinare la filiazione ex art. 566 o 562 CCyC,

⁴⁷² Al di là dei casi di TRA, è il medesimo problema nel caso di separazione, quando la donna è coniugata ma è separata di fatto e tale situazione concreta non può essere accertata presso il registro civile ma dev'essere provata in sede giudiziale.

⁴⁷³ Marisa HERRERA, "Comentario al art. 591", in Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO (dirs.) *Código Civil y Comercial .. op.cit*, p.. 346.

dipenderà dalla volontà delle parti e dalle circostanze del caso, individuare quale sia il metodo piú conveniente per consacrare i legami materno-filiali. Detto ciò, qualora si sia fatto realmente ricorso a TRA, determinare la filiazione secondo quanto previsto dall'art. 562 CCyC è sicuramente la via piú sicura per le coppie di donne, poiché la filiazione è inimpugnabile ed irrevocabile, salvo i casi di vizi del consenso (art. 590 CCyC⁴⁷⁴).

4. Riflessioni finali

Nel modello della determinazione della comaternità per consenso previo e/o vincolato alle tecniche riproduttive, la sicurezza giuridica della relazione materno-filiale di ambedue le donne è garantita da un documento formale, qualunque esso sia (presso un centro autorizzato, presso notaio), oppure evinto da atti concludenti idonei ad avvalorare la volontà procreazionale alla base del progetto parentale comune. Tale meccanismo consolida la relazione familiare prima ancora

⁴⁷⁴ Come anzidetto, l'azione decade dopo un anno dall'iscrizione della nascita o dal momento in cui si è saputo che il bambino potrebbe non essere figlio di chi la legge lo presume. Il lasso temporale per disconoscere la filiazione risulta breve per impedire che prosperino azioni che possano compromettere l'interesse superiore del minore, ostacolando pretese che generino un mutamento sostanziale del nucleo familiare per il minore, e tenuto conto del possesso di stato. Marisa HERRERA, "Comentario al art. 590", in Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO (dirs.) *Código Civil y Comercial .. op.cit*, pag. 341.

della nascita del minore, e garantisce un trattamento piú equo nei confronti di coppie omosessuali, trattate dagli ordinamenti affrontati al pari di quelle eterosessuali. Inoltre, eventuali cambi di idea repentini oppure crisi di coppia, cosí come la morte di una delle due partner prima della nascita, non dovrebbe essere di impedimento in un'ottica nella quale l'intenzione di divenire genitori è previa ed espressamente documentabile. Inoltre, la previsione del consenso come titolo autonomo di determinazione della filiazione indirettamente impone in capo alla comadre il dovere di assumere il progetto parentale definito con la compagna anteriormente al concepimento. Abbiamo visto, invece, che questo non accade nel contesto spagnolo dove si lascia la facoltà alla comadre di manifestare la propria volontà una volta che il minore sia già nato.

La scelta dei legislatori catalano ed argentino mi paiono sicuramente piú adeguate e coerenti rispetto alla determinazione della filiazione derivata da TRA, sottolineando che l'attribuzione della comaternità per consenso è aperta ai casi di coppie di donne sposate e non, al contrario di quanto accade nel caso spagnolo. Il consenso è un elemento fondamentale da verificare prima del concepimento e non posteriormente alla nascita. Come miglioria, ritengo che dovrebbero ammettere espressamente anche la fecondazione

post mortem nei limiti di quanto ad ora previsto in materia rispetto a coppie eterosessuali.

Nonostante si tratti di due ordinamenti affini, presentano certe differenze che è bene rimarcare. La prima è la struttura bipartita della filiazione nel CCCat e quella tripartita nel CCyC, nonostante a ben vedere, non si tratta di una differenza sostanziale, poiché nella pratica anche il CCCat tratta la filiazione per TRA come un caso distinto ed autonomo rispetto alla filiazione naturale.

In secondo luogo, vi è una differenza importante che si nota rispetto al trattamento dell'elemento biologico. Nel contesto catalano, infatti, questo riveste ancora un ruolo importante, seppur secondario, nella determinazione ed impugnazione della comaternità e, in generale, se applicabile, dell'azione di reclamo della filiazione. Al contrario, nel panorama argentino le soluzioni adottate si sono volutamente discostate da esso, individuando il consenso "puro" come mezzo di determinazione della filiazione il consenso. Trovo corretto attribuire alla volontà la centralità che deve assumere nel contesto delle TRA, lasciando da parte la biologia. Tuttavia, ritengo che questa possa svolgere una funzione importante qualora, rafforzato dalle circostanze del caso, possa valere come "presunzione di un progetto parentale" comune. Non

credo, in definitiva, che debba sempre prevalere come accade nel contesto delineato dal CCCat.

Nel contesto catalano, la giurisprudenza del TSJC ha interpretato che la manifestazione del consenso dev'essere intesa in senso lato, accogliendo nella pratica qualsivoglia dimostrazione concreta della volontà di divenire genitori, sia esso esplicitato ai sensi del 235-8 o 235-13 CCCat accreditato presso il centro autorizzato o in atto pubblico, sia esso estrapolabile da fatti e atti concludenti e coerenti con la volontà delle parti, ribadendo la necessaria applicazione della dottrina degli atti propri e della buona fede anche in tema di filiazione, coerenti con la chiave di lettura spiritualista che riecheggia nelle sentenze analizzate. Tuttavia, questo può essere rischioso e, se il fine ultimo della normativa è permettere la determinazione sia per consenso formale (artt. 235-8 e 235-13 CCCat) sia informale, sarebbe necessario ed opportuno inserire un titolo di attribuzione della comaternità simile a quanto già proposto supra (*vid.* cap IV par. 3.2.4.).

Infine la presunzione di comaternità che ritroviamo unicamente nel sistema argentino pone in essere un sistema nel quale può operare più di un meccanismo legale di determinazione della filiazione. Ritengo che questa scelta sia corretta, poichè permette la determinazione del doppio

vincolo materno in vari modi, salvo restando le diverse ipotesi di disconoscimento ed impugnazione. Questa, come vedremo, pare essere la tendenza in altri ordinamenti che combinano vari mezzi di determinazione della filiazione e che reputo giusto. Rimando al cap. successivo per l'analisi di quest'ultimo modello.

CAPITOLO VI

MECCANISMI ALTERNATIVI DI DETERMINAZIONE DELLA COMATERNITÀ

1. Il modello *misto*

Dopo aver analizzato i modelli proibitivi, quelli unicamente incentrati sull'adozione, quelli basati sulla presunzione di comaternità, e quelli vincolati al consenso manifestato dalla comadre, ci accingiamo a delineare le caratteristiche di un quinto e ultimo modello che si è sviluppato quale un ibrido tra quelli precedentemente esaminati. Il quinto modello, che definisco quale *misto*, accomuna i meccanismi legali già visti e ne fornisce di nuovi per la determinazione della comaternità.

Al fine di approfondire il funzionamento di metodi alternativi che possono risultare utili allo scopo di garantire maggiore sicurezza giuridica a coppie di donne, si esplorerà la proposta di legge uniforme in materia di diritto di famiglia, *Uniform Parentage Act 2017* (d'ora in avanti, UPA), e si osserverà come tali norme siano state adottate dallo stato della California nel proprio *California Family Code* (d'ora in avanti, CFC). Successivamente, approfondirà il caso olandese, che si ritiene

uno dei modelli piú avanzati in materia di diritto di famiglia nel contesto europeo.

2. Trattamento giuridico delle coppie dello stesso sesso con discendenza negli USA

Anche negli Stati Uniti d'America, tra gli anni 1980 e 2000, le coppie di donne si rivolgevano ad amici o donatori di seme per portare a termine i loro progetti familiari, nella consapevolezza che una di loro, la madre non gestante, sarebbe stata, legalmente, un'estranea per il minore, giacché nemmeno in via giurisdizionale vi era un riconoscimento della genitorialità non biologica⁴⁷⁵. Successivamente, a partire dagli anni 2000, gli uomini, senza vincolo biologico con il nascituro, potevano determinare la loro filiazione dato il vincolo coniugale con la madre gestante, mentre tale facoltà non si estendeva né a donne che non fossero biologicamente madri⁴⁷⁶, né, men che

⁴⁷⁵ Come osserva Susan DALTON, i giudici in California avevano iniziato a riconoscere la paternità non biologica, nel seno di coppie eterosessuali, mentre si rifiutava di concedere lo stesso status a coppie dello stesso sesso. Susan DALTON, "From presumed fathers to lesbian mothers: sexual discrimination and the legal construction of parenthood", *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 9, n. 2, 2003, pp. 262-263.

⁴⁷⁶ La presunzione valeva solo nei confronti dell'uomo sposato con la madre gestante, ma non funzionava all'inversa nei confronti di un uomo, padre biologico, rispetto ad una presunta madre determinata tale in ragione del vincolo matrimoniale con il padre biologico. Esempificando, se D (donna) è sposata con U (uomo), U è considerato padre in virtù della presunzione di paternità, indipendentemente dalla relazione biologica con

meno, a coppie di donne: la parentalità era intesa -come ovunque in questo contesto storico- come una prerogativa basata sul matrimonio e sulla eterosessualità⁴⁷⁷.

La seria rivendicazione del riconoscimento dei legami paternofiliali nel seno di unioni omosessuali inizia a farsi sentire solo piú tardi, con l'accesso al matrimonio tra persone dello stesso sesso, dapprima introdotto *state-by-state*, e culminato con l'importante sentenza *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015)⁴⁷⁸, che ha esteso il diritto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso a tutti i 50 stati degli USA.

Ad ogni modo, è solo con la sentenza *Pavan v. Smith*, 137 S. Ct. 2075 (2017), che la Corte Suprema ha determinato che tra i

il bambino. Al contrario, se U è padre biologico di un minore, nato da una relazione extraconiugale con P (partner), U potrebbe essere determinato padre legale ma a D non si applicherebbe in alcun modo la presunzione. Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, Vol. 126, 8, 2017, p.2290.

⁴⁷⁷ Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood.. *op.cit.* p.2290.

⁴⁷⁸ "...They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right.." (par. V, opinion of the court)... "The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry." (*slip op.* at 22) Al momento della decisione, erano ancora 14 gli stati americani che non consentivano l'unione coniugale tra persone dello stesso sesso (Alabama, Arkansas, Georgia, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, North Dakota, Ohio, South Dakota, Tennessee, Texas. "Same Sex Marriage Laws in the United States", *International lesbian & Gay law association*, disponibile qui <http://ilglaw.org/same-sex-marriage-laws-in-the-united-states/#> (ultimo accesso 23.03.2019).

diritti delle coppie *same-sex* vi fosse quello di essere riconosciuti come genitori sul certificato di nascita anche qualora, in seguito al ricorso a TRA eterologa, i componenti della coppia non fossero entrambi genitori biologici del nascituro⁴⁷⁹. La decisione senza dubbio rappresenta un chiaro segno di indebolimento della realtà biologica nei contesti di filiazione. Ciò nonostante, la sentenza non ha dotato gli operatori giuridici di istruzioni chiare su come applicare, nella pratica, tale proiezione dei diritti filiali nell'ambito di coppie omosessuali⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Marisa e Terrah Pavan si sono sposate legalmente nel New Hampshire nel 2011. La coppia viveva in Arkansas nel 2015 quando Terrah diede alla luce la loro figlia. Marisa e Terrah progettaronο insieme il concepimento della minore, portato a termine presso una clinica grazie ad un donatore di sperma anonimo. Nel certificato di nascita, hanno richiesto di indicare il nome di entrambe come genitori. Tuttavia, quando il Dipartimento della Salute dell'Arkansas ha rilasciato il certificato di nascita della bambina, non ha incluso il nome di Marisa e ha determinato Terrah come unico genitore in quanto madre gestante. Successivamente, l'Arkansas Supreme Court ha affermato che il certificato di nascita fosse un documento dove doveva venire riflesso il legame biologico tra il minore ed i genitori, rifiutando così l'iscrizione di un secondo genitore intenzionale (al contrario, avrebbe provveduto all'iscrizione se si fosse trattato di una coppia eterosessuale, anche qualora fosse risultato non essere il padre biologico del bambino). *Supreme Court of Arkansas*, 284 (2017) disponibile qui <https://law.justia.com/cases/arkansas/supreme-court/2017/cv-15-988.html> (ultimo accesso 29.03.2019).

⁴⁸⁰ Steve SANDERS, "Pavan v. Smith: Equality for Gays and Lesbians in Being Married, Not Just in Getting Married", *American Constitution Society Supreme Court Review 2016-2017*, pp. 161-177, p. 174, ottobre 2017. Disponibile qui: <https://ssrn.com/abstract=3153555> (ultimo accesso 29.03.2019)

La risposta piú frequente, in assenza di una chiara regolamentazione al riguardo, era stata, dopo il matrimonio tra persone dello stesso sesso, quella di forzare la presunzione di paternità anche alla moglie in via giurisprudenziale⁴⁸¹. Al fine di estendere la presunzione matrimoniale anche alla moglie, gli ordinamenti piú progressisti avevano inoltre optato per una delle due soluzioni piú idonee a tal fine, ovvero l'impiego di una terminologia espressamente riferita al *marito* e alla *moglie*⁴⁸² oppure *gender neutral*⁴⁸³. Negli stati che hanno

⁴⁸¹ Ne sono esempio due casi di comaternità affrontati dai tribunali newyorkesi, *Wendy G-M v. Erin G-M*, 985 N.Y.S.2d 845, NY Supreme Court (2014) e *Q.M. v B.C.* 995 N.Y.S.470, NY Family Court (2014) nelle quali i giudici hanno sottolineato l'applicazione della presunzione di paternità anche alla comadre, senza dimenticare che si trattasse di un caso biologicamente distinto, ma non per questo meritevole di esclusione dalla suddetta disciplina.

⁴⁸² Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood...*op.cit.*, p. 2294.

⁴⁸³ Nello stato di Washington era stata adottata una dicitura neutrale in senso lato, intesa sia nei confronti del marito rispetto alla moglie, che nei confronti della moglie rispetto al marito. Secondo il derogato Wash. Rev. Codice Ann. sec. 26-26-116, "a person is presumed to be the parent of a child if: The person and the mother or father of the child are married to each other ... and the child is born during the marriage." Così, si poteva presumere che la moglie era il genitore legale del figlio biologico di suo marito concepito in una relazione extraconiugale e nato da una donna, che non fosse la moglie. In sede di riforma dell'UPA 2017, la commissione responsabile ha deciso di non adottare una presunzione coniugale completamente neutrale dal punto di vista del genere per una serie di motivi. In primo luogo, dei sette Stati che al tempo avevano modificato le loro presunzioni coniugali per giustificare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, solo uno Stato - lo Stato di Washington - aveva adottato una versione totalmente neutra del genere della presunzione coniugale. Gli altri sei Stati avevano adottato disposizioni che indicavano espressamente l'uomo e la donna o il marito e la moglie. In secondo luogo, in pratica, una presunzione coniugale totalmente neutra in termini di genere raramente stabilirebbe la parentela anche del coniuge di un genitore biologico maschio. Così, nell'ipotetico

nel tempo adottato l'una o l'altra dicitura, si è venuto affermando il convincimento che la legge non pretendesse più che il presunto genitore fosse il genitore biologico, quindi non più necessario che il presunto genitore fosse un uomo e, pertanto, la filiazione potesse derivare unicamente dal vincolo coniugale con la madre biologica (gestante)⁴⁸⁴. Tuttavia, il tema della presunzione, specialmente negli stati che all'epoca di *Obergefell* (2015) non avevano previsto neppure il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁴⁸⁵, era tutt'altro che pacifico⁴⁸⁶ e

caso descritto sopra, quando un uomo sposato concepisce un figlio con una donna che non sia sua moglie (relazione extramatrimoniale), nonostante la presunzione coniugale completamente neutrale, si concluderebbe comunque che i genitori legali del figlio risultante sono il coniuge maschio (padre biologico) e la donna che ha dato alla luce il bambino (madre gestante). Difficilmente un giudice si azzarderebbe a concludere che la moglie dell'uomo sia un genitore legale unicamente in virtù del vincolo matrimoniale (senza che si tratti di un caso di GS). REVISED UNIFORM PARENTAGE ACT, *Drafting Committee Meeting*, commento alla sec. 201 (28-29 ottobre 2016) disponibile qui: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=c48c92be-88df-c830-b115-9e4491c527e8&forceDialog=0> (ultimo accesso 26.10.2020).

Al momento tale precetto è stato derogato (Repealed by 2018 c 6 sec. 907, effective January 1, 2019.) Ora il RCW 26.26A.115 si riferisce alla madre gestante e all'*individual*.

⁴⁸⁴ Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood...*op.cit.*, p. 2295.

⁴⁸⁵ *Vid Obergefell v. Hodges (slip op. at 22).*

⁴⁸⁶ In un caso affrontato dalla Federal District Court in Indiana (*Henderson v. Adams*, 2016 WL 3548645, S.D. Ind. June 30, 2016) i giudici ritennero che la presunzione di paternità, anche volendola intendere, in mancanza di coincidenza biologica, una "legal fiction", non poteva in nessun caso essere estesa al caso di una comadre.

il vincolo biologico manteneva e mantiene un'importanza ineluttabile⁴⁸⁷.

Al contempo, nei contesti derivati da TRA, oltre alla presunzione, la dottrina maggioritaria, così come i giudici, hanno difeso che il meccanismo preferibile per delineare le relazioni paterno-filiali fosse la volontà dimostrata nel voler portare a termine un progetto parentale complesso, formato da due persone che scelgono di concepire e crescere un minore come *proprio* figlio⁴⁸⁸. Ciò nonostante, l'epicentro di questa prerogativa è stato per anni il matrimonio e, più precisamente, l'unione tra persone di sesso opposto⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ In assenza di matrimonio, in Florida, in un caso riguardante una famiglia composta da due donne e quattro figli (concepiti con lo stesso donante), dei quali ogni donna era madre biologica di due di questi, i giudici hanno confermato la filiazione solo a favore della madre gestante di ogni minore, senza determinare la comaternità, rispettivamente, dell'altra madre intenzionale, nonostante i vari anni di convivenza. *Russell v. Pasik*, 2015 WL 5947198, Fla. Dist. Ct. App. Oct. 14, 2015.

⁴⁸⁸ Precursori di questa idea, Marjorie MAGUIRE SHULTZ, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, n.2, 1990, pp. 297-398, p. 322; John Lawrence HILL, "What Does It Mean to Be a "Parent"?: The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", *New York University Law Review*, vol. 66, 1991, p. 414. Più recentemente, Francesca Rebecca ACOCELLA, "Love Is Love: Why Intentional Parenting Should Be the Standard for Two-Mother Families Created through Egg-Sharing", *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics Journal*, vol. 14, 2016, pp. 479-510, p. 488.

⁴⁸⁹ Tendenza già allora fortemente criticata da Courtney G. JOSLIN, "Protecting Children(?): Marriage, Gender, and Assisted Reproductive Technology", *Southern California Law Review*, vol. 83, n. 6, 2010, pp. 1177-1231, p. 1184, e Richard F. STORROW, "Parenthood by Pure Intention:

Detta tendenza si è tradotta, negli anni, in un progetto di diritto uniforme: l'*Uniform Parentage Act* (UPA), proposto nell'anno 1973 per dare una risposta omogenea in ambito di filiazione. Il testo ha subito importanti modifiche nell'anno 2002, con l'introduzione del regime di filiazione per nati in seguito a TRA e ad accordi di gestazione per altri. Tuttavia, quest'ultima revisione era stata stilata impiegando una terminologia di genere fondata sulla presupposizione che qualsivoglia coppia si basasse sull'unione di un uomo e di una donna. Si commentano di seguito quelli che sono stati i cambiamenti post riforma e le varie alternative previste dalla normativa.

2.1. Vie principali di determinazione della comaternità nell'*Uniform Parentage Act*

La scelta di esaminare l'*Uniform Parentage Act* nasce dall'esigenza di fornire una panoramica giuridica il più estesa possibile, tenendo conto dell'impossibilità di analizzare la normativa vigente in ogni singolo Stato dell'USA. Al

Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", *Hastings Law Journal*, vol. 53, 2002, pp. 597-679 p. 623.

momento, l'UPA 2017⁴⁹⁰ è stato adottato o introdotto in 10 di questi⁴⁹¹, dunque consideriamo rilevante dare uno sguardo generale a questa proposta di legge all'avanguardia. La riforma ha contribuito ad un notevole miglioramento del testo giuridico, alla base del quale vi è una totale equiparazione dei figli, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei genitori e al loro stato civile (sec. 202).

La filiazione può essere determinata mediante l'impiego di diversi meccanismi legali (sec. 201), coesistenti tra loro. Oltre alla determinazione della maternità in virtù del principio *mater semper certa est* (sec. 201 (1) -salvo il potenziale ricorso a

⁴⁹⁰ Approvato dalla *Uniform Law Commission* (ULC) e disponibile per essere adottato dagli Stati (4.09.2017). In generale, la revisione di questo testo ha comportato l'introduzione di cinque fondamentali modifiche: (1) Sostituzione della terminologia genero-orientata con una neutro; (2) Espansione della protezione legale offerta ai genitori non biologici; (3) la preclusione dello stabilimento della filiazione in caso di violenza sessuale; (4) adeguamento delle norme in materia di gestazione per altri, e (5) una nuova disciplina in termini di accesso alle informazioni disponibili ai concepiti mediante TRA rispetto ai corrispondenti donatori di materiale genetico.

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=1a489a1f-ec9a-ee72-7dbc-10f6d43943b5&forceDialog=0> (ultimo accesso 22.10.2020).

⁴⁹¹ In ordine cronologico, adottato nell'anno 2018 nello stato di Washington (SB 6037), Vermont (HB 562) e California (AB 2684) e nell'anno 2020 in Massachusetts (SB 77/HB 139), Maine (LD 1291), Rhode Island (HB 7541/SB 2136), Connecticut (HB 5178), Kentucky (HB 480), Pennsylvania (HB 243) e Colorado (HB 1292).

<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f> (ultimo accesso 28.10.2020).

gestazione per altri (sec. 801 e ss)], la filiazione può essere stabilita per:

- a) consenso ad una tecnica riproduttiva come manifestazione della volontà di essere determinato genitore (sec. 201 (6) in relazione con la sec. 701 e ss)];
- b) presunzione *iuris tantum* di paternità /maternità (sec. 201 (2) in relazione alla sec. 204) che può entrare in gioco in qualsiasi contesto, salvo impugnazione (sec. 301 e ss);
- c) riconoscimento (sec. 201 (5) in relazione alla sec. 301 e ss)];
- d) determinazione giudiziale della filiazione, possibile anche nei confronti di un *de facto parent* (sec. 201 (3), in relazione alla sec. 601 e ss);
- e) adozione (sec. 201 (4)];
- f) accordi di gestazione per altri (sec. 201 (7) in relazione con la sec. 801 e ss)].

Si analizzano dapprima brevemente i casi che concernono il consenso quale mezzo di determinazione della filiazione (a) e la presunzione di comaternità (b). Seguitamente, si approfondiscono i casi (c) e (d) quali alternative per la determinazione della comaternità. Si escludono dall'analisi le opzioni e) ed f) poiché meno pertinenti con quanto si pretende mettere in risalto nel presente capitolo.

2.1.1. Comaternità per consenso alla pratica di una tecnica riproduttiva

Si esamina brevemente il caso di cui all'art. 7 UPA, rubricato "Assisted Reproduction", meccanismo espressamente previsto per determinare la filiazione in caso di TRA, con lo scopo di rimarcare le differenze con gli ordinamenti approfonditi ai capitoli IV e V.

a) Accesso congiunto alla TRA

In caso di impiego di una tecnica riproduttiva, la sec. 703 UPA stabilisce che

"An individual who consents under Section 704 to assisted reproduction by a woman with the intent to be a parent of a child conceived by the assisted reproduction is a parent of the child."

Come menzionato, il riferimento neutrale all' "individual" è volutamente rivolto a tutti coloro -uomini o donne che siano- che, intenzionalmente, vogliono essere determinati genitori

del nascituro⁴⁹². La norma è d'applicazione indipendentemente dal genere, dall'orientamento sessuale e dallo stato civile dei genitori intenzionali⁴⁹³. Di conseguenza, la proposta introdotta abbraccia un'interpretazione ampia sia per coppie sposate che non, sia eterosessuali che omosessuali, arrivando ad ipotizzare anche il caso di un progetto parentale tra due persone che non formano affatto una coppia. Non è richiesto infatti accreditare alcuna convivenza previa tra i singoli né alcuna relazione personale tra i genitori intenzionali, in termini simili a quanto previsto dal menzionato dal CCCat e dal CCyC, ai quali si rimanda⁴⁹⁴.

Quella prevista dal precetto, è una via autonoma di determinazione della filiazione che esclude espressamente i casi di concepimento mediante relazione sessuale o accordi di gestazione per altri (sec.701 UPA), basata sulla *intention*, analogamente a quanto stabilito dal CCCat e la LTRHA per il

⁴⁹² L'originale art. 703 UPA (2002) si riferiva esclusivamente all'uomo che avesse contribuito con il proprio materiale genetico oppure espressamente acconsentito: "[a] man who provides sperm for, or consents to, assisted reproduction by a woman as provided in Section 704 with the intent to be the parent of her child, is a parent of the resulting child."

⁴⁹³ Come terminologicamente delucidato alla sec.102(13) "*Intended parent*" means an individual, married or unmarried, who manifests an intent to be legally bound as a parent of a child conceived by assisted reproduction. In ogni caso, il riferimento neutrale è rivolto al compagno/a della madre gestante ma non opera mai viceversa nei confronti del padre biologico. Cfr. REVISED UNIFORM PARENTAGE ACT, *Drafting op.cit.*

⁴⁹⁴ *Vid.* Cap. V par. 2.1.1. e 3.1.1.

consentimiento, e dal CCyC che la definisce *voluntad procreacional*.

b) Tecniche riproduttive in senso lato

La novità della proposta di legge che si commenta non risiede solamente nell'eventualità di far rientrare qualsiasi "terzo" in un accordo riproduttivo, ma si riferisce anche alla possibilità di portare a termine un trattamento riproduttivo al di fuori da centri o strutture autorizzate. La declinazione del legislatore è particolarmente originale: il concetto di tecniche riproduttive è stato interpretato in senso lato, trovando inclusione nella definizione di "trattamento riproduttivo" qualsiasi metodo di concepimento diverso dalla riproduzione sessuale, salvo il ricorso alla gestazione per altri⁴⁹⁵.

Giunge alla medesima conclusione il legislatore californiano (sec. 7606 (a)], includendo espressamente 1) qualsiasi persona, coppia sentimentale o semplici conoscenti; e 2) inserendo tra i possibili trattamenti disponibili quelli avvenuti presso un centro autorizzato così come quelli avvenuti al di fuori

⁴⁹⁵ Secondo una lettura a *sensu contrario* della sec. 701, il quale esclude dalla disciplina solo la riproduzione sessuale e quella con ricorso alla GPA. Tutto il resto, quindi anche l'inseminazione domestica, rientra nella definizione di "tecnica riproduttiva".

mediante accordi riproduttivi tra privati. Come si evince, in questo caso è di prioritaria importanza convertire senza indugio le intenzioni di ogni parte implicata in un accordo intelligibile.

c) Forma del consenso

Rispetto alle formalità da seguire e stabilite dal precetto, il consenso *must be in a record signed by a woman giving birth to a child conceived by assisted reproduction and an individual who intends to be a parent of the child*, e dunque viene raccolto in un documento sottoscritto dalla donna gestante e dal genitore intenzionale (sec. 704 (a)]. A differenza di quanto previsto altrove⁴⁹⁶, è evidente qui che non è necessaria la certificazione medica dell'atto né l'ottenimento del consenso presso la struttura organizzata, lasciando spazio ad una interpretazione comprensiva dell'inseminazione domestica⁴⁹⁷, sempre e quando vi sia traccia dell'accordo raggiunto e soppesato alla luce dell'intenzione delle parti. In esso, infatti, il consenso corrisponde a *the intention to be a parent* (sec. 703)⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Cfr arts. 235-8.1 e 235-13.1 CCCat; art. 560 CCyC.

⁴⁹⁷ Jeffrey A. PARNES, "The Constitutional Limits on Custodial and Support Parentage by Consent", *Idaho Law Review*, 2020, p. 40.

⁴⁹⁸ Inoltre, gli accordi tra privati possono stabilire aspetti secondari rispetto alla filiazione. Il loro contenuto può guidare eventuali successive controversie di custodia e affidamento, anche se non eviteranno, in certi contesti, le controversie che possano sorgere da termini ambigui o da

Sebbene sia richiesto un accordo scritto, lo stesso articolo prevede un'eccezione, che si sottolinea in questa sede come una delle peculiarità di questo sistema. Si prevede, infatti, una via alternativa per il caso in cui la coppia non abbia accuratamente acconsentito per iscritto o non l'abbia fatto nei termini di legge (sec. 704 (b)] nell'indicato *record* firmato da entrambi gli interessati.

In mancanza di un consenso documentabile, ciò non preclude che si possa iniziare un procedimento giudiziario prima o dopo la nascita del minore, volto alla determinazione della filiazione del secondo genitore, qualora:

- La madre gestante o il genitore intenzionale dimostrino con *prove inequivoche che tra i due vi fosse un accordo espresso ed anteriore al concepimento*, secondo cui entrambi avrebbero voluto essere determinati genitori del minore (sec. 704 (b) (1)]. Il consenso di due persone rivolto alla determinazione della filiazione dev'essere tale da giustificare, in assenza di prove scritte e vincoli biologici/genetici, che effettivamente si trattasse di un progetto parentale comune. La "intention to be a

condizioni non previamente previste -ipotesi frequente nelle famiglie con minori in caso di scioglimento o riorganizzazione del nucleo familiare-.

parent", previa alla fecondazione, è l'unico presupposto che si prende in considerazione a tal fine.

- Quando sia impossibile dimostrare che vi fosse un accordo previo (né scritto, né orale), è possibile determinare la filiazione a favore del genitore intenzionale se questi, assieme alla madre gestante, ha risieduto nella stessa casa con al minore per un periodo ininterrotto di almeno *due anni*, salvo periodi di assenza temporanea, comportandosi a tutti gli effetti come genitore del minore⁴⁹⁹ (sec. 704 (b) (2)]. La convivenza come nucleo familiare agisce quale prova della volontà delle parti: trascorso il periodo indicato dalla legge, la realtà fattuale (vita in comune) potrà sostituirsi alla mancata prova del consenso ed operare espressamente anche in caso di ricorso a tecniche riproduttive. La particolarità che noteremo in comparazione con quanto previsto dalla sec. 609 (*vid.* par. 2.2.1.), è che questa è più circoscritta poiché dev'essere ininterrotta per due anni

⁴⁹⁹ Questa possibilità, era già presente nell'UPA 2002 (sec. 204(a) ed ora estesa alla comadre. Si contempla, inoltre, la possibilità di determinare la filiazione anche rispetto a genitori deceduti o incapacitati prima dei due anni di convivenza oppure nei confronti di minori scomparsi prima dei due anni di età. In tali circostanze, i giudici possono ricavare gli estremi del consenso in presenza di prove inequivoche dalle quali risulti che effettivamente la coppia intendeva crescere il figlio come proprio, ma che questa volontà sia stata impedita a causa della morte sopravvenuta o dell'incapacità. Infine, questa possibilità, ora estesa alla comadre, è analoga a quella già presente nell'UPA 2002 per determinare la filiazione dell'uomo non sposato con la gestante (sec. 204(a) UPA 2002).

consecutivi a partire da un momento ben preciso, ovvero quello della nascita.

Il fatto che la stessa norma determini vie alternative per determinare la filiazione dimostra, con tutta la propria forza, come l'elemento volitivo sia cruciale per determinare la filiazione con il genitore non biologico: il consenso è il caposaldo del vincolo filiale, ma non l'unico meccanismo possibile per giungere al medesimo risultato. Rispetto agli ordinamenti giuridici analizzati al capitolo V, si evince dalla norma una grande flessibilità, espressamente a favore di qualsiasi manifestazione della volontà, volta a concedere valore vincolante a sostegno non solo del *favor filiationis* ma anche del *favor contractus*, ovvero del patto stipulato tra le parti. Se si è infatti in grado di provare che tra i genitori vi fosse un'intenzione inequivoca, con accordo scritto o senza, di assumere il ruolo genitoriale, la corte può determinarli come tali senza che venga messa in discussione l'origine biologica o genetica della filiazione. Ciò che conta è la "intention", nella fattispecie illustrata alla sec. 704 (a) o la "common intention" in quella a cui si riferisce la sec. 704 (b).

Tra gli altri, il contenuto dell'art 7 UPA è stato recepito ed integrato al *California Family Code*⁵⁰⁰. La disciplina del consenso è stata particolarmente trasposta agli arts. 7613 e ss. CFC, richiedendo che, in caso di ricorso a TRA, la volontà dei genitori intenzionali sia chiara e preferibilmente messa per iscritto⁵⁰¹, nonostante la mancanza di un accordo scritto non ne impedirà la determinazione, sempre e quando si rispettino i requisiti di cui all'art. 7613 (a) (1) CFC. Tale riforma ha contribuito in modo importante a dare stabilità agli accordi tra privati in ambito di filiazione, grazie all'esclusione della filiazione rispetto alla persona così lo pattuisca.

A tal proposito, si mettono a disposizione diversi formulari in base al tipo di trattamento o di coppia richiedente, così da arrivare ad un accordo il quando più chiaro e conciso, per disporre, in un futuro, un patto sul quale poter fare affidamento. L'art. 7613.5 CFC offre quattro modelli di consenso al fine di dimostrare l'intenzione di essere determinati genitori via riproduzione assistita. Questi sono disponibili per persone sposate o non, con l'ausilio di materiale genetico donato (*form 1*); per persone non sposate, con l'ausilio

⁵⁰⁰ *Assembly Bill 960, chapter 566*, del 7 ottobre 2015, in vigore dal primo gennaio 2016.

⁵⁰¹ L'art. 7613 CFC si riferisce alla forma del consenso come qualcosa di facoltativo seppur raccomandato (*shall be in writing*) contrapposto alla lettera della sec. 704 UPA (*must be in a record*).

di materiale genetico del genitore di intenzione (*form 2*); per l'impiego del metodo ROPA (*form 3*); per inseminazioni con l'impiego di materiale genetico di un donatore conosciuto, con corrispondente esclusione della filiazione a favore di questo (*form 4*). Quest'ultimo, contempla l'intervento di fino a quattro persone, ovvero la potenziale madre gestante, il genitore di intenzione -se del caso-, il donatore di seme, e la donatrice di ovuli, se applicabile⁵⁰². In questo contesto, i donatori che sono intervenuti nell'accordo riproduttivo saranno esonerati da qualsiasi pretesa di natura filiale, se così pattuito, così come i genitori biologici o di intenzione saranno vincolati a quanto stabilito tra essi.

Nonostante si avverta come tali formulari non siano né obbligatori né, in alcuni casi, esaustivi, la sicurezza giuridica che scaturisce da accordi chiari e anteriori al concepimento, sono un prova certa della volontà delle parti, nonché valido titolo di reclamazione della filiazione (art. 7613, in relazione all'art. 7630 (f)]. Questi modelli standardizzati enfatizzano il ruolo dell'elemento volitivo e incentivano le parti ad una maggiore consapevolezza delle conseguenze della scelta intrapresa. Ciò nonostante, la firma di uno dei formulari non

⁵⁰² Si escludono dai formulari previsti all'art. 7613.5 gli accordi di gestazione per altri (art. 7613.5 (c)], regolati espressamente agli art. 7960 e ss. Data la complessità della materia, lo stesso precetto raccomanda l'intervento di un notaio per qualsiasi delle circostanze sopra menzionate.

incide sulla presunzione di cui all'art. 7611, né impedisce che, in via giurisdizionale, si presenti una reclamazione della filiazione da parte di altri soggetti potenzialmente legittimati.

La disciplina di cui all'art. 7 UPA o 7613 CFC riveste un ruolo importante nello sviluppo del concetto di *consenso* quale meccanismo per determinare la filiazione nei confronti di un minore. Mediante la volontà delle parti, si giunge infatti a concretizzare il desiderio di creare una famiglia secondo i valori propri dei genitori di intenzione, la cui filiazione può essere attribuita indipendentemente dall'orientamento sessuale di questi, del loro stato civile e della loro identità di genere. L'autonomia della volontà giunge al proprio estremo, riservando ai diretti interessati l'importante compito di definire *ex ante* quali siano le responsabilità e gli obblighi assunti da ogni parte intervenuta nell'accordo, emblema di questa grande libertà di autodeterminazione. Il consenso è pertanto all'assunzione del ruolo genitoriale, con o senza l'ausilio di TRA, ovvero alle conseguenze giuridiche che sorgano dall'avveramento del progetto parentale pattuito, nonché simbolo del passo previo alla possibile configurazione della multiparentalità quale valida alternativa per nuclei familiari composti da due o più persone implicate in esso sin da prima del concepimento. La predisposizione di schemi che così lo permettano, si configura come un'accettazione implicita

di un modello familiare i cui profili sono gestiti ed assegnati dalla parti stesse. Pare sia questa la tendenza, che credo corretta, per far fronte a tipologie familiari che esulano dai canoni della c.d. famiglia tradizionale.

Il consenso è inteso quale manifestazione di volontà che può, in determinate circostanze, estendersi anche dopo la morte del soggetto interessato. Contrariamente a quanto già visto in altri ordinamenti, l'UPA fa espressamente riferimento a qualunque genitore intenzionale, includendo la comadre nella disciplina della fecondazione *post mortem*. È pertanto una delle prime normative che include la comadre nella anzidetta disciplina.

La madre di intenzione potrebbe essere determinata comadre se ricorrono una serie di requisiti. In primo luogo, la volontà di essere considerata legalmente madre anche in un eventuale trattamento *post mortem* dev'essere espressa (sec. 708 (b) (1) (a)] o tale da essere desunta da prove chiare e convincenti (sec. 708 (b) (1) (b)]; in secondo luogo, la gravidanza dev'essere portata a termine entro e non oltre trentasei mesi dopo la morte del genitore intenzionale (sec. 708 (b) (2) (a)] o il bambino deve nascere entro quarantacinque mesi dalla morte dell'individuo (sec. 708 (b) (2) (b)]. Accanto all'elemento volitivo, quale base per poter concludere il trattamento, è necessario portarlo a termine in un lasso temporale preciso e limitato, condividendo

in parte le soluzioni quanto già esaminate in altri contesti giuridici (*vid.* Cap. IV, par. 3.2.1. c e Cap V par. 2.1.3. e 3.1.1.).

d) Revoca del consenso

Per evitare che si stabilisca la filiazione a favore del genitore intenzionale, la persona che acconsente alla riproduzione assistita ai sensi dell'articolo 704 può revocare il proprio consenso in qualsiasi momento prima del trasferimento del materiale genetico o dell'embrione creato. A tal fine, la revoca deve essere resa nota per iscritto sia alla futura madre gestante che a qualsiasi clinica o operatore sanitario che fosse intervenuto nel procedimento di riproduzione assistita (sec. 707). Ancora una volta, l'importanza dell'intenzione non si limita alla condivisione della stessa solo nei confronti del centro autorizzato per la TRA, che non sempre interviene nel processo⁵⁰³, ma si estende all'altra parte interessata, la madre gestante. Ciò dimostra come il consenso sia concepito come un vero e proprio accordo tra due persone e, nel momento in cui

⁵⁰³ Si ricorda che, ai sensi dell'UPA 2017, gli arts. 701 e ss sono d'applicazione sempre e quando non abbia mediato relazione sessuale o un accordo di GPA. A *sensu contrario* quindi, le cliniche di riproduzione assistita o i centri autorizzati sono spesso gli intermediari di queste procedure medicalizzate, ma non sono necessariamente parte del processo. Qualora infatti gli interessati decidano di utilizzare una tecnica di inseminazione domestica - "do it yourself" - i genitori intenzionali saranno analogamente tutelati dalla menzionata normativa.

la volontà di una di essa viene a mancare, la prima persona interessata a venire a conoscenza del mutamento delle circostanze è, senza dubbio, colei che avrebbe portato a termine la gravidanza.

Inoltre, nel caso di coppie sposate, il coniuge o ex coniuge non è da considerare genitore se il trasferimento dei gameti o degli embrioni avviene dopo l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio, a meno che l'individuo non abbia acconsentito per iscritto che questa fosse la propria intenzione anche qualora il trattamento riproduttivo dovesse verificarsi dopo il divorzio o l'annullamento (sec. 706)⁵⁰⁴.

e) Impugnazione della filiazione

La filiazione matrimoniale determinata ai sensi della sec. 703 non è impugnabile, salvo che entro due anni dalla nascita del bambino si possa dimostrare l'inottemperanza di quanto previsto alla sec. 701, ovvero di non aver acconsentito alla

⁵⁰⁴ Il problema però è che nonostante l'UPA 2017 precisa come debba operare la filiazione in caso di scioglimento del matrimonio o di revoca del consenso, il presente atto non indica quale sia il destino del materiale genetico già ricavato. Anche negli ordinamenti esaminati supra talvolta manca una chiara normativa al riguardo, mentre è rilevante sapere in quali circostanze si possa fare uso di detti gameti o embrioni, oppure distinguere se una o entrambe le parti ha il diritto di decidere su di essi. Per ovvie ragioni di spazio non affronteremo questo tema. Per un approfondimento, *vid.* Esther FARNÓS AMORÓS, *Consentimiento a la reproducción.. op.cit.*

pratica riproduttiva o qualora questa volontà fosse stata revocata (sec. 705 a 1)⁵⁰⁵. La contestazione della filiazione all'interno del matrimonio è possibile anche qualora vi sia corrispondenza biologica, se si prova l'assenza dell'elemento chiave, il consenso⁵⁰⁶. Questa, dev'essere fatta valere entro i due anni (sec. 705 a 2), termine che coincide con la norma relativa al possesso di stato (*holding-out provision*) descritta al par. 2.1.2. Dopo i ventiquattro mesi infatti, la mancanza di consenso è sanata dalla convivenza con il minore.

L'eccezione alla regola è l'imprescrittibilità dell'azione se si possono provare congiuntamente tre presupposti: la carenza del consenso o la mancata contribuzione genetica alla TRA⁵⁰⁷, l'assenza di convivenza tra la partoriente ed il/la coniuge nel momento stimato dell'avvenuto concepimento e il mancato possesso di stato rispetto al minore nato, ovvero carenza di *nomen, tractus e fama*. (sec. 705 b).

2.1.2. Presunzione di paternità e maternità

⁵⁰⁵ Il riferimento al solo ambito matrimoniale è giustificato dalla coesistenza della presunzione di filiazione

⁵⁰⁶ Jeffrey A. PARNES, "The Constitutional Limits...", *op.cit.*, p. 40.

⁵⁰⁷ Altrimenti, se dovesse mancare il consenso scritto, si potrebbe comunque presumere l'intenzione dell'altro genitore, considerando che aver contribuito con il proprio materiale genetico corrisponda alla volontà di portare a termine il procedimento riproduttivo corrispondente.

Per obbedire alla decisione della Corte Suprema in *Obergefell v. Hodges*, le presunzioni coniugali sono state modificate per applicarsi a qualsiasi coniuge - maschio e femmina - della donna che ha partorito. Un certo numero di stati hanno apportato modifiche simili alle loro presunzioni coniugali⁵⁰⁸.

Anche l'UPA 2017, come il CCyC, prevede al sec. 204 una presunzione di paternità/maternità per la quale si presume genitore del minore l'individuo che, nel momento della nascita, sia sposato con la madre gestante. Anche se in teoria questa non dovrebbe operare nei casi di TRA, come già detto supra, nulla impedisce nei fatti che operi la presunzione a favore della comadre, e che da ciò derivi una controversia generata dalla possibile impugnazione del vincolo materno-filiale, analogamente a quanto avviene nel panorama argentino. Dato che le problematiche sarebbero le stesse, rimandiamo a quanto analizzato al par. 3.1.2. e 3.2. del capitolo V.

⁵⁰⁸ Cfr. ad esempio, Cal. Fam. Code sec. 7611 (California); Code Ann. sec. 16-909 (District of Columbia); 750 Ill. Comp. Stat. Ann. sec. 16 46/204 (Illinois); Me. Stat., Tit. 19-A, sec. 1671(1) (Maine); N.H. Rev. Stat. sec. 168-B:2(V) (New Hampshire); Wash. Rev. Stat. 26.26.A.115(1)(a) (Washington); 15C Ver. Stat. 401(a)(1) (Vermont). Commento all'art. 204 UPA 2017, p. 13.

2.1.3. Il riconoscimento o *voluntary acknowledgment of parentage* (VPA)

La revisione dell'UPA 2017 ha comportato l'espansione della protezione legale offerta ai genitori non biologici che si dirige in una duplice direzione. Da un lato, si riconosce la figura del *de facto parent*, ovvero la persona che si è comportata come un genitore, pur senza esserlo biologicamente (sec. 609); dall'altra, rimane aperta la via del riconoscimento per determinare irrevocabilmente la maternità/paternità di un *intended parent* o di un genitore presunto (sec. 301).

Il *voluntary acknowledgment of parentage* (VAP) sono diventati il modo più comune per stabilire la paternità legale dei figli nati al di fuori del matrimonio e delle coppie same-sex⁵⁰⁹. Questo rappresentava una delle vie più sicure e più inerenti per stabilire un rapporto di filiazione nel contesto delle TRA. É infatti tuttora ritenuto uno degli strumenti più idonei alla protezione della famiglia omoparentale, specialmente per assicurare il riconoscimento delle relazioni materno-filiali

⁵⁰⁹ Leslie Joan HARRIS, "Voluntary Acknowledgments of Parentage for Same-Sex Couples", *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, 20 n. 3, 2012, pp. 467-488, p. 469-470.

anche al di fuori del proprio stato di provenienza⁵¹⁰. Il VAP ne garantisce il riconoscimento anche al di fuori, rendendo la filiazione determinata irrevocabile e pressoché inattaccabile. Per questo, la dottrina maggioritaria auspica all'adozione del precetto in tutti gli USA⁵¹¹, e non solo nei dieci che hanno finora adottato l'atto in oggetto. Basti pensare che ad oggi si incoraggiano le coppie dello stesso sesso che hanno figli durante un matrimonio a continuare a completare le adozioni o altrimenti ad ottenere sentenze al fine di stabilire la parentela legale di entrambi i partner⁵¹². Nonostante in un contesto ideale non dovrebbe esistere alcun trattamento discriminatorio o differente tra coppie dello stesso sesso e di sesso opposto, e la filiazione -nel contesto delle TRA- dovrebbe potersi autosorreggere grazie alle norme sopra menzionate e ancorate all'elemento volitivo, questo è talvolta insufficiente.

I VAP risultano uno strumento fruibile in vari casi. È a disposizione di presunti genitori (uomo o donna), includendo anche i casi di possesso di stato ininterrotto nei primi due anni di vita del minore trattandolo come proprio [sec. 301 in

⁵¹⁰ Douglas NEJAIME, "The Nature of Parenthood.. *op.cit.* p.2279. È una caratteristica che abbiamo riscontrato anche nel modello di comaternità per adozione (cfr. Cap II par. 7).

⁵¹¹ Jessica FEINBERG, "A Logical Step Forward: Extending Voluntary Acknowledgments of Parentage to Female Same-Sex Couples," *30 Yale J. of Law and Feminism*, 2018, pp. 99-138, p. 126.

⁵¹² *Ibidem*, p.110.

relazione con la sec. 204 (a) (2)]; oppure ancora nei contesti derivanti da TRA grazie all'inclusione espressa, tra gli altri, del riferimento agli "intended parent" (sec. 301).

Mediante il riconoscimento vi è un consenso espresso alla genitorialità sia da parte di *presumed or expected parent*, che da *nonparent*, ovvero coloro che non nutrono alcun vincolo né coniugale né genetico o biologico con il minore, se non quello unicamente volitivo⁵¹³. Il fatto che anche genitori intenzionali, senza alcun legame con i bambini, possano riconoscere i minori nati da trattamenti riproduttivi è un concetto innovativo e di grande utilità⁵¹⁴. L'UPA 2017 permette l'elusione delle leggi sull'adozione, rendendolo uno strumento specialmente vantaggioso, sicuro e rapido. Questo infatti, una volta verificati i requisiti, può essere effettuato prima o dopo la nascita del bambino [sec. 304 (b)].

In questo contesto, i limiti all'impiego dei VAP sono solo due. Da un lato, si richiede che non vi siano altri *presumed parent* [sec. 302 (a) (2) (a)] e, dall'altro, che non sia stata determinata la filiazione nei confronti di altri *individual* [sec. 302 (a) (2)

⁵¹³ Jeffrey A. PARNES, "The Constitutional Limits... *op. cit.*, p. 18.

⁵¹⁴ Nel contesto europeo, il riconoscimento è previsto per coppie non coniugate in Belgio (*cf.* Cap III par. 3.3.).

(b)]⁵¹⁵. Se, altrimenti, esiste un soggetto terzo potenzialmente determinabile come genitore, è possibile denegare la filiazione anticipatamente al VAP (*denial of parentage*, sec. 303). Nell'ipotesi in cui vi sia, ad esempio, un genitore presunto per legge, questi potrebbe rinunciare alla filiazione⁵¹⁶ se sono soddisfatti i seguenti requisiti: a) che vi sia qualcun altro disposto a riconoscere il figlio come proprio [sec. 303 (1)]; b) che la volontà sia espressa e attestata da un notaio o un testimone [sec. 303 (2)]; e c) che la rinuncia non vada contro quanto già determinato nei suoi confronti mediante VAP o in via giudiziale [sec. 303 (3)].

L'impiego di questo meccanismo è da considerare alternativo o sussidiario a quanto già visto in occasione del consenso alla TRA (sec. 704). Infatti, la stessa persona (comadre) può godere di legittimazione attiva per determinare la filiazione mediante varie vie alternative previste dall'UPA. In questo contesto, gli effetti della determinazione della filiazione ex sec. 301 o 704 sono i medesimi, qualora questo sia stato permesso e già disciplinato. Tuttavia, in seguito alla mancanza di una disciplina uniforme già adottata in tutti i 50 stati degli USA,

⁵¹⁵ Sono le medesime condizioni previste per il riconoscimento di un minore in Spagna ex art. 120 CC, con la differenza che mediante VAP si possa trattare di un vincolo unicamente basato sull'intenzione di assumere la filiazione del bambino.

⁵¹⁶ In casi diversi dall'impugnazione della filiazione.

estendere l'uso dei VAP a coppie di donne rappresenta un passo logico e modesto nella giusta direzione per migliorare le difficoltà attualmente incontrate dai genitori dello stesso sesso nell'ottenere lo stato giuridico di genitore, soprattutto rispetto al mantenimento di detto status oltre i confini del proprio Stato o Paese.

Una soluzione molto simile al VAP è quella che ho proposto altrove, denominata accettazione della filiazione (*vid. supra* cap IV par. 3.2.4.) e alla quale mi rimetto. Sarebbe opportuno disporre di un sistema di riconoscimento unico degli atti inerenti alla determinazione della filiazione anche nel contesto europeo.

2.2. Vie sussidiarie di determinazione della comaternità nell'*Uniform Parentage Act*

2.2.1. Il *de facto parent*

Tra i cambiamenti adottati dall'UPA 2017, che ha esteso la protezione delle relazioni paterno-filiali dei genitori non biologici, è infine necessario un accenno alla figura del *de facto*

*parent*⁵¹⁷, riferendosi alle persone che hanno operato come genitori per i bambini, ma che non sono legalmente considerati tali⁵¹⁸ (sec. 609). In questa circostanza, è possibile sollecitare la determinazione della filiazione solo dopo che sono soddisfatte altre condizioni. Sebbene non sia del tutto applicabile ai casi di filiazione per tecniche riproduttive per i motivi che si esporranno, ed essendo probabilmente l'ultimo rimedio fruibile da coppie dello stesso sesso in questo contesto, vale la pena quantomeno trattare questa figura sommariamente per godere di una panoramica completa ed esaustiva sui vari meccanismi che possano interessare questa tipologia di costellazioni familiari.

La disposizione di cui alla sec. 609 somiglia, in qualche maniera, alla quanto anzidetto sulla sec. 704 (b) (2) ovvero la *holding-out provision*, ma presenta una fondamentale differenza: in quest'ultima, infatti, è possibile la determinazione giudiziale della filiazione dimostrando la convivenza con il minore dal momento della nascita. Per coloro che, al contrario, sono entrati a far parte della vita del minore in un momento successivo, la *de facto parent provision*

⁵¹⁷ La figura del *de facto parent* è stata riconosciuta e raccomandata anche dalla American Law Institute (ALI), *2019 ALI Parental Authority Draft*, par. §1.82.

⁵¹⁸ Per esempio in assenza di consenso a TRA, di matrimonio o di vincolo biologico con il minore.

prevede che l'accertamento della convivenza possa avvenire anche in un momento posteriore rispetto alla nascita, entro il compimento dei 18 anni ed essendo sia il genitore intenzionale che il minore in vita⁵¹⁹, qualora si rispettino una serie di requisiti. Colui o colei che voglia essere determinato genitore deve dimostrare di (1) aver risieduto con il figlio come membro regolare della famiglia per un periodo *significativo*, (2) che si sia impegnato nella cura del minore, (3) che abbia assunto la piena e permanente responsabilità di genitore del minore senza aspettativa di un ritorno economico di alcun tipo e che (4) abbia trattato il minore come figlio proprio, stabilendo (5) una relazione legata e dipendente con il figlio che è di natura parentale, mentre (6) il genitore legalmente già determinato abbia avallato tale relazione tra i due. Infine, la continuità ed il rafforzamento del vincolo filiale deve sempre (7) essere nell'interesse superiore del minore.

Il giudice ammetterà la richiesta solo qualora si compiano i sette requisiti menzionati, possibile anche senza l'ascolto del minore né udienza [sec. 609 (c) (3)] sulla base di un indizio di prova [sec. 609 (c) (3)].

⁵¹⁹ Sec. 609 a(1) e b(1) (2).

Come si può notare, i requisiti esposti lasciano ampio spazio di interpretazione riguardo alla natura di detta relazione. Per esempio, il termine “significativo” non indica con certezza alcun lasso temporale minimo per poter considerare che il rapporto si sia effettivamente instaurato tra adulto e minore. Stabilire se il periodo è notevole è lasciato alla discrezionalità del giudice, sulla base delle circostanze del caso. Il periodo di tempo richiesto sicuramente varierà a seconda dell'età del bambino⁵²⁰. Si può intuire che, se nel contesto derivato da TRA [sec. 704 (b) (2)], due anni di tempo siano considerati un periodo sufficiente, tale durata potrebbe bastare, secondo un'interpretazione analogica, per alludere alla relazione di tipo filiale avvenuta tra il genitore di fatto ed il minore.

La maggior parte dei genitori “di fatto” possono rientrare sia nella previsione di cui alla sec. 204 che a quella del 609⁵²¹. Entrambe le norme richiedono lo sviluppo di un vero e proprio legame genitore-figlio nel tempo, fissata in due anni per la prima, e lasciata all'interpretazione del giudice, nella seconda.

⁵²⁰ Per stabilire se si tratti di una relazione di tipo parentale, si veda la seguente giurisprudenza: *Re Parentage of L.B.*, 122 P.3d 161, 176 (Wash. 2005), cert. denied, 547 U.S. 1143 (2006); *V.C. v. J.M.B.*, 748 A.2d 539, 551 (N.J.), cert. denied, 531 U.S. 926 (2000); *Custody of H.S.H.-K.*, 533 N.W.2d 419, 421 (Wis. 1995). *Commento all'art. 609 UPA 2017*, pag. 51. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e4a82c2a-f7cc-b33e-ed68-47ba88c36d92&forceDialog=0> (ultimo accesso 28.10.2020).

⁵²¹ Così come per l'adozione del figlio del coniuge o partner.

Tuttavia, in nessun caso una persona può essere riconosciuto come genitore al momento della nascita. In alcune situazioni, questo ritardo nel riconoscimento giuridico può rendere vulnerabile una famiglia. Entrambe le figure hanno ragione di esistere come meccanismi secondari, per dare spazio a formazioni familiari create in un secondo momento. Per la comaternità dalla nascita occorre rifarsi ai meccanismi principali⁵²² quali presunzione, VAP, consenso.

In questa nuova sezione, dunque, un individuo che ha esercitato come genitore di un bambino per un periodo significativo, tale da formare un legame qualificabile come genitore-figlio, può essere riconosciuto come un genitore legale. Qualora non vi siano altri genitori legalmente determinati, questa disposizione non preclude a coloro che sono entrati nella vita del bambino qualche tempo dopo la nascita del bambino, di essere equiparati, a tutti gli effetti, ad un *parent*. Nella realtà dei fatti, la figura del *de facto parent* non è sicuramente una novità⁵²³, ma l'espresso riconoscimento

⁵²² Li definisco principali per le finalità analizzate in questa tesi di determinare la comaternità sin dalla nascita. Al contrario, il riconoscimento di un genitore *de facto* può risultare la via "principale" per situazioni diverse e nelle quali il secondo genitore sia subentrato nella vita del minore in un momento successivo.

⁵²³ Il riconoscimento della relazione *de facto* è stata previamente introdotta in vari Stati e in distinte forme, dal Massachusetts, alla Virginia, passando per il North e South Carolina, al Texas. Alcuni Stati riconoscono tali persone alla luce di varie *equitable doctrines* (*de facto parentage, in loco parentis*,

legale nell'UPA 2017 e la dedicazione di un esteso articolo che lo disciplina, dimostra l'importanza che sta assumendo la parentalità affettiva e non biologica tangibile nella società odierna. A livello di portata, ad ogni modo, credo sia una figura analoga sia per i tempi che per gli effetti alla second parent adoption, giacché è volta a determinare una seconda filiazione a posteriori.

Seguendo quanto stabilito dalla sec. 609 UPA 2017, anche il nel CFC troviamo una presunzione *iuris tantum* che può valere indipendentemente dal vincolo intenzionale o biologico previo alla nascita, premiando una situazione di fatto scaturita dalla nascita e mantenuta nel tempo con il minore (art. 7611 (d) CFC). Il precetto non indica espressamente in cosa debba consistere detta relazione. Sarà compito dei tribunali individuare, caso per caso, se risulti nell'interesse superiore del minore legalizzare il rapporto di natura filiale tra detti soggetti. Al fine di mettere in pratica quanto previsto dall'art. 7611 (d) non sono mancate le pronunce giurisprudenziali che hanno basato le loro decisioni su vari aspetti, da quelli più

o *psychological parent doctrine*). Più recentemente, due stati - Delaware e Maine - hanno raggiunto questo risultato includendo i "genitori di fatto" nella loro definizione di genitori, rivisitando la trasposizione dell'*Uniform Parentage Act*. Altri stati, tra cui California, Colorado, Kansas, New Hampshire, e New Mexico, sono giunti a questa conclusione interpretando le loro disposizioni di parentela in senso lato ed inclusivo di tali persone. *Commento all'UPA, op. cit. prefatory note, p. 2.*

pratici -come l'appoggio economico nei confronti del minore o i tentativi previ di riconoscimento-, a quelli piú emotivi, legati al rapporto affettivo tra le parti⁵²⁴. Dove interamente recepito, il *de facto parent* puó essere riconosciuto come genitore legale a parità di qualsiasi altro genitore legale, compresi i genitori genetici. I fattori inclusi nella sec. 609 si basano su elementi che sono stati sviluppati dai tribunali secondo la *common-law doctrines*. In alcuni stati, tuttavia, gli individui riconosciuti ai sensi di questa linea interpretativa potrebbero non essere in parità con gli altri genitori legali⁵²⁵.

3. La comaternità nel *Burgerlijk Wetboek* (Paesi Bassi)

I Paesi Bassi si sono dimostrati da subito pionieri per la protezione delle relazioni tra omosessuali, sia orizzontalmente, tra i membri della coppia, che verticalmente, nelle relazioni tra essi ed i loro figli. Con l'entrata in vigore della *Wet openstelling huwelijk*⁵²⁶, i Paesi Bassi sono stati il primo

⁵²⁴ In questo senso, si è determinata la filiazione a favore della comadre di fatto che aveva convissuto per tredici anni con i figli minori adottivi della compagna. Dopo la rottura della coppia, la madre non legale ricorre alla via giurisdizionale, nella quale le viene riconosciuto il vincolo materno con i minori. *S.Y. v. S. B.* (2011) 201 Cal. App. 4th, 1023.

⁵²⁵ Courtney G JOSLIN, "Nurturing parenthood..", *op.cit.*, p. 602.

⁵²⁶ *Act on the Opening up of Civil Marriage*, del 21 dicembre 2000, in vigore dal 1 aprile 2001.

paese al mondo ad introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Al contempo, il sistema olandese ha introdotto la *stepchild adoption*⁵²⁷, sulla quale ha basato per anni per la determinazione della comaternità.

Dopo oltre un decennio dal riconoscimento delle famiglie omoparentali, è avvenuta nel 2013 una sostanziale riforma per il diritto di famiglia, con l'introduzione di due leggi di grande rilevanza: *Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap*, una legge per rimuovere le differenze tra Registered Partnership e Matrimonio⁵²⁸ e la *Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie*, legge per

⁵²⁷ *Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, del 21 dicembre 2000, in vigore dal 1 aprile 2001, secondo la quale si poteva adottare il figlio del partner, accreditando una relazione di almeno 3 anni con il genitore ed un anno di convivenza con il minore. Arts. 1:227(3) e 1:228(1)(f) BW (Burgerlijk Wetboek=Codice Civile). Nekelle KOFFEMAN, *Morally sensitive issue and cross-border movement in the EU*, Intersentia, 2015, p. 583. La procedura è stata nettamente semplificata nel 2009, anno nel quale è stata introdotta anche la *joint adoption*. Nel caso di coppie di donne, è stato abolito il requisito dei 3 anni di convivenza, essendo sufficienti solo 12 mesi di convivenza con il minore o iniziata prima del parto, durante la gravidanza, con effetti dal momento della nascita. *Ibidem*.

⁵²⁸ Stb. 2013/486. Citato in Ian CURRY-SUMNER, Machteld VONK, "Dutch Co-Motherhood in 2014", in Bill ATKIN (Ed), *The International Survey of Family Law*, 2014 ed, Family Law, p. 362.

determinare la comaternità in maniera distinta dall'adozione (c.d. legge sulla comaternità)⁵²⁹. Ci soffermeremo su quest'ultima, che ha arricchito ed integrato nuove regole riguardanti le relazioni materno-filiali.

L'introduzione di un sistema di comaternità diretta è stata sollecitata dal governo⁵³⁰, frutto di un previo ed approfondito studio condotto dalla Commissione Kalsbeek⁵³¹. Uno dei principali motivi per i quali si è giunti all'introduzione di un sistema di filiazione diverso dal precedente, si fonda sul diritto del minore a non essere discriminato. La caratteristica principale di questo modello è l'approccio dal punto di vista del minore, sovente assente o secondario in altri sistemi⁵³². Il ragionamento degli esperti si è consolidato *non* sul diritto dei genitori a compiere il loro progetto parentale, ma sulla differenza di trattamento che ricevono i figli nati da una coppia eterosessuale e quelli nati da una coppia omosessuale⁵³³. A parere degli esperti della Commissione Kalsbeek, qualsiasi

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, n. 60. citato in Nekelle KOFFEMAN, *Morally sensitive issue.. op.cit.*, p. 588

⁵³¹ *Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (Commissie Kalsbeek)*, report ottobre 2007, <http://www.aoo.nl/downloads/2007-10-31-MvJ.pdf> (Ultimo accesso 23/03/08). Citato in Nekelle KOFFEMAN, *Morally sensitive issue.. op.cit.*, p. 588

⁵³² Nei quali si parla spesso di uguaglianza tra genitori dello stesso sesso rispetto a coppie di sesso diverso, e poco di minori nati nel seno di questi.

⁵³³ Machteld VONK, *Bill on Lesbian Parenthood in the Dutch Senate*, <http://leidenlawblog.nl/tag/parentage+law> (Ultimo accesso 23/03/18)

nascituro aveva il diritto di beneficiare dello status legale di figlio della famiglia che li avesse voluti, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei genitori⁵³⁴.

Con l'entrata in vigore della legge sulla comaternità⁵³⁵, è stato introdotto il concetto di *genitorialità sociale* come base per determinare la genitorialità legale, nonostante le opinioni contrastanti previe all'adozione del testo di legge⁵³⁶.

Così come modificato nel 2014, il nuovo articolo 198 del *Burgerlijk Wetboek* (d'ora in avanti BW, Codice Civile olandese, libro primo, delle persone e della famiglia) prevede che sia determinata come madre:

- a) La donna che dà a luce;
- b) La coniuge o la partner di colei che dà a luce, qualora il figlio sia stato concepito mediante TRA facendo uso di

⁵³⁴ KALSBEK COMMISSIE, Rapport Lesbisch Ouderschap, Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, 2007. (<http://www.aoo.nl/downloads/2007-10-31-MvJ.pdf> ultimo accesso 10.02.2020). Report analizzato in Ian CURRY-SUMNER, Machteld VONK, "It all depends on who you ask: Dutch parentage law in four acts", in Bill ATKIN (ed.), *The international survey of family law* 2009 Edition, Bristol, Jordan Publishing, 2009, pp. 329-352.

⁵³⁵ *Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie*, Stb. 2013/480, entrata in vigore il 1 aprile 2014, consultato qui http://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2014-04-01#Boek1_Titeldeel11_Afdeling1_Artikel198 (ultimo accesso 28.11.2020).

⁵³⁶ *Advisory division of the Council of State, Opinion of 15 April 2011, Karmerstukken II 2011/12, 33 032, n. 4*, citato in Nekelle KOFFEMAN, *Morally sensitive issue.. op.cit.*, p. 588

materiale genetico di un donatore anonimo, conforme a quanto stabilito dal *Donor Information Act*;

- c) Colei che riconosce il figlio;
- d) Colei che é stata determinata madre per via giudiziale;
- e) Colei che ha adottato il minore.

Allo stesso tempo, ci si interrogava altresì sulla convenienza dell'estensione dell'autorità parentale a più di due persone e la multiparentalità per coppie di donne che avessero fatto ricorso a un donante conosciuto (*vid. infra* par. 5). Ad oggi, i modi per stabilire la comaternità sono quattro: (1) automaticamente per legge, (2) mediante riconoscimento, (3) mediante dichiarazione giudiziale (4) mediante adozione. Mi riferirò ad ognuno di questi in maniera separata.

3.1. Comaternità *by operation of the law*

Iniziamo quel che viene definita comaternità *by operation of the law*⁵³⁷. Affinché il certificato di nascita racchiuda la *comadre* e la *madre che ha dato a luce*, occorre che siano rispettati due requisiti: 1) matrimonio o *registered partnership* tra le due

⁵³⁷ Ian CURRY-SUMNER, Machteld VONK, "Dutch Co-Motherhood in 2014", in Bill ATKIN (Ed), *The International Survey of Family Law*, 2014 ed, Family Law, p. 362.

donne; e 2) uso di un trattamento riproduttivo presso una clinica o ospedale autorizzato.

Rispetto al primo punto, vediamo come l'articolo 198 BW trova applicazione solo quando tra le due donne vi sia una relazione formale, sia essa di natura coniugale o registrata (*huwelijk/partnerschap*)⁵³⁸. Questo requisito é analogo a quello richiesto per le coppie di sesso diverso affinché si possa applicare la presunzione di paternità ai sensi dell'art 199 BW. In questo contesto, gli esperti la definiscono una presunzione di consenso⁵³⁹, così come illustrata supra (*cfr.* Cap. III, par. 4).

Rispetto al secondo punto, il legislatore olandese impone che si faccia uso di una struttura autorizzata. Con l'entrata in vigore della *Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting* del 2002, legge sui dati dei donatori per le TRA, non è più possibile

⁵³⁸ Già dalla fine degli anni '90, in Olanda era possibile costituire una unione registrata tra coppie dello stesso sesso con parziali effetti sulla filiazione, Wendy M. SCHRAMA, "Registered partnership in the Netherlands", *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 13, n. 3, 1 December 1999, pp. 315-327.

⁵³⁹ [...] "As these (married/registered) couples have made such a vow, in general it may be presumed that if a child is born during the relationship, they intend to assume the responsibility for this child. This justifies the automatic creation of legal parentage of these two parents who are married to each other or in a registered partnership". GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood*, del 7 dicembre 2016, p. 38. Disponibile qui:

<https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21ste-century> (ultimo accesso 20.11.2020).

essere un donatore anonimo né fare uso di costoro⁵⁴⁰. Si è passati, infatti, al mantenimento dei soli donanti che accettassero di cedere i propri dati alla banca del seme, affinché la struttura presso la quale l'uomo si recasse, potesse disporne. I dati dei donanti vengono catalogati e trasmessi ad un registro centrale, e da questo archiviati⁵⁴¹. A ben vedere, dunque, si tratta di un donatore *sconosciuto* (alle donne) ma non *anonimo*. Il fatto che il donante sia sconosciuto alle donne non implica che questo sarà sconosciuto per il bambino⁵⁴².

Di qui, il legislatore ha imposto l'uso di un solo tipo di donante, quello non anonimo o identificabile, ed ha predisposto la creazione un registro centrale, il *Donor Data*

⁵⁴⁰ Nel quinquennio 1997-2002, in Olanda vi era un sistema a doppio binario per il quale gli utenti delle cliniche potevano scegliere se ricorrere ad un donatore anonimo o se, al contrario, preferivano riservarsi la possibilità di avere accesso, un domani, all'identità dell'uomo. Pim M.W. JANSSENS e altri, "A New Dutch Law Regulating Provisions of Identifying Information of Donors to Offspring: Background, Content and Impact", *Human Reproduction*, Vol. 21, n. 4, 2006, p. 852-856.

⁵⁴¹ Ad ogni modo, i dati non sono rivelati alla donna o alla coppia coinvolta nel procedimento.

⁵⁴² Dopo che il trattamento ha avuto luogo, ai dati riportati nel registro può accedere solo il concepito mediante tale materiale genetico. Vi sono due momenti decisivi il quando alla loro comunicazione. Una volta raggiunta l'età di 12 anni, può avvenire una rivelazione parziale limitata alle caratteristiche fisiche e sociali. Il minore dovrà attendere l'età di 16 anni per conoscerne l'identità ed avere il primo contatto con il donante. Ian CURRY-SUMNER, Machteld VONK, "Dutch Co-Motherhood in 2014", *op.cit.*, p. 362.

Foundation (in avanti, DDF)⁵⁴³. L'Olanda è così rientrata nella lista dei paesi occidentali contro l'anonimato dei donatori, schierandosi a favore del palesamento anziché del segreto rispetto all'origine del materiale genetico impiegato⁵⁴⁴.

La funzione della DDF è, in questo contesto, rilevante tanto quanto lo stato civile della coppia. Per l'automatica determinazione della comaternità non sarà infatti sufficiente essere sposate o in una *registered partnership*. Il modello olandese presenta un correttivo rispetto ai modelli basati sulla presunzione di comaternità "pura" ed unicamente vincolati allo stato civile della coppia.

Per completare la registrazione della nascita e l'espletamento del certificato di nascita a favore delle due mamme, la legge esige la trasmissione di una dichiarazione della DDF⁵⁴⁵. Questa attesta due circostanze fondamentali:

⁵⁴³ www.donorgegevens.nl

⁵⁴⁴ La pratica della rivelazione è mutata negli anni, passando dall'occultamento alla confessione delle informazioni riguardo il concepimento. Tabita FREEMAN, Sophie ZADEH, Vanessa SMITH, Susan GOLOMBOK, "Disclosure of sperm donation: A comparison between solo mother and two-parent families with identifiable donors.", in *Reproductive Biomedicine Online*, 2016, 33, 592-600.

⁵⁴⁵ Criticata dagli esperti, i quali raccomandano l'abolizione di questo secondo requisito. *Vid.* GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Child and parents in the 21st century...op.cit.* p. 42.

- Che si è fatto uso di una clinica olandese autorizzata, così come previsto dal *Donor Data Act*
- Che l'identità del donante è sconosciuta alle donne

In realtà, si tratta di un procedimento piuttosto semplice, in quanto la dichiarazione (*Juridisch ouderschap*) si può richiedere online o per posta ed è completamente gratuita e si può ottenere già durante la gravidanza, così da essere trasmessa al registro di stato civile prima del parto. In questo modo, si assicura la determinazione della comaternità dal momento della nascita, iscritta entro 3 giorni dal parto [sec. 19e(6) BW]. L'iscrizione avviene nel comune in cui è iscritto il bambino, con effetti giuridici dal giorno della nascita⁵⁴⁶. In assenza della certificazione della DDF, la comaternità è compromessa. In generale, è precluso alle donne che abbiano acconsentito alle tecniche di impugnare la filiazione, che diviene perciò irrevocabile, salvo vizi del consenso, nel breve limite temporale di un anno.

⁵⁴⁶ Si consiglia di attivare questo procedimento durante la gravidanza poiché ci sono dei tempi d'attesa da rispettare: la clinica dove è avvenuto il trattamento dispone di 24 settimane per trasmettere tutti i dati del donante alla DDF. Nel caso in cui non siano ricevuti nei tempi stabiliti, la DDF si attiva per richiederli formalmente alla clinica. Successivamente, la DDF rilascia l'attestazione su richiesta alle comadri. Per questo secondo passaggio, sul sito ufficiale non vi è una tempistica esatta, ma si afferma che questa può tardare "alcune settimane". <https://www.donorgegevens.nl/ouderschapsverklaringen/ouderschapsverklaring-aanvragen>

L'aspetto più rilevante di questa procedura riguarda la persona legittimata a richiedere la documentazione. L'unica persona a cui è consentito richiedere il *Juridisch ouderschap* è la madre gestante. È fondamentale pertanto che tra le donne vi sia completo accordo perché, in caso contrario, la comadre non ha alcuno strumento per obbligarla ad attivare il procedimento di richiesta e pertanto, non avrà modo di essere iscritta come tale nel RC dalla nascita *ex art. 1:198 (1) b BW*.

Seppur partendo dal fatto che due persone, sposate o conviventi, si siano recate *insieme* presso una clinica ed abbiano affrontato la gravidanza, solo una di loro è la persona intitolata per agire ed ottenere un documento di fondamentale importanza ai fini di stabilire la filiazione del nascituro.

Occorre allora domandarsi cosa succeda nel caso in cui non si disponga della dichiarazione della DDF. Questa può derivare da due distinte circostanze problematiche che si analizzano separatamente.

- Caso A: uso di un donatore sconosciuto in clinica olandese ma manca la dichiarazione del DDF per mancata cooperazione da parte della madre gestante o crisi di coppia

- Caso B: uso di un donante conosciuto o di un trattamento all'estero, per il quale non è possibile l'ottenimento della dichiarazione del DDF

Il caso A é stato affrontato dalla corte nella sentenza 4592/2017⁵⁴⁷, nel quale la corte dichiara che, in mancanza della dichiarazione ai sensi dell'art. 1:198 (1) lett. B, la comaternità non trova applicazione e non vi sono ulteriori strumenti per rimediare a tale situazione (punto 2.4.7. della sentenza). I giudici sottolineano le condizioni necessarie per la comaternità ai sensi del citato articolo e per questo rigettano la richiesta della comadre, suggerendole di intraprendere una tra le altre vie legali per raggiungere lo stesso fine: *the law provides for the possibility of obtaining legal parenthood through other ways if legal parenthood does not automatically arise*⁵⁴⁸.

Dall'analisi di questa sentenza si evince la debole - debolissima, posizione della comadre che, malgrado il compimento dei requisiti che per legge dovrebbero automaticamente assicurarle il vincolo materno filiale con il concepito - ovvero il matrimonio e l'uso di un donatore sconosciuto in una clinica olandese, si vede esclusa da ogni

⁵⁴⁷ Sentenza del 25.08.2017, Corte di East Brabant C / 01/ 315144 / FA RK 16-6116. Link alla sentenza: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOBR:2017:4592>, ultimo accesso il 23.04.18

⁵⁴⁸ Traduzione letterale del punto 2.4.9. della sentenza.

diritto sul minore. A quali meccanismi legali può appellarsi la comadre? La via dell'adozione, in assenza del consenso di della madre biologica, è preclusa. Non rimane che la via del riconoscimento nel quale l'autorità competente può sostituirsi alla volontà della madre biologica, qualora consideri che il riconoscimento sia nell'interesse del minore [art. 204 (4) BW].

Nel caso B, se le donne decidono di ricorrere ad un donante conosciuto, all'estero o al di fuori di una clinica olandese autorizzata mediante acquisto di materiale genetico online, l'articolo 198 (1) b BW non troverebbe applicazione giacché sarebbe impossibile ottenere la necessaria autorizzazione della DDF, di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente. Non potendo verificare e gestire i futuri rapporti tra donanti e concepiti, la comaternità *by operation of the law* é preclusa.

Per determinare la comaternità, alle due non resterebbe che avvalersi della via del riconoscimento o dell'adozione.

3.2. Riconoscimento

Il riconoscimento è disciplinato agli art. 208 e ss BW ed è redatto in termini neutri che permettono anche alla comadre

di beneficiarne. Dato che le circostanze sono analoghe a quanto accada per i VAP, si rinvia al par. 2.1.3. del presente capitolo⁵⁴⁹.

3.3. Adozione del figlio della partner in casi speciali

L'adozione rimane, in Olanda, una possibilità residuale per la determinazione della comaternità⁵⁵⁰, semplificata da un emendamento al codice civile, modificato dalla legge sull'adozione di coppie dello stesso sesso nel 2009⁵⁵¹. Nel caso di *stepchild adoption*, è necessario che vi sia stato almeno un anno di convivenza tra l'adottante ed il minore, tempo nel quale questa si è presa cura dell'adottato come un genitore⁵⁵². Il principio fondamentale è che l'adozione sia sempre nell'interesse del minore⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Gli esperti suggeriscono di rimpiazzare il concetto di riconoscimento del figlio del coniuge con "assumption of maternity" dato che il riconoscimento è un termine sbagliato perché tende ad affermare quella che è la realtà biologica con quella fattuale. Al contrario, nel caso di coppie di donne, la comadre persegue il fine di essere riconosciuta sull'esclusiva base volitiva. *Vid.* GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Child and parents in the 21st century...op.cit.* p. 43.

⁵⁵⁰ Art. 1:198 (1) lett. E BW.

⁵⁵¹ *Wet van 24 oktober 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen*, *Staatsblad* 2008/425. GU 425/2008. Approvato il 24 ottobre 2008, in vigore dal 1 gennaio 2009.

⁵⁵² Art. 228 (1)(f).

⁵⁵³ Art. 227 (3).

Eccezionalmente, però, queste condizioni però non trovano applicazione in due circostanze: (1) nel caso in cui si tratti di adozione della comadre (2) nel caso in cui si sia in possesso della dichiarazione del DDF.

L'adozione da parte della *comadre*⁵⁵⁴ è nettamente agevolato dal legislatore, poiché per concludere il procedimento è necessario solamente il consenso della madre biologica e, se la richiesta è promossa entro i 6 mesi dalla nascita, questa avrà effetto dalla data di presentazione della richiesta⁵⁵⁵. In tutti gli altri casi, sarà efficace dal momento della sentenza di adozione⁵⁵⁶. Grazie a questa modifica, quasi totalità delle stepchild adoption, hanno riguardato il caso di adozione di un neonato da parte della partner⁵⁵⁷.

L'altro caso di adozione semplificata riguarda il procedimento posto in essere accompagnato dalla dichiarazione della DDF.

⁵⁵⁴ Art 228 (3). Si riferisce esclusivamente alla compagna (donna) della madre biologica.

⁵⁵⁵ Art. 230 (2).

⁵⁵⁶ Art. 230 (1).

⁵⁵⁷ Nel 2010, su 443 stepchild adoption, 366 hanno riguardato l'adozione del figlio della partner femminile ai sensi dell'art. 228 (3). Dati del CBS (Central Bureau of Statistics) 23 April 2011, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2012/17/adoptie-kind-van-partner-vooral-bij-twee-moeders>. (ultimo accesso: 29/04/18) Citato in Machteld VONK, "Same-Sex Parents in The Netherlands", in Emmanuelle BOUVIER DE RUBIA, Aliette VOINNESSON (eds.) *Homoparentalité ? Approche comparative*, Collection Colloques Société de législation comparée, 2012, p. 13-40.

Infatti, allegandola alla richiesta di adozione, questa é sempre garantita⁵⁵⁸.

Le richieste così formulate sono esigue. Il motivo che può spingerle ad optare per questo procedimento anziché per quello previsto all'articolo 198 BW, par. 1. lett. b, risiede nell'irrevocabilità e nell'ampio riconoscimento delle sentenze di adozione all'estero⁵⁵⁹.

4. La multiparentalità: il dibattito

In questa tesi ci siamo centrati sulla conformazione di famiglie omoparentali composte da due donne che fanno uso di trattamenti riproduttivi autorizzati. Tuttavia, si è spesso accennato al fatto che queste potrebbero talvolta far ricorso alla pratica dell'autoinseminazione, grazie al contributo di un terzo in veste di donatore conosciuto. Oltre che necessario, è frequente, in caso di coppie di donne, fare ricorso ad un donatore che può essere conosciuto, come un amico o un familiare. Non è raro che la coppia decida di integrare insieme all'uomo, un nucleo familiare non limitato a due genitori. Pertanto, dopo aver esplorato le varianti disponibili per

⁵⁵⁸<https://www.donorgegevens.nl/ouderschapsverklaringen/meemoed eradoptieprocedure>.

⁵⁵⁹ *Cfr.*, vantaggi dell'adozione, Cap. II par. 7.

determinare la comaternità, sorge un'ultima complicata questione senza dubbio difficile da risolvere in poche linee. Può un minore avere *piú di due* genitori?

Gli ordinamenti qui analizzati si sono approcciati alla questione, seppur con esiti diversi.

Al momento nel panorama europeo non vi è alcun ordinamento giuridico che preveda la multiparentalità, seppur il modello olandese è quello che piú si è interessato ad una proposta simile, seppur mai portata a termine. Quella avanzata dagli esperti si basava su un accordo previo alla nascita e non come soluzione a posteriori⁵⁶⁰, per la quale si potrebbe configurare unicamente un'ipotesi di adozione⁵⁶¹. Affinché gli accordi siano legalmente riconosciuti, la bozza prevedeva uno scrupoloso al filtro giudiziale previo al concepimento⁵⁶², volto a incentivare le parti a comprendere e ragionare sulle conseguenze derivate dal patto. La bozza si delineava come una soluzione completa e al contempo cauta

⁵⁶⁰ Simile alla proposta canadese, *vid infra*. par 5.2.

⁵⁶¹ GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Child and parents in the 21st century...op.cit.* p. 64. Interessante lo studio empirico condotto su famiglie multiparentali di cui parla Masha ANTOKOLSKAIA e altri, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (Parental authority by multiple parents: a solution for children who have more than two parents? An empirical and comparative legal study), Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 67.

sulla tipologia di accordi potenzialmente permessi ed iscrivibili automaticamente dal momento della nascita. Nonostante il supporto degli esperti, la proposta è stata rigettata⁵⁶³. Tuttavia, il governo ha dichiarato di voler riconsiderare il tema dal punto di vista della responsabilità parentale, e non della filiazione, avanzando una nuova proposta che ipotizza fino a due persone in più rispetto ai genitori legalmente determinati come tali⁵⁶⁴.

5. La multiparentalità: una soluzione già a disposizione

La multiparentalità è già divenuta una possibilità in alcuni contesti che pare interessante osservare. Si tratta, tra gli altri, di alcuni paesi statunitensi ed altri canadesi. Li commentiamo brevemente.

5.1. La proposta statunitense

⁵⁶³ Machteld VONK, *Dutch Government proposes partial parental responsibilities for up to two caregivers besides legal parents*, 12 luglio 2019, disponibile qui: <https://machteldvonk.wordpress.com/partial-parental-responsibilities-for-up-to-two-caregivers-besides-the-legal-parents/> (ultimo accesso 20.11.2020).

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

Negli USA, la multiparentalità è regolata come un'eccezione in alcuni stati che hanno aderito alla proposta dell'UPA. La sec. 613 si occupa di controversie che vedono coinvolti la concorrenza della reclamazione della filiazione da parte di più di un *individual* rispetto allo stesso minore. Questa dota gli operatori giuridici di due alternative, una di impronta decisamente classica e l'altra nettamente d'avanguardia. Nel primo caso, il tribunale può concludere che un bambino non può avere più di due genitori e che dunque, tenendo conto dell'interesse superiore del minore, si determinerà la filiazione a favore di colui o colei che avrà mantenuto, tra gli altri criteri illustrati dalla sec. 609 (*vid supra* par. 2.2.1.), un rapporto più importante e duraturo con minore. La seconda alternativa consente al giudice, in talune circostanze, di stabilire che un bambino possa avere più di due genitori legali. Il punto di partenza, e allo stesso tempo il limite all'esercizio di tale azione, è rappresentato dall'interesse superiore del minore, tradotto, nello specifico, nell'esame dei requisiti di cui alla sec. 609 e, in addizione a questi, nel dare estrema importanza al danno ipoteticamente sofferto dal minore nel caso in cui la persona reclamante non possa determinare la propria filiazione [sec. 613 (a)(4)] e a quello derivante qualora detta relazione venisse interrotta [sec. 613 (a)(6)]. Se la decisione di lasciar fuori dal nucleo familiare una persona significativa per

il minore può arrecargli un “harm”, la scelta del giudice dovrebbe preferentemente inclinarsi verso la multiparentalità.

Questo è quanto si prevede nel contesto californiano [sec. 7612 (c) CFC]. Nonostante si colga l’originalità del precetto, si è optato per un modello di determinazione della multiparentalità basato su una relazione posteriore alla nascita, piuttosto che previa, e decisa giudizialmente caso per caso⁵⁶⁵. La multiparentalità, ai sensi della sec. 7612 CFC, offre una possibilità aggiuntiva ad una coppia di donne, permettendo di mantenere il doppio vincolo filiale tra di esse dal momento della nascita, mentre l’aggiunta di un terzo membro al nucleo familiare è un evento futuro basato sull’interesse superiore del minore, verificato da parte del giudice, e sempre che vi sia possesso di stato⁵⁶⁶. Ritengo dunque che si tratti di una buona soluzione *ex post*, per far fronte a situazioni di fatto create in un secondo momento, ma carente in caso di un progetto parentale tripartito sin dal momento anteriore al concepimento⁵⁶⁷. Per un riconoscimento

⁵⁶⁵ Pertanto, si ripresentano le problematiche di una determinazione tardiva di filiazione rispetto ad una terza persona.

⁵⁶⁶ Anche in Argentina sono emersi casi di triplice filiazione in via giudiziale, nonostante questi siano stati casi manifestamente eccezionali decisi, in assenza di una normativa specifica, sull’interesse superiore del minore. *Cfr.* Cap. V par. 3.1.1.

⁵⁶⁷ La medesima soluzione è adottata in altri tre stati degli USA: Del. Code Ann. tit. 13, § 8-201(a)(4), (b)(6), (c); D.C. Code § 16-909(e); Me. Rev. Stat. tit. 19-a, § 1853(2). Inoltre, anche dove il precetto non è stato adottato in questi

da prima ancora del parto, occorrerà attendere qualche tempo. Frattanto, vediamo la soluzione di altri paesi che ammettono la multiparentalità concepita come un accordo previo al concepimento e, pertanto, valido dalla nascita.

5.2. La proposta canadese

La multiparentalità *dalla nascita* è disciplinata più dettagliatamente in due stati canadesi, Ontario e British Columbia. I riferimenti legislativi a cui faremo allusione sono, la *Children's Law Reform Act* (CLRA) per il primo e la *Family Law Act 2011* (FLA) per il secondo.

In entrambi gli stati, la determinazione della filiazione si basa sull'accordo delle parti, che dev'essere previo al concepimento [sec. 9 (a) (a) CLRA; sec. 30 (1) FLA]. Il patto deve necessariamente includere l'attribuzione della maternità nei confronti della madre gestante [sec. 9 (2) (b) CLRA; sec. 30 (1) (b) FLA], escludendo pertanto i casi di GPA. Gli accordi possono includere fino a tre persone in British Columbia

termini, in via giurisprudenziale è stato riconosciuto il ruolo del *de facto parent* incorporato al nucleo familiare. *Cfr.*, per esempio, *Interest of P.S.*, 505 S.W.3d 106 (Tex. Ct. App. 2016) (triplice affidamento); *re Parentage of J.B.R. Child*, 336 P.3d 648, 653 (Wash. App. Ct. 2014) ("The fact that [the child] has two living biological parents does not prohibit [the child's stepparent] from petitioning for de facto parentage."). *Commento all'art. 613 UPA, op.cit.* p. 57.

[sec.30 (1) (b) (i) FLA] e fino a quattro in Ontario [sec.9 (2) (a) CLRA]. Detto accordo riproduttivo si può portare a termine, tra l'altro, con o senza l'ausilio di tecniche riproduttive, includendo in entrambi i casi anche il ricorso all'inseminazione domestica [sec. 9 (2) (c) CLRA⁵⁶⁸; sec. 30 (1) (a) FLA⁵⁶⁹]. L'interesse superiore del minore è uno dei criteri da tenere in conto in sede di iscrizione dell'accordo in Ontario [sec. 13 (5) (4) CLRA], e ritengo che, nonostante non espressamente previsto dal FLA, sia altresì un principio ragionevolmente preso in considerazione⁵⁷⁰.

Qualora una coppia di donne, assieme al donatore o amico decida di compiere un progetto parentale composto dai tre (o quattro) soggetti, la normativa del CLRA e del FLA risulta avanguardista giacché permette alle parti di decidere liberamente come gestire le relazioni filiali in queste circostanze. Seppur la soluzione presunta o determinata ex lege è quella di un doppio vincolo filiale, non vi è alcun ostacolo qualora si volesse abbracciare un concetto di famiglia

⁵⁶⁸ Gli accordi sono permessi anche in caso di concezione mediante relazione sessuale. In questo caso, tuttavia, è necessario che il padre biologico sia sempre parte dell'accordo [sec. 9 (2) (c) CLRA].

⁵⁶⁹ La sec. 20 (1) FLA include, nel concetto di riproduzione assistita, il ricorso ad autoinseminazione.

⁵⁷⁰ Jens SHERPE, "Breaking the existing paradigms of parent-child relationships", in Gillian DOUGLAS, Mervyn MURCH, Victoria STEPHENS (eds.), *International and National Perspectives On Child and Family Law. Essays in honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, p. 354.

piú ampio ed inclusivo di eventuali altri soggetti implicati nel progetto riproduttivo sin dall'inizio e con le responsabilità ed obbligazioni che derivino dall'accordo sottoscritto, senza che questo comporti la rimozione del duplice vincolo materno-filiale.

Sebbene sia evidente che la multiparentalità é un'opzione rara e fruibile in pochissimi ordinamenti giuridici, questa dimostra come la tendenza di allargare il nucleo familiare tradizionale sia diventato non solo possibile, ma anche talvolta consigliabile per il minore. Giacchè le famiglie omoparentali hanno sempre bisogno della contribuzione genetica di un terzo, ritengo che lasciare all'autonomia delle parti la libertà di formare, costruire e modellare il proprio nucleo familiare, risulti una scelta adeguata per soddisfare le necessità di famiglie che esulano dai canoni standardizzati della c.d. famiglia tradizionale. Ciò non significa che tutte le coppie di donne decidano di far uso di un donatore conosciuto o che vogliano intraprendere un progetto parentale esteso⁵⁷¹. Tuttavia, l'introduzione di regimi di diversa intensità permetterebbe di adeguare e modulare le intenzioni dei genitori alle esigenze delle famiglie in fase di creazione o già

⁵⁷¹ Ancora oggi infatti la tendenza di donne sole e coppie di donne è maggioritariamente inclinata verso l'impiego di donatori anonimi per non avere in futuro possibili interferenze da parte di questi.

formate, sia che questi siano composti da due potenziali genitori che da piú persone.

Al momento, ciò che certo è che il mancato riconoscimento giuridico di queste situazioni non impedisce che la multiparentalità *de facto* esista⁵⁷². Prima o dopo, ci si dovrà interrogare su di essa.

6. Riflessioni finali

Il modello delineato dall'UPA è sicuramente quello dal carattere piú permissivo e rivoluzionario tra quelli analizzati in questa tesi. La proposta di diritto uniforme contempla vari meccanismi per determinare la comaternità e, piú in generale, offrire protezione giuridica ai genitori non biologici. Quelli menzionati nel presente capitolo dimostrano pregi e svantaggi per cui risulta necessario fare un bilancio tra quelli che ritengo piú vantaggiosi e affini alle necessità di coppie di donne. I meccanismi previsti in questo capitolo assicurano un trattamento piú equo nei confronti di coppie omosessuali, trattate in ogni contesto al pari di quelle eterosessuali, sia sul piano formale che su quello sostanziale, grazie soprattutto alla

⁵⁷² Così come accade al momento per la comaternità *de facto* in tutti quegli ordinamenti che non ne la riconoscono legalmente.

completa rivisitazione della terminologia *gender neutral* che ritengo ben riuscita.

Considero che, per garantire maggiore sicurezza giuridica per il minore e per le famiglie che compongono detto nucleo affettivo, la soluzione migliore, se la nascita di un figlio è stata davvero pianificata previamente, è quella che offre la possibilità ai neogenitori di essere determinati tali dalla nascita, e che tale decisione sia irrevocabile. A tal fine, i meccanismi che lo garantiscono sono, in ultimo esame, la presunzione di comaternità, il consenso alle tecniche riproduttive quale titolo autonomo di determinazione della filiazione e il riconoscimento, qualora avvenuto contestualmente alla nascita. Possiamo sostenere che, laddove i precetti dell'UPA trovano piena applicazione, questi tre risultano allo stesso modo soddisfacenti e consigliabili⁵⁷³. Il consenso, in questa sede, è comunque configurato come il pilastro della parentela in tutte le sue sfaccettature.

In secondo luogo, il riconoscimento della relazione di fatto, che può scaturire dalla nascita [sec. 704 (b) (2)] o successivamente (sec. 609) sono soluzioni interessanti per far fronte a problematiche sorte successivamente, ma incapaci di garantire

⁵⁷³ Come già avvertito, la differenza soggiace nei mezzi di impugnazione della filiazione determinata in uno o altro modo.

protezione giuridica alla comadre ed al minore sin dal primo momento. Tuttavia, il mantenimento di questa disciplina mantiene una certa importanza qualora si intendano come soluzioni intermedie o sussidiarie per evitare di incappare in procedimenti giudiziari piú complessi.

Oltre alla comaternità, il diritto dovrebbe oggi valutare le relazioni in senso lato, includendo quelle basate sull'impegno, sulla reciproca dipendenza e sulla cura, piuttosto che unicamente quelle che dimostrino un legame romantico-sessuale. É necessario un appello volto a riconoscere il valore di diverse relazioni di parentela, che potranno configurarsi anche tra amici o parenti allargati⁵⁷⁴, oppure sulla multiparentalità.

D'altra parte, anche il modello olandese presenta sfaccettature interessanti che credo che siano ampiamente compatibili in un futuro con ordinamenti presentati anteriormente, soprattutto con quelli europei. La possibilità di notificare le intenzioni delle comadri all'ufficio dello stato civile prima ancora della nascita, così come l'adozione semplificata, garantiscono che il minore nasca con due figure materne legalmente determinate.

⁵⁷⁴ Ayelet BLECHER-PRIGAT, "Conceiving Parents", *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 41, 2018, p. 177.

In termini generali, credo che un modello misto sia quello che garantisce nel migliore dei modi l'interesse superiore del minore e quello delle comadri. Se il fine ultimo del legislatore è quello di garantire la filiazione rispetto a due donne, prevedere delle vie di determinazione della comaternità principali ed altre sussidiarie risulta la soluzione migliore che si possa adottare.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el presente estudio se ha puesto de manifiesto cómo la determinación de una segunda filiación materna es una cuestión todavía desconocida en muchos ordenamientos de nuestro entorno. Unos de los principales problemas a los que se enfrenta la comaternidad es su estrecho vínculo con otras cuestiones afines, como es el reconocimiento, en el plano legal, de las uniones entre personas del mismo sexo. La regulación del matrimonio y figuras análogas resulta imprescindible para llegar a determinar, de manera apropiada, la filiación respecto de dos mujeres. Asimismo, entre los ordenamientos que han intentado dar cabida al reconocimiento de las uniones homosexuales y han abordado la cuestión de la comaternidad, ésta se encuentra frecuentemente sólo parcialmente regulada.

SEGUNDA.- La regulación de la comaternidad hoy en día resulta particularmente insatisfactoria en los ordenamientos jurídicos en los que el doble vínculo de filiación no encuentra traducción alguna en el plano legal, constituyendo una relación *de facto* que deja totalmente desprotegida a la progenitora no biológica y al menor. En estos sistemas, el recorrido más probable para la comaternidad a corto plazo será el recurso a la adopción del hijo de la cónyuge o compañera. Sin embargo, la posibilidad de determinar la

comaternidad -únicamente- mediante la adopción es insuficiente. La naturaleza de la filiación adoptiva no encaja con lo que se busca cuando el proyecto parental de dos personas ha sido conjunto desde un principio, es decir, previo a la concepción. La adopción del hijo del cónyuge o pareja sigue siendo un cauce legal adecuado para situaciones *de facto* y de familias ya constituidas, pero no es el más idóneo en caso de recurso a técnicas reproductivas, por no determinar la filiación desde el nacimiento. En este sentido, países como Italia y Francia deberían amparar soluciones de determinación de la comaternidad autónomas tras un tratamiento reproductivo, como la presunción de comaternidad o el consentimiento expreso como título autónomo de determinación de la filiación, o un sistema mixto.

TERCERA.- La comaternidad se puede establecer sin una manifestación expresa de consentimiento, cuando consten ciertos requisitos. En países como Reino Unido y Bélgica la filiación se determina a favor de la comadre en razón del estado civil, bajo el concepto de presunción de filiación. Considero que, en caso de recurso a tratamientos reproductivos en el marco de una pareja estable o casada, la ley debería contener una clara “presunción del consentimiento” supuestamente otorgado en ocasión del tratamiento reproductivo. Los breves plazos de impugnación

de la filiación y la consiguiente irrevocabilidad de la decisión de ser madres, convierten el modelo de la presunción de comaternidad en uno de los más adecuados para parejas de mujeres. Asimismo, cuando se trate de personas sin un vínculo estable de pareja o matrimonial, la comaternidad por consentimiento o por aceptación de la filiación seguirían siendo opciones viables para dar cabida incluso a proyectos parentales no basados en la unión afectiva o en la convivencia entre las progenitoras.

CUARTA.- En aquellos sistemas en los que el consentimiento es el fundamento de la filiación, las formalidades a respetar respecto de cómo tiene que ser la manifestación de dicha voluntad, puede ser problemática. Cuando la manifestación del consentimiento es posterior al nacimiento, es necesario esclarecer cuáles son los plazos y los requisitos obligatorios. De lo contrario, la ausencia de un mecanismo que obligue a la comadre a asumir la filiación de su compañera y los posibles hechos sobrevenidos que puedan darse, dejan igualmente desprotegidos a los sujetos implicados. Si no interviene un importante replanteamiento que comporte la introducción de mecanismos alternativos o subsidiarios para la determinación de la filiación, considero que este modelo no es idóneo para garantizar los intereses de las comadres.

QUINTA.- De manera general, en los ordenamientos que no prevean un sistema de determinación de la comaternidad, se podría introducir la presunción de comaternidad. También, se aboga por la conveniencia de sustituir el consentimiento posterior al nacimiento por un nuevo título de determinación de la comaternidad, la “aceptación de la filiación” pensada más en general, para los casos de filiación no biológica, que sería directamente inscribible e irrevocable, basada en la intención de la comadre o, en general, del progenitor intencional que haya participado en el proyecto parental. De igual manera, la aceptación de la filiación podría inscribirse incluso antes del nacimiento para que despliegue sus efectos desde el primer momento de vida del menor.

SEXTA.- En los modelos de comaternidad por consentimiento, la ausencia del mismo en las formas exigidas por la ley se ha subsanado a menudo acreditando situaciones fácticas que dejaban descifrar una clara voluntad del progenitor o progenitora intencional a asumir las consecuencias del proyecto parental. La tendencia a aceptar como válido un consentimiento tácito puede ser acertada en ciertos casos concretos, pero difícilmente encaja con un sistema que apuesta por la atribución de la filiación sobre la expresión del consentimiento como única vía de determinación de la comaternidad en consecuencia de una técnica reproductiva.

Cuando falte un consentimiento expreso, se podrían prever mecanismos alternativos –como la aceptación de la filiación– para la determinación de la misma, sin tratar de forzar algo que, formalmente, no se ha cumplido. Creo que el consentimiento tácito sólo puede valer en caso de que se configure una presunción de comaternidad en base al estado civil de las mujeres.

SEPTIMA.- En caso de recurso a técnicas reproductivas la filiación debería de ser impugnabile sólo en caso de vicio del consentimiento o ausencia de consentimiento. En este contexto, la carencia de vínculo biológico entre el progenitor de intención y el menor no debería ser relevante. De la misma manera, la mujer que consienta a la reproducción asistida de otra mujer debería asumir las consecuencias que deriven de su decisión libre, consciente y expresa y, por ende, vinculada a ser determinada legalmente comadre del menor.

OCTAVA.- Ambos modelos de comaternidad por presunción y por consentimiento pueden ser adecuados para la protección de familias compuestas por dos mujeres. Sin embargo, la configuración del modelo por consentimiento, por cómo está concebida hoy en día, presenta más desventajas. El cumplimiento de algunos requisitos, como plazos o manifestaciones del consentimiento admitido solo respetando ciertas formas, genera, en el seno de parejas de mujeres,

incertidumbres respecto a cuál debe de ser la vía correcta. En cambio, la presunción de comaternidad, que opera sobre la base de un único requisito –una relación estable de pareja– ofrece mayor protección jurídica a las comadres y al menor desde el momento del nacimiento. En este contexto, los vínculos maternos no sufren de la falta del cumplimiento de algún requisito formal. Este mecanismo invierte la carga de la prueba y la eventual impugnación de la filiación está circunscrita a supuestos muy limitados.

NOVENA.- Cada ordenamiento jurídico debería de prever al menos una de las distintas vías de determinación de la comaternidad analizadas en esta tesis. La configuración de un modelo mixto es, en términos absolutos, la más idónea para el fin pretendido. En efecto, un sistema en el que se brindan distintas soluciones principales con efectos desde el nacimiento –como la presunción de comaternidad, el consentimiento a las técnicas reproductivas y el reconocimiento– y otras subsidiarias para su posterior determinación –como la adopción del hijo de cónyuge o de la pareja, la posesión de estado y el reconocimiento legal del *de facto parent*– resulta adecuado y deseable para satisfacer las necesidades de familias homoparentales. Asimismo, sería aconsejable valorar la oportunidad de dar cabida, dentro de límites concretos impuestos por el legislador, a acuerdos

reproductivos privados cuya finalidad es la determinación de la filiación respecto de dos o más personas, hipótesis cada vez más frecuentes especialmente en parejas de mujeres.

BIBLIOGRAFIA

Francesca Rebecca ACOCELLA, "Love Is Love: Why Intentional Parenting Should Be the Standard for Two-Mother Families Created through Egg-Sharing", *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics Journal*, Vol. 14, 2016, pp. 479-510.

Belén ANDREU MARTÍNEZ, "La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?", *InDret* 1/2018.

Itziar ALKORTA IDIAKEZ, Esther FARNÓS AMORÓS, "Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio", *Oñati socio-legal series*, (Ejemplar dedicado a: Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural), Vol. 7, n. 1, 2017 pp. 148-178.

Masha ANTOKOLSKAIA et al., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (Parental authority by multiple parents: a solution for children who have more than two parents? An empirical and comparative legal study), Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014.

Tim AMOS QC e Joe RANIER, "Parenthood for same sex couple in the EU", *Same-sex relationship and beyond. Gender Matters in the EU*, Intersentia, 2017, pp. 79-122.

Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014*, Madrid, Dykinson, 2017.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Retos Actuales de la filiación*, Tecnos, 2018.

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación", *Revista de Derecho Privado*, n.6, 2017, pp. 3-22.

--, "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, n. 28, enero/diciembre 2014, pp. 93-136.

--, *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, 2013.

--, "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, n. 8, 2010.

Bruno BAREL, "Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero

all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single", *GenIUS*, 1/2020.

Annick BATTEUR, "Réflexions sur la filiation adoptive dans le cadre de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe", *CRDF*, n. 11, 2013, pp. 39-44.

Pilar BENAVENTE MOREDA, "Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida", *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 7, n. 7, 2017, pp. 1-36.

-- "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, n. 1, 2011, pp. 75-124.

Pilar BENAVENTE MOREDA, Esther FARNÓS AMOROS (Coord.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, n. 2179, 2015.

Younés BERNAND, "A Chronicle of French Family Law: The decline of international adoption", *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, 2015.

Julia Sandra BERNAL CRESPO, "Los derechos fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción", *Estudios Constitucionales*, Año 11, n. 1, 2013, pp. 605-620.

Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile. Vol. 2.1 La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017.

--, "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, Vol. 59, n. 1, 2013, pp. 1-6.

Emanuele BILOTTI, "Il riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri di "stepchild adoption" da parte del coniuge "same sex" del genitore biologico: il Tribunale per i Minorenni di Bologna solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184/1983", *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno I, n. III, ottobre/dicembre 2014.

Roberto BIN, Giuditta BRUNELLI, Andrea GUAZZAROTTI, Andrea PUGIOTTO, Paolo VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici" . Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, "Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica", *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 90, n. 4, 1991, pp. 953-982.

--, "La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación", *Anuario de derecho civil*, Vol. 44, n. 2, 1991, pp. 697-718.

Ayelet BLECHER-PRIGAT, "Conceiving Parents", *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 41, 2018, pp. 119-177.

Katharina BOELE-WOELKI, Angelika FUCHS, *Same-Sex Relationships and Beyond* (3rd Ed.), Vol. 42, Intersentia, 2017.
--, *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe*, Intersentia, 2012.

Daniel BORRILLO, Jesus FLORES RODRIGUEZ, "La reforma del Derecho de familia en Francia. A propósito del Proyecto de Ley n. 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo", *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, n. 4, 2013, pp. 1-31.

Henny M. BOS et al., "Same-Sex and Different-Sex Parent Households and Child Health Outcomes: Findings from the National Survey of Children's Health", *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, Vol. 37, n. 3, 2016, pp. 179-187.

Nerina BOSCHIERO, "Les unions homosexuelles à l'épreuve du droit international privé italien", *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 50-131.

Laurence BRUNET, "Les attermoiments du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes", *Enfances Familles Générations*, n. 23, 2015, pp. 71-89.
--, "Donor anonymity and right of access to personal origins", *Council of Europe*, 22 febbraio 2018.

Giuseppe BUFFONE, Marco GATTUSO, Matteo WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017.

Naomi R. CAHN, *Test Tube Families. Why the Fertility Market Needs Legal Regulation*, New York University Press, 2009.

Alessandra CAGNAZZO, *La filiazione. Nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, 2017, Giuffrè, Milano.

Emanuele CALÓ, *Matrimonio à la carte. Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009.

Doris CHATEAUNEUF, Françoise ROMAINE OUELLETTE, "Kinship Within the Context of New Genetics: The Experience of

Infertility from Medical Assistance to Adoption”, *Journal of Family Issues*, 2017, Vol. 38, n. 2, pp. 177-203.

Jennifer M. CHABOT, Barbara D. AMES, “It Wasn't 'Let's Get Pregnant and Go Do it'": Decision Making in Lesbian Couples Planning Motherhood via Donor Insemination”, *Family Relationship*, Vol. 53, n. 4, 2004, pp. 348-356.

Isabelle CORPART, “Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants”, *AJ. fam.* n. 6, 2013, pp. 340-344.

José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.), Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 305-352.

Gkd CROZIER, Dominique MARTIN “How to address the ethics of reproductive travel to developing countries: a comparison of national self-sufficiency and regulated market approaches”, *Developing World Bioethics*, Vol. 12, n. 1, 2012, pp. 45-54.

Martín CORERA IZU, “El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación”, *Diario La Ley*, n. 8686, 2016.

Ian CURRY-SUMNER, Machteld VONK, "Dutch Co-Motherhood in 2014", in Bill ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, 2014, Jordan Publishing, pp. 361-376.

--,"It all depends on who you ask: Dutch parentage law in four acts", in Bill ATKIN (ed.), *The international survey of family law*, Jordan Publishing, 2009, pp. 329-352.

Susan DALTON, "From presumed fathers to lesbian mothers: sexual discrimination and the legal construction of parenthood", *Michigan Journal of Gender & Law*, Vol. 9, n. 2, 2003, pp. 262-263.

Ana DÍAZ MARTÍNEZ, "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 1, n. 10, 2014, pp. 37-50

--, "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n. 21, 2007, pp. 75-129.

-- "Sentencia de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre

biológica como allegada del menor. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 88, 2012, pp. 425-450.

Alison DIDUCK, Felicity KANAGAS, *Family law, gender and the state: text, cases and materials*, 2ª ed., Oxford, Hart, 2006, pp. 120-122.

Alison DIDUCK “If only we can find the appropriate terms to use the issue will be solved: Law, Identity and Parenthood”, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 19, n.4, 2007, pp. 458-480.
--, “A family by any other name...or Starbucks comes to England”, *Journal of Law and Society*, 28, 2001, pp. 290-310.

Ricardo DE LA ROSA FERNÁNDEZ, *La filiación en las parejas homoparentales*, Bosch editor, 2020.

Natalia DE LA TORRE, “Técnicas caseras de inseminación en Argentina: cómo resolver la filiación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 35, 2017-I, pp. 323-344.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, in AA.VV, *La filiación a finales del siglo XX:*

problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988, pp. 201-230.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leurs accès à la parenté", *RLDC*, n. 105, 2013.

--, "L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille", *RLDC*, n. 98, 2012.

Janet L. DOLGIN, "Just a Game: Judicial Assumptions About Parenthood", *UCLA Law Review*, Vol. 40, 1993, pp. 637- 694.

Gillian DOUGLAS, *Law, Fertility and Reproduction*, Sweet & Maxwell, London, 1991.

Joan EGEA FERNÁNDEZ, "Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya", *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, n. 4, 2010-2012, pp. 547-615.

Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (Dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil*

de Catalunya: família i relacions convivencials d'ajuda mútua, Barcelona, Atelier, 2014.

Esther FARNÓS AMORÓS, "Perspectives de futur i noves formes de parentalitat", *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2019, pp. 253-286.

--, "Don't be afraid of biology: Biology-based parentage system and safety valves protecting social parenthood", in Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, Aida TORRES PÉREZ (Coords.), *The right to family life in the European Union*, Routledge, London - NY, 2017, pp. 115-129.

--, "Gènere i dret de família. Una lectura de la filiació a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 16, 2016, pp. 81-99.

--, "Filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-59.

--, "Donor anonymity, or the right to know one's origins?", *Catalan Social Sciences Review*, n. 5, 2015, pp. 1-10.

--, "Comentari a l'article 235-27. Impugnació del reconeixement de la paternitat", Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA (Dirs.), Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: família i*

relacions convivencials d'ajuda mútua, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 660-668.

--, "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 49, 2011, pp. 153-181.

--, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.

Esther FARNÓS AMORÓS, Margarita GARRIGA GORINA, "Mares? Poden ser més d'una. Tres casos recents de la Supreme Court de Califòrnia", *InDret* 4/2005.

Pietro FARAGUNA, "L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso *Coman* alla Corte di Giustizia", *Quaderni Costituzionali*, 3/2018, pp. 711-714.

Jessica FEINBERG, "A Logical Step Forward: Extending Voluntary Acknowledgments of Parentage to Female Same-Sex Couples", *Yale J. of Law and Feminism*, 2018, Vol. 30, pp. 99-138.

Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, "Artículo 9. Premoriencia del marido", in José Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.), Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26*

de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 305-352.

Rachel FENTON, Susan HEENAN, Jane REES, "Finally fit for purpose? The Human Fertilization and Embryology Act 2008", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 32, n.3, settembre 2010, pp. 275-286.

Gilda FERRANDO, "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto", *GenIUS*, 1/2019.

--, "A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Vol. 33, n. 2, 2017, pp. 171-193.

Josep FERRER RIBA, "Familias y pluriparentalidad en el derecho español", *Derecho de Familia*, 8/2018, pp. 163-177.

--, "Los efectos de la filiación y su restricción o exclusión", in ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Retos Actuales de la filiación*, Tecnos, 2018.

--, "Adoption", in Jürgen BASEDOW, Klaus J. HOPT, Reinhard ZIMMERMANN, Andreas STIER (eds.) *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, Vol. I, pp. 24-28.

Agnès FINE, “L'évolution de l'adoption en France : entre filiation et parentalité”, *Journal de pédiatrie et de puériculture*, 2005, pp. 155–161.

Martha FINEMAN, *The Neutered Mother, the Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995.

Tabita FREEMAN, Sophie ZADEH, Vanessa SMITH, Susan GOLOMBOK. “Disclosure of sperm donation: A comparison between solo mother and two-parent families with identifiable donors”, *Reproductive Biomedicine Online*, Vol. 33, 2016, pp. 592–600.

Michael FREEMAN, Alice MARGARIA, “Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 13, n.1, 2012, pp. 153–178.

Lucy FRITH, Eric BLYTH, Abigail FARRAND, “UK gamete donors' reflections on the removal of anonymity: implications for recruitment”, *Human Reproduction*, Vol. 22, n. 6, 2007, pp. 1675–1680.

Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (Eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.

María Paz GARCÍA RUBIO “La adopción por y en parejas homosexuales”, in Juan Manuel ABRIL CAMPOY (coord.), María Eulalia AMAT LLARI (coord.), *Libro Homenaje al Pr. Lluís Puig Ferriol*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2006, pp. 1393-1412.

Josè Ramon GARCÍA VICENTE, “Comentari al art. 235-8 CCCat”, in Joan EGEA FERNÁNDEZ e Josep FERRER RIBA (Dir.), Esther FARNÓS AMORÓS (Coord.) *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, 2014, pp. 596-599.

Margarita GARRIGA GORINA, “Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida”, *InDret*, 1/2008.

Roberto GERMÁN ZURRIARAIN, “Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXII, n. 75, 2011, pp. 210.

M^a del Carmen GETE-ALONSO CALERA, “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, n. 1, 2018, pp. 1-54.

--“Comentario Artículo 235-27”, in Encarnación ROCA TRÍAS, Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Código Civil de Cataluña. Comentarios. Libro II. Persona y Familia*, Sepín, 2011, pp. 101-107.

--, *Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya*, Tirant lo Blanch, 2003.

Andrés GIL DOMINGUEZ, Maria Victoria FAMÁ, Marisa HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, Vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Alberto GIUSTI, “L’adozione dei minori di età in casi particolari”, Giovanni BONILINI (Dir.), *Trattato di Diritto di Famiglia*, Vol. 4, Utet Wolters Kluwer Italia, 2016, pp. 3945-3970.

Erich GRIESSLER, Mariella HAGER, “Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technology in Austria”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Vol. 3, 2016, pp. 68-76.

Martine GROSS, *Qu’est-ce que l’homoparentalité?*, Petit Bibliothèque Payot, Paris, 2012.

Frances HAMILTON, Guido NOTO LA DIEGA, *Same-Sex Relationships, Law and Social Change*, Routledge, 2020.

Leslie Joan HARRIS, "Voluntary Acknowledgments of Parentage for Same-Sex Couples", *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, Vol. 20, n. 3, 2012, pp. 467-488.

Alida Elisabeth HENSTRA, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht. Een beschouwing over depositie van sociale en biologische ouders in het familierecht - From filiation law to parental law reflections on the position of social and biological parents in family law*, Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2002.

Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "Nuevas técnicas de reproducción artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas", *RDLJ* n. 4, 1986, pp. 509-510.

Marisa HERRERA, "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 85, 2018, pp. 149-162.

--, "Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino", *Revista de Antropología Social*, Vol. 27 n. 2, 2018, pp. 353-380.

--, "Un debate complejo. La técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada", *Rev. IUS*, Vol. 11 n.39, 2017.

Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO, Sebastián PICASSO (Dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, Libro segundo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2015.

Marisa HERRERA, Eleonora LAMM, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, *LA LEY* 2013-D, Año LXXVII, n. 140, del 31/07/2013, pp.1037.

John Lawrence HILL, “What Does It Mean to Be a “Parent”?: The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights”, *New York University Law Review*, Vol. 66, 1991, pp. 353-420.

Ragnhild HOLLEKIM, Hilde SLAATTEN, Norman ANDERSEN, *A Nationwide Study of Norwegian Beliefs About Same-sex Marriage and Lesbian and Gay Parenthood*, Springer, 2011.

Kirsty HORSEY, “Legal Parenthood and Parental Responsibility”, in Ruth LAMONT (ed.), *Family Law*, Oxford University Press, 2018, pp. 302-343.

Juan José INIESTA DELGADO “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS, *Tratado de*

derecho de la familia, 1º ed, Vol. V, Cap. 39, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 735-860.

Juan José INIESTA DELGADO, “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS, *Tratado de derecho de la familia*, 2º ed, Vol. V, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 883-1013.

Silvia IZZO, “«From status to contract»: la trascrizione dei provvedimenti stranieri dichiarativi dello status del figlio d’intenzione”, *GenIUS*, 2/2019.

Melanie B. JACOBS, “Intentional Parenthood's Influence: Rethinking Procreative Autonomy and Federal Paternity Establishment Policy”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 20, 2012, pp. 489-508.

Pim M.W. JANSSENS et al., “A New Dutch Law Regulating Provisions of Identifying Information of Donors to Offspring: Background, Content and Impact”, *Human Reproduction*, Vol. 21, n. 4, 2006, pp. 852-856.

Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ “La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas

de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n. 6, 2014, pp. 51-63.

Courtney G JOSLIN, “Nurturing parenthood Through the UPA (2017)”, *The Yale Law Journal Forum*, 7 gennaio 2018, pp. 602.

--, “Protecting Children(?): Marriage, Gender, and Assisted Reproductive Technology”, *Southern California Law Review*, Vol. 83, n. 6, 2010, pp. 1177-1231.

Fiona KELLY, *Transforming Law’s Family. The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, UBC Press, 2011.

--, “An Alternative Conception: The Legality of Home Insemination Under Canada's Assisted Human Reproduction Act”, *Canadian Journal of Family Law*, Vol. 26, n. 1, 2010, pp. 149-170.

Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, “Matrimonio, orientación sexual y familia. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, *La Ley*, 4.06.2010.

Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA, Eleonora LAMM, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *La Ley*, 20.9.2010.

Nekelle KOFFEMAN, *Morally sensitive issue and cross-border movement in the EU*, Intersentia, 2015.

Adriana KRASNOW, "Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial", *Revista de Bioética y Derecho*, 2016, pp. 69-84.

Eleonora LAMM, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, 2012, pp. 76-91.

Alexandra LECLÈRE. *L'homosexualité et la constitution de la famille: situations française et européenne*. Tesi dottorale, Université de Bourgogne, 2016.

Leonardo LENTI, "La sedicente riforma della filiazione", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 2013, p. 203. pp. 201-217.

Anne Marie LEROYER, "L'enfant d'un couple de femmes", *Recueil Dalloz*, n. 35, 2014, pp. 2031-2036.

Emiliano LETARDO et al., "Múltiple filiación en Argentina: ampliando los límites del parentesco", *Rev. Boliv. de Derecho*, n° 27, 2019, pp. 372-393.

Craig LIND “Sexuality and same-sex relationship in law” in Belinda BROOKS-GORDON et al (Eds.) *Sexuality Repositioned: Diversity and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 109-130.

Marjorie MAGUIRE SHULTZ, “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, n.2, 1990, pp. 297-398.

Maya MASCARENHAS et al., “National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys”, *PLoS Med*, 2012, Vol. 9, n. 12, pp. 1-12.

Julie MCCANDLES, Sally SHELDON, “The Human Fertilization and Embryology Act (2008) and the tenacity of the sexual family”, *Modern Law Review*, Vol. 73, n. 2, 2010, pp. 175-207.

Julie MCCANDLES, “Reforming birth registration law in England and Wales?”, *Reproductive BioMedicine and Society Online*, Vol. 4, 2017, pp. 52-58.

Jean-François MIGNOT, “Les adoptions en France et en Italie : une histoire comparée du droit et des pratiques (XIXe-XXIe

siècles).”, *Population -Paris, Institut National D’études Demographiques*, Vol. 70, n. 4, 2015, pp.805-830.

Giampaolo MIOTTO, “Per la Corte d’Appello di Roma «un profondo legame» giustifica l’adozione della figlia della convivente”, *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno II, 2015.

Aude MIRKOVIC, “L’impossible adoption des "bébés Thalys"”, *Revue Lamy droit civil*, juill-août, n. 117, 2014, pp. 40-44.

Paolo MOROZZO DELLA ROCCA, “Le adozioni in casi particolari dopo la riforma della filiazione”, *Lo Stato civile italiano*, Vol. 110, n. 8, 2014.

--, “Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari”, *Famiglia e Diritto*, 8-9/2013, pp. 838-842.

J. MOULY, “La délocalisation procréative” : fraude à la loi ou habileté permise”, *Dalloz*, 2014, pp. 2419-2422.

Javier NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi Civil*, 2008, pp. 2243-2270.

Claire NEIRINCK, “Note sous TGI Lille”, 14 oct. 2013, *Droit de la famille*, 2014, comm. n 4.

--, "Épouses, fraude et adoption plénière", *Droit de la famille*, 2014, n. 7-8, luglio 2014.

--, "Première adoption plénière par l'épouse de la mère", *Droit de la famille*, n.1, gennaio 2014, comm. 4.

Douglas NEJAIME, "Differentiating Assimilation", in Austin SARAT (Ed.) *Special Issue: Law and the Imagining of Difference, Studies in Law, Politics and Society*, Vol. 75, Emerald Publishing Limited, 2018, pp. 1-42.

--, "The Nature of Parenthood", *Yale Law Journal*, Vol. 126, n. 8, 2017, pp. 2260-2381.

Antonia NIETO ALONSO, "El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida", in Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, 2006, pp. 21-60.

Alessandra NOCCO, "L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983", *La Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, Vol. 32, n. 2, 2016, pp. 205-215.

Guido NOTO LA DIEGA, "La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese", *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2015, pp. 1-15.

Willem OMBELET, Ian COOKE, Silke DYER, Gamal SEROUR, Paul DEVROEY "Infertility and the Provision of Infertility Medical Services in Developing Countries." *Human Reproduction Update* 14, n. 6, 2008, pp. 605-621.

Jeffrey A. PARNES, "The Constitutional Limits on Custodial and Support Parentage by Consent", *Idaho Law Review*, 2020, pp. 1-122.

Guido PENNING, "How to kill gamete donation: Retrospective legislation and donor anonymity", *Human Reproduction* Vol. 27, n. 10, 2012, pp. 2881-2885.

--, "Legal harmonization and reproductive tourism in Europe", *Human Reproduction*, Vol. 19, n. 12, 2004, pp. 2689-2694.

--, "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 28, n. 6, 2003, pp. 337-341.

--, "The 'double track' policy for donor anonymity", *Human Reproduction*, Vol. 12, n. 12, 1998, pp. 2839-2834.

Marina PEREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002.

Nancy POLIKOFF, "Mother should not have to adopt her own child: parentage laws for children of lesbian couples in the twenty-first century", *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, Vol. 5, 2009, pp. 201-260.

Patrick PRÄG, Melinda C. MILLS, "Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care", in KREYENFELD M., KONIETZKA D. (eds) *Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences*. Demographic Research Monographs, Cham, 2017, pp. 1-23.

M^a Corona QUESADA GONZÁLEZ, "La regulación de la filiación en el proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, n. 2, 2005, pp. 187-218.

Susana QUICIOS MOLINA, "Filiación e interés superior del menor", in María del Carmen GARCÍA GARNICA e Nuria MARCHAL ESCALONA (Dirs.), Abigail QUESADA PÁEZ, Gisela MORENO CORDERO (Coords.), *Aproximación interdisciplinar a los*

retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia, Marcial Pons, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 43-66.

--, "Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión", ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Retos Actuales de la filiación*, Tecnos, 2018.

--, "Inseminaciones artificiales domésticas: Cuestiones contractuales y de filiación", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 35, 2017-I, pp. 363-383.

--, *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

--, "¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? (Comentario a la STS 5 diciembre 2013)", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 95, 2014, pp. 609-630.

Judith RESINA SOLÉ, "Adopción y parejas homosexuales", in Susana NAVAS NAVARRO, *Matrimonios homosexuales y Adopción: perspectiva nacional e internacional*, Reus, 2006, pp. 209-220.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, "Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de la paternitat. (Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

44/2008, de 22 de desembre)”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 11, 2010, pp. 225-244.

--, *Las acciones de filiación en el Código de Familia Catalán*, Barcelona, Atelier, 2001.

--, *La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana : ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988*, pp. 141-170.

Encarna ROCA TRIAS, “Comentari a l’article 92 CF”, in Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dirs.) Albert LAMARCA I MARQUES, Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI (Coords.), *Comentari al Codi de Família, la Llei d'unions estables de parella i la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000.

Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial post mortem”, *Oñati Socio-legal Series*, Vol. 7, n. 1, 2017, pp. 179-204.

--, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, in Pilar BENAVENTE MOREDA y Esther FARNÓS AMORÓS (Coords), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, n. 2179, 2015, pp. 85-174.

Mariana RODRÍGUEZ ITURBURU, “La externalización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la nación”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 68, 2015, pp. 121-152.

Giulia ROSSOLILLO, “Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell’ordinamento italiano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, n. 2, 2014, pp. 245-254.

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, “Droits de la mère et Droits de l’enfant: Réflexions sur les formes de l’abandon”, *Rev. Trim. Droit Civil*, n. 33, 1990, pp. 63-74.

Steve SANDERS, “Pavan v. Smith: Equality for Gays and Lesbians in Being Married, Not Just in Getting Married “, *American Constitution Society Supreme Court Review 2016-2017*, pp. 161-177.

Livio SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2012.

Angelo SCHILLACI, “Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento”, *GenIUS*, 2/2016.

Jens SCHERPE, “Breaking the existing paradigms of parent-child relationships”, in Gillian DOUGLAS, Mervyn MURCH, Victoria STEPHENS (eds.), *International and National Perspectives On Child and Family Law. Essays in honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, pp. 343-349.

Jens SCHERPE, Andy HAYWARD, *The Future of Registered Partnerships. Family Recognition beyond Marriage?*, European Family Law, Intersentia, 2017.

Marianne SCHULZ, “Le régime juridique de l’adoption : un cadre vieillissant dont la rénovation s’impose”, *Neuropsychiatrie de l’enfance et de l’adolescence* 64, 2016, pp. 175-181.

Wendy M SCHRAMA, “Registered partnership in the Netherlands”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 13, n. 3, 999, pp. 315-327.

Luciana Beatriz SCOTTI, “La filiación internacional en el nuevo Código Civil de la República Argentina”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 3, 2015, pp. 77-104.

Francoise SHENFIELD et al., "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, Vol. 25, n. 6, 2010, pp. 1361-1368.

Encarna SERNA MEROÑO, "Artículo 6. Usuarios de las técnicas", in José Antonio COBACHO GÓMEZ, (dir.) e Juan José INIESTA DELGADO, (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor, 2007, pp. 179-201.

Michele SESTA, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 7^a ed., 2016, Cedam.

--,"L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013", *Famiglia e Diritto*, n. 5/2014, pp. 454-465.

--, "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e Diritto*, 3/2013, pp. 231-241.

Leanne SMITH, "Tangling the web of legal parenthood: legal responses to the use of known donors in lesbian parenting arrangements", *Legal Studies*, Vol. 33 n.3, 2013, pp. 355-381.

Chiara SPACCAPELO, Il procedimento per l'adozione di un minore di età", in Giovanni BONILINI (Dir.), *Trattato di Diritto di*

Famiglia, Vol. 4, Utet Wolters Kluwer Italia, 2016, pp. 3900-3940.

Richard F. STORROW, "The pluralism problem in cross-border reproductive care", *Human Reproduction*, Vol. 25, n, 12, 2010, pp. 2939-2943.

--, "Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", *Hastings Law Journal*, Vol. 53, 2002, pp. 597-679.

Silvia TAMAYO HAYA, "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII Edición), n. 6, 2013, pp. 261-316.

Irène THÉRY, *Marriage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Seuil, 2016.

--, "Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ?", *Droit de la famille*, n. 7-8, 2013, pp. 9-12.

Irène THÉRY, Anne-Marie LEROYER, *Filiation origines parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, Paris, 2014.

Sara TONOLO, "Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione", *GenIUS*, 2/2019.

--, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Univ. Insubria, Milano, 2007.

Estrella TORAL LARA, "Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias", *Derecho Privado y Constitución*, n. 30, 2016, pp. 289-336.

Loes VAN RIJN-VAN GELDEREN et al., "Dutch adolescents from lesbian-parent families: How do they compare to peers with heterosexual parents and what is the impact of homophobic stigmatization?" *Journal of Adolescence*, Vol. 40, 2015, pp. 65-73.

--., "Wellbeing of gay fathers with children born through surrogacy: a comparison with lesbian-mother families and heterosexual IVF parent families", *Human Reproduction*, Vol. 33, n. 1, 2018, pp. 101-108.

Wannes VAN HOOFF, Guido PENNINGS, "Extraterritorial laws for cross-border reproductive care: the issue of legal diversity", *European Journal of Health Law*, n. 19, 2012, pp. 187-200.

Britta VAN BEERS, "Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review*, Vol. 23, n.1, 2015, pp. 103-134.

Maria Jose VAQUERO PINTO, "Cap. 35, La filiación matrimonial", in Mariano YZQUIERDO TOLSADA e Matilde CUENA CASAS (Dirs.): *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. V, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2017, pp. 142-245.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", *Diritto delle successioni e della famiglia*, Vol. 4, n. 1, 2018, pp. 301-340.

Rafael VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

--, "Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", in Antonio COBACHO GÓMEZ (Dir.), Juan José INIESTA DELGADO (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, pp. 215-217.

Rafael VERDERA SERVER, Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”, in ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Retos Actuales de la filiación*, Tecnos, 2018, pp. 15-68.

Silvia VERONESI, “La Corte di Cassazione si pronuncia sulla Stepchild adoption”, *Famiglia e diritto*, Vol. 23, n. 11, 2016, pp. 1034-1043.

Machteld VONK, “Same-Sex Parents in The Netherlands”, in Emmanuelle BOUVIER DE RUBIA, Alette VOINNESSON (eds.) *Homoparentalité ? Approche comparative*, Collection Colloques Société de législation comparée, 2012, pp. 13-40.

--, *Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Intersentia, 2007.

--, “One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and a Known Donor with Family Life under Dutch Law”, *International journal of law, policy and the family*, 2004, Vol. 18, n.1, pp. 103 -117.

Kees WALADIJK, “More and more together: Legal family formats for same-sex and different-sex couples in European countries - Comparative analysis of data in the

LawsAndFamilies Database”, *Families And Societies Working Paper Series*, n. 75, 2017, pp. 1-181.

--, “Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality. Europe's Past, Present and Future”, in *Australasian Gay And Lesbian Law Journal*, n. 4, 1994, pp. 50-72.

Kath WESTON, *Families we choose: Lesbians, Gays, Kinship*, Columbia University Press, New York, 1991.

Robert WINTEMUTE, Mads ANDENÆS (eds.) *Legal recognition of same-sex partnerships. A study of national: European and international law*, Oxford, Hart, 2001.

Christine WYNS et al., “ART in Europe, 2016: results generated from European registries by ESHRE. The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)”, *Human Reproduction Open*, Vol. 2020, n. 3, 2020.

Arielle YESHUA, Joseph A. LEE, Georgia WITKIN, Alan B. COPPERMAN, “Female Couples Undergoing IVF with Partner Eggs (Co-IVF): Pathways to Parenthood”, *LGBT Health*, Vol. 2, n. 2, 2015, pp. 135-139.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, in Ana DÍAZ MARTÍNEZ (coord.) *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España. El proceso legal de reformas*, Dykinson, 2006, pp. 124-154.

Fernando ZEGERS-HOCHSCHILD et al., “The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017”, *Human Reproduction*, Vol. 32, n. 9, September 2017, pp. 1786–1801.

Fernando ZEGERS-HOCHSCHILD et al. “International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology”, *Human Reproduction*, Vol. 24, n. 11, 2009, pp. 2683-2687.

Isabel ZURITA MARTÍN, “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 770, 2018, pp. 3071-3116.

RISORSE BIBLIOGRAFICHE DIGITALI

ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO DE LA BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCIÓN (ASEBIR) “El Comité de Bioética pide al Gobierno que acabe con el anonimato de los donantes de esperma y óvulos”, *ABC*, 7.02.2020, https://www.abc.es/sociedad/abci-comite-bioetica-pide-gobierno-acabe-anonimato-donantes-esperma-y-ovulos-202002061758_noticia.html?ref=https:%2F%2Fproiser.com%2F

F

Erwann BINET, *Rapport AN n. 628, Ouverture du mariage aux couples de personne de même sexe*, 17.01.2013,

[http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage_personnes_meme_sexe.as](http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/mariage_personnes_meme_sexe.asp)

p

Henry BODKIN, “Single men will get the right to start a family under new definition of infertility”, *The Telegraph*, 20.10.2016, <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/>

COMISIÓN ASESORA EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *El ABC de la inscripción de nacimiento de niños nacidos*

por técnicas de reproducción humana asistida,
<http://www.samer.org.ar/pdf/Consideraciones%20sobre%20la%20inscripcion%20de%20nacimientos%20de%20ninos%20TRHA.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA,
Registro de centros y servicios de reproducción humana asistida,
16.11.2020,
<https://cnrha.sanidad.gob.es/registros/busqueda.htm>

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológico,*
15.01.2020,
<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf>

COUNCIL OF EUROPE, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children,* Doc. 14835,
20.02.2019.
<https://pace.coe.int/pdf/dc066bbaf2b57936641d184ca8e32bc741a310ef3326667a8259ffe25682ae848428feba12/doc.%2014835.pdf>

Mariana DE LORENZI, Lorena CAPPELLA, "Instrumentación de la voluntad procreacional como fuente de la filiación en las 'TRHA domésticas'", *Congreso Internacinal de Derecho de las Familias, niñez y adolescencia. Paradigmas y nuevos desafíos. Bioética y familias TRHA. Dignidad, autonomía y Derecho al propio cuerpo. Robótica persona*. Argentina, 9-11.08.2018, pp. 1-8. <https://docplayer.es/94725237-Comision-2-ponencia-instrumentacion-de-la-voluntad-procreacional-como-fuente-de-la-filiacion-en-las-trha-domesticas-autoras.html>

EUROPEAN PARLIAMENT, "Adoption of children in the European Union, briefing giugno 2016, p. 6, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583860/EPRS_BRI\(2016\)583860_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/583860/EPRS_BRI(2016)583860_EN.pdf)

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), *ART fact sheet 2020*, [file:///C:/Users/u127500/Downloads/ART%20fact%20sheet%202020%20data%202016%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/u127500/Downloads/ART%20fact%20sheet%202020%20data%202016%20(1).pdf)

--, *Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction*, 6.02.2020, <https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe>

Daniela HACKER, "Identidad oculta: los padres no informan al Registro Civil un dato fundamental", *infobae.com*, 1.06.2017

<https://www.infobae.com/tendencias/2017/06/01/identidad-oculta-los-padres-no-informan-al-registro-civil-un-dato-fundamental/>

Fanny HARTMAN, "L'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant du conjoint", *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux* présenté par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon3/sect1/ii/b-adoption-conjointe/>

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, *Family formations in fertility treatment 2018. UK IVF and DI statistics for heterosexual, female same-sex and single patients*, 22 Settembre 2020, <https://www.hfea.gov.uk/media/3234/family-formations-in-fertility-treatment-2018.pdf>

FIVCAT.NET, "*Estadística de la reproducción humana asistida a Catalunya 2014*", *Departament de Salut*, Ottobre 2017, https://scientiasalut.gencat.cat/bitstream/handle/11351/3115/estadistica_reproduccio_humana_assistida_catalunya%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gary J. GATES "How many people are lesbian, gay, bisexual, and transgender?", *The Williams Institute*, Aprile 2011,

<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/how-many-people-lgbt/>

Marco GATTUSO, "Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale", *Articolo29*, 8.05.2017,

<http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>

--,"Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta""", *Articolo29*, 29.08.2014,

<http://www.articolo29.it/2014/tribunale-per-i-minorenni-roma-riconosce-giuridicamente-mamme-ed-assegna-cognome-lomogenitorialita-sana-meritevole-dessere-riconosciuta/>

Marco GATTUSO, Angelo SCHILLACI, "Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption", *articolo29*, 11.09.2017,

http://www.articolo29.it/2017/il-dialogo-fra-le-corti-minorili-in-materia-di-stepchild-adoption/#_ftn8

GOVERNMENT OF THE NETHERLANDS, *Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood*, 7.12.2016,
<https://www.government.nl/documents/reports/2016/12/07/child-and-parent-in-the-21ste-century>

KALSBEK COMMISSIE, *Rapport Lesbisch Ouderschap, Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie*, 2007,
<http://www.aoo.nl/downloads/2007-10-31-MvJ.pdf>

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE), *Mariages - Pacs - Divorces*, 22.09.2018,
<https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303338?sommaire=3353488>

Anna Maria LECIS e Cocco ORTU, "L'adozione in seno ad una coppia omosessuale registra il primo successo davanti alla Corte di Strasburgo: "due padri" o "due madri" non possono essere ritenuti inadeguati a crescere un figlio", *Rivista di Diritti Comparati*, 11.04.2013,
<https://www.diritticomparati.it/ladozione-in-seno-ad-una-coppia-omosessuale-registra-il-primo-successo-davanti-alla-corte-di-strasbu/>

Joelle LONG, "Adozione in casi particolari e second parent adoption", *Articolo29*, 15.12.2014,
<http://www.articolo29.it/2014/adozione-in-casi-particolari-second-parent-adoption/>

Celeste LÓPEZ, "Vía libre para la donación de óvulos fecundados entre lesbianas. Dos mujeres podrán participar en la concepción de su hijo. El informe de la Comisión de Reproducción Asistida acaba así con un vacío legal", *lavanguardia.es*, 16.12.2008,
<https://www.lavanguardia.com/vida/20081216/53600403007/via-libre-para-la-donacion-de-ovulos-fecundados-entre-lesbianas.html>

Valeria MAZZOTTA, "Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice si", *Persona & Danno*, 23.06. 2016,
<https://www.personaedanno.it/articolo/adozione-per-la-coppia-omogenitoriale-cassazione-dice-si-cass-129622016-valeria-mazzotta>

NORDISK MINISTERRÅD, *Assisted Reproduction in the Nordic Countries: A Comparative Study of Policies and Regulation*, Nordic Council of Ministers, 2006,

<http://norden.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A702790&dswid=-3374>

Karl-Heinz MÖLLER, Kyrill MAKOSKI, "Rechtliche Regelung der Reproduktionsmedizin", *DeutschlandReproduktionsmedizin*, 2019, pp. 585-614,

https://www.springermedizin.de/emedpedia/reproduktion-smedizin/rechtliche-regelung-der-reproduktionsmedizin-in-deutschland?epediaDoi=10.1007%2F978-3-662-55601-6_52

Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, "El art. 44.5 de la Ley del registro civil y la doble maternidad a la luz de la resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN", *notariosyregistradores.com*, 28.03.2017,

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/>

NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHT. *Legal Recognition of LGBT Families*, 2019, pubblicato il 3.06.2020,

https://www.nclrights.org/wp-content/uploads/2013/07/Legal_Recognition_of_LGBT_Families.pdf

QUEERS FOR ECONOMIC JUSTICE, *A Fabulous Attitude: Low-Income LGBTGNC People Surviving & Thriving On Love, Shelter, & Knowledge*, 2010 <http://theaidgroup.com/wp-content/uploads/2015/10/afabulousattitudedefinalreport.pdf>

RHA PROFESIONAL, “La legislación danesa prohíbe la autoinseminación o inseminación en casa”, *rhaprofesional.com*, 18.07.2018,
<http://www.rhaprofesional.com/la-legislacion-danesa-prohibe-la-autoinseminacion-o-la-inseminacion-en-casa/>

Stefania STEFANELLI, Ancora in tema di interpretazione dell’art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, *Articolo29*, 1.02.2017
<http://www.articolo29.it/2017/ancora-in-tema-di-interpretazione-dellart-44-delle-legge-sulle-adozioni-nota-a-trib-minorenni-di-milano-17-ottobre-2016-n-261/>

UNIFORM PARENTAGE ACT (REVISED), *Drafting Committee Meeting*, 28-29.10.2016,
<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=c48c92be-88df-c830-b115-9e4491c527e8&forceDialog=0>

UNIFORM PARENTAGE ACT 2017, documento commentato,
4.09.2017,

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=1a489a1f-ec9a-ee72-7dbc-10f6d43943b5&forceDialog=0>

Giorgio VACCARO, “Solo adozione speciale per le coppie omosessuali”, *Diritto24 - Sole24ore online*,

https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/sez/famiglia?utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_campaign=statusbrew&utm_postid=18168b55607b4cccaa6e97ded2d08634

Machteld VONK, *Dutch Government proposes partial parental responsibilities for up to two caregivers besides legal parents*,
12.07.2019 [https://machteldvonk.wordpress.com/partial-](https://machteldvonk.wordpress.com/partial-parental-responsibilities-for-up-to-two-caregivers-besides-the-legal-parents/)

[parental-responsibilities-for-up-to-two-caregivers-besides-](https://machteldvonk.wordpress.com/partial-parental-responsibilities-for-up-to-two-caregivers-besides-the-legal-parents/)
[the-legal-parents/](https://machteldvonk.wordpress.com/partial-parental-responsibilities-for-up-to-two-caregivers-besides-the-legal-parents/)

--, *Bill on Lesbian Parenthood in the Dutch Senate*,
<http://leidenlawblog.nl/tag/parentage+law>

Giovanni ZACCARO, “Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore”,
Questione giustizia, 4.09.2014,

https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-da-parte-di-coppie-omosessuali_stepchild-adoption-e-interesse-del-minore_04-09-2014.php

“ANDES: Se superan las 300.000 inscripciones de nacimiento efectuadas desde Hospitales”, *administracionelectronica.gob.es*, https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2018/Julio/Noticia-2018-07-17-ANDES-Se-superan-las-300.000-inscripciones-de-nacimiento-.html#.XS99puj7S71

“Igualdad de derechos para madres lesbianas”, octubre 2020, https://www.change.org/p/gobierno-de-espa%C3%B1a-igualdad-de-derechos-para-madres-lesbianas?cs_tk=AvJz3KI6cR4WKRS3vF8AAXicyyvNyQEABF8BvAhb2KxfyerLywjrYJ81sCk%3D&utm_campaign=5435fa27451f4393a4b2136aa4d831be&utm_content=initial_v0_1_1&utm_medium=email&utm_source=aa_sign_ask&utm_term=c
s

“Germany plans equal rights for lesbian co-mothers”, 21.08.2020 <https://www.dw.com/en/germany-plans-equal-rights-for-lesbian-co-mothers/a-54653941> (ultimo accesso 9.12.2020).