



LA DUPLICE MATERNITÀ BIOLOGICA: A PROPOSITO DI CASS. 6383/2022

1. - La Corte di cassazione, com'è noto, accoglie l'orientamento secondo il quale non è ammissibile che una donna riconosca il figlio nato dalla propria compagna, unita civilmente o convivente di fatto che sia, in seguito a un intervento di procreazione medicalmente assistita cui ha dato il consenso¹. Sostanzialmente concorde è anche la Corte costituzionale².

Gli argomenti portati a sostegno, fondati sulla legge 40/2004, sono in sintesi i seguenti.

L'art. 5 non ammette alla procreazione medicalmente assistita né le donne sole, né le coppie di donne: quelle che volessero ricorrervi in Italia troverebbero quindi la strada sbarrata. Ma resta il fatto, ineliminabile, che possono ricorrervi all'estero: ed è pacifico che ciò facendo non commettono alcun atto illecito.

L'art. 4 c. 1° ha il dichiarato intento di rimediare all'infertilità, nel sottinteso che questa deve avere una base *patologica* e quindi, se femminile, deve tra l'altro essere antecedente all'età della menopausa. Una simile infertilità non può essere paragonata a quella di una coppia omosessuale, la quale per ovvie ragioni naturali non può essere che infertile.

Al di fuori dei casi previsti dalla legge 40, secondo la suprema Corte, non sarebbe dunque consentito utilizzare «i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato» da un rapporto sessuale, per realizzare «forme di genitorialità *svincolate da un rapporto biologico*»: pertanto una sola persona può essere menzionata come *madre* nell'atto di nascita. Nel peculiare caso di specie giudicato da Cass. 6383/2022 – dalla quale sono tratte queste citazioni – il fatto che esista un legame genetico tra il nato e la donna donatrice dell'ovocita, sentimentalmente legata a colei che ha partorito, è apoditticamente liquidato affermando che «non cambia la sostanza delle cose». Così ragionando, il legame genetico è dunque condannato a restare irrilevante.

Il presente breve scritto cerca di dimostrare l'erroneità di questo asserto.

2. - È ben noto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nell'affermare che gli Stati hanno l'obbligo di garantire che il legame genetico abbia un riconoscimento giuridico³. Altrettanto emerge dalla giurisprudenza interna italiana⁴. Le Corti, nello stabilire questo principio, non si sono però finora trovate a decidere su un caso come quello in

¹ Vd. nel 2020 Cass. 7668 e 8920; nel 2021 Cass. 23230 e 23321; nel 2022 Cass. 6383, 7413 e 10844. Quest'ultima precisa che si tratta di un orientamento ormai consolidato.

² Vd. nel 2021 C. cost. 32 e 33. Entrambe osservano però che l'adozione in casi particolari dovrebbe essere riformata per costituire una soluzione idonea del problema. La sentenza 32 suggerisce anche un'altra soluzione legislativa, quella di modificare la disciplina del riconoscimento..

³ Vd., tra le altre, le note sentenze *Mennesson c. Francia*, *Labassée c. Francia* (2014) e *Paradiso e Campanelli c. Italia* (GC, 2017).

⁴ Vd. tra i molti esempi la nota sentenza Cass. 24001/2014.



esame ⁵: tutte le volte in cui hanno affermato questo principio, in questione era il riconoscimento giuridico della discendenza genetica *maschile*.

La conclusione cui giunge la sentenza 6383/2022, che conferma l'orientamento accennato all'inizio dello scritto, è in palese conflitto con questo principio.

Finché il tema in discussione resta quello dell'*ammissibilità del riconoscimento*, si può forse comprendere che la discendenza genetica non riesca ad assumere un rilievo decisivo: tale questione può infatti restarvi formalmente estranea.

Comunque sia, un conflitto tra gli orientamenti giurisprudenziali citati esiste: è una contraddizione sistematica che va superata.

3. - Anzitutto è necessario menzionare alcuni principi.

In primo luogo va ribadito che il principio secondo il quale la discendenza genetica deve avere un riconoscimento giuridico è decisivo e *insuperabile*, anche per il necessario rispetto della fonte che lo ha affermato, la Corte di Strasburgo (art. 117 cost.).

In secondo luogo va osservato che porta nella stessa direzione, coerentemente, anche il principio di eguaglianza, che vieta tutte le discriminazioni fondate sul sesso, salvo derivino direttamente e inevitabilmente dalla differenza biologica naturale tra femmine e maschi. Sul punto della discendenza genetica, non vedo alcuna plausibile ragione che permetta di differenziarne le conseguenze giuridiche, secondo se è femminile o maschile.

Una tale differenziazione farebbe anche riecheggiare un antico costrutto concettuale secondo il quale la discendenza genetica femminile era irrilevante, anzi addirittura inesistente. Una tradizione scientifica plurisecolare, risalente ad Aristotele e dominante nella cultura scientifica europea nell'era pre-microscopica, fino a metà del XVII secolo, affermava che la discendenza genetica era unicamente maschile: l'embrione avrebbe origine per l'azione dello sperma sul sangue mestruale femminile; lo sperma rappresenterebbe il principio vitale (causa efficiente), che infonde l'anima del nuovo essere nella donna, mondo inerte, terreno neutro, la cui sola funzione sarebbe quella di accogliere il seme e di alimentarlo (causa materiale) ⁶. L'apporto femminile alla procreazione – così ragionando – consisterebbe soltanto nella gravidanza e nel parto. L'ovocita, dunque non esisterebbe; e ancora alla fine del XVIII secolo la sua stessa esistenza era controversa.

Non è certo il caso di ridare spazio a concezioni di tal fatta.

⁵ La capostipite in tema di trascrivibilità degli atti di nascita stranieri, che indicano entrambe le donne come madri (Cass. 19599/2016), ha espressamente affermato che il fatto che il nato discendesse geneticamente dalla donna che non l'aveva partorito costituiva un ulteriore elemento a favore della trascrivibilità dell'atto, pur senza essere un fattore di per sé decisivo. È comunque pacifico che alla trascrizione degli atti di nascita stranieri si applicano parametri normativi diversi da quelli che si applicano in caso di nascita in Italia. Tuttavia la diversità del risultato cui si perviene mi sembra del tutto irragionevole.

⁶ Il linguaggio comune conserva una traccia duratura di questa concezione, chiamando i gameti maschili *sperma*, *seme*: l'analogia con il mondo vegetale è evidentemente errata, dato che quanto equivale al seme delle piante è semmai l'embrione.



4. - Visto che la controversia sull'ammissibilità del riconoscimento sembra preclusa dall'orientamento della cassazione espresso nelle sentenze citate sopra ⁷, la via per tentar di superare il conflitto accennato sopra è indagare se vi sia un'azione in giudizio nel cui corso è necessario accertare la verità genetica. E la risposta è semplice e ovvia: la dichiarazione giudiziale di maternità (naturale).

La donna cui è attribuita la maternità legale per il fatto di aver partorito (art. 269 c. 3° c.c.), potrebbe agire in giudizio in nome e per conto del figlio minore affinché l'altra donna della coppia, quella che ha dato il proprio ovocita, sia dichiarata giudizialmente madre del nato.

Nell'azione per la dichiarazione giudiziale è principio pacifico che si deve sempre ricorrere alla prova biologica per accertare la discendenza genetica, tranne risulti che la maternità genetica della convenuta è già certa altrimenti, il che ovviamente non è nel nostro caso. Pertanto, una volta espletata la prova biologica e quindi accertata la maternità genetica, sarebbe inevitabile dichiarare che anche tale donna è madre.

5. - Occorre però farsi carico degli argomenti che potrebbero essere portati per rifiutare tale conclusione. Mi sembra ve ne sia uno solo, ma forte: visto che una madre esiste già, la partoriente, l'altra donna potrebbe essere dichiarata madre solo dopo aver rimosso la maternità della prima (art. 253 c.c.). Ma qui ci si scontrerebbe con il fatto che tale maternità non può essere legittimamente rimossa, salvo provare che quella donna non ha partorito quel nato. Ed è ovvio che la donna il cui parto è accertato e incontestato ha il diritto di mantenere la qualifica di madre.

Così si finisce in un vicolo cieco, dal quale occorre uscire: ma come?

In primo luogo non si può scordare il fatto che la *verità biologica* femminile è potenzialmente duplice: se madre biologica è colei che porta la gravidanza e partorisce, madre altrettanto biologica è colei dal cui ovocita si è sviluppato l'embrione ⁸. Pertanto, se si tratta di due donne diverse, entrambe dovrebbero vedersi riconosciuto il diritto di essere considerate madri *biologiche*.

In secondo luogo – dato di essenziale importanza – tutte le norme codicistiche sulla filiazione sono costruite su un evidente *presupposto fattuale implicito*: che la procreazione sia la conseguenza di un rapporto sessuale fecondo, quindi intercorso fra due persone di sesso diverso. Tale presupposto era del tutto ovvio al momento della loro entrata in vigore, nel 1975; e resta altrettanto ovvio oggi, visto che la legge delega 219/2012 non prevedeva alcun intervento in materia.

A questo punto occorre guardare attentamente all'insegnamento della Corte costituzionale.

Proprio il presupposto implicito della norma – quello di regolare situazioni nelle quali la procreazione è la conseguenza di un rapporto sessuale fecondo – l'aveva portata nel 1998 ad affermare che l'allora vigente art. 235 c.c., che disciplinava i casi in cui poteva essere esercitata l'azione di disconoscimento, non era applicabile al caso della procreazione assistita eterologa maschile. Ci si trovava quindi – secondo la Corte – dinanzi a una *lacuna* dell'ordinamento, che

⁷ Non è mia intenzione, in questo breve scritto, discutere la fondatezza di tale orientamento.

⁸ Sul duplice significato della maternità biologica rinvio al mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 137.



doveva essere colmata con il riferimento ai principi generali, fra i quali aveva un ruolo essenziale l'interesse del figlio minore a conservare il proprio stato ⁹.

Nel caso che qui interessa, vi sono almeno due norme che incidono sul tema in discussione e che hanno lo stesso presupposto fattuale implicito di cui sopra, cioè che la procreazione sia la conseguenza di un rapporto sessuale fecondo. Così è dell'art. 250 c. 1° c.c., in tema di riconoscimento, che contiene l'espressa menzione di *padre* e di *madre*; e così è, soprattutto, dell'art. 269 c. 3° c.c., che attribuisce la maternità alla donna che partorisce.

È mia convinzione che, in coerenza con la citata affermazione della Corte costituzionale, anche qui ci si trova dinanzi a un'analogia *lacuna* dell'ordinamento, che dev'essere colmata ricorrendo ai principi generali. Il primo principio è ovvio: è l'interesse del minore a vedersi attribuito lo stato di figlio di entrambe le donne che sono sue madri biologiche, l'una genetica e l'altra di gravidanza e parto, le quali insieme ne hanno voluto la nascita e insieme lo allevano. Il secondo principio è quello cui ho fatto cenno in precedenza, posto dalla Corte europea e accolto dalla giurisprudenza interna: la legge deve garantire un riconoscimento giuridico al legame genetico.

Il tenore letterale di entrambe le norme non è di per sé tale da escludere che vi possano essere due madri. L'art. 250 cc. 1° non impone in modo espresso che solo una persona possa essere menzionata nell'atto di nascita come *madre* (né una sola come *padre*). E soprattutto l'art. 269 c. 3° impone che la maternità sia attribuita alla partoriente – sicché è indubbio che osti alla maternità per conto altrui – ma non esclude espressamente che la maternità possa essere attribuita anche a un'altra donna. Se l'accertamento della verità genetica lo richiede, pur in mancanza di un'espressa norma di legge, mi sembra proprio che vi sia lo spazio per applicare i principi generali, in particolare quello che secondo il quale il legame genetico deve ottenere un riconoscimento giuridico.

Dal momento che non vi sono norme che impediscano espressamente l'attribuzione della maternità a entrambe le madri biologiche, credo non sia affatto necessario un intervento della Corte costituzionale. In sede di dichiarazione giudiziale di maternità, il giudice ordinario *può* – anzi, a mio avviso *deve* – accogliere un'interpretazione costituzionalmente orientata: l'azione è volta ad accertare la discendenza genetica, sicché deve ammettere la prova biologica. Dopo di che, dinanzi alla prova che il bambino è stato partorito da una determinata donna, l'attrice, e che discende geneticamente da un'altra determinata donna, la convenuta, non può non ammettere la doppia maternità.

6. - Visto che il risultato della costituzione del rapporto di filiazione con entrambe le donne può essere raggiunto per la via della dichiarazione giudiziale, credo sarebbe opportuno che la Corte suprema rivedesse l'orientamento contrario al riconoscimento da parte di due donne le-

⁹ Vd. C. cost. 347/1998. Al criterio dell'interesse del minore la Corte di cassazione, con la sentenza a sezioni unite 2315/1999, aveva poi aggiunto l'opportunità di non premiare il «contegno ondivago» di chi prima dà il consenso alla procreazione assistita eterologa e poi agisce in disconoscimento, facendo valere proprio il fatto della non discendenza genetica. Il divieto del disconoscimento è oggi stabilito dall'art. 9 l. 40/2004.

JUS CIVILE



gate da un vincolo affettivo reciproco – non importa se civilmente unite o no – e lo capovolgesse¹⁰, quanto meno nel caso in cui entrambe le donne sono madri biologiche.

A questo modo le interessate non sarebbero costrette a ricorrere all'azione in giudizio, con le relative spese, per ottenere lo stesso risultato che conseguirebbe all'atto di riconoscimento. E soprattutto si eviterebbe un inconveniente grave, che certamente confligge con l'interesse del nato: quello di mantenere incerta la sua condizione giuridica per un tempo che potrebbe anche non essere breve. Infine – cosa che sta molto a cuore al legislatore, com'è noto – si eviterebbe un incremento perfettamente inutile del contenzioso giudiziario.

[LEONARDO LENTI].

¹⁰ Tale orientamento, indipendentemente dalla questione della discendenza genetica, è criticato da una parte consistente della dottrina ed è opposto a quello seguito da molta giurisprudenza di merito, quanto meno fino al 2020.