

## La doppia maternità nell'ordinamento giuridico spagnolo

di CHIARA CERSOSIMO

In deroga al principio tradizionale «mater semper certa est», nell'ordinamento giuridico spagnolo è oggi possibile che un minore risulti figlio di due madri.

Già nel 1988, con l'entrata in vigore della prima legge sulla riproduzione assistita, è stato permesso alle coppie *same sex*, formate da due donne, di risultare entrambe madri biologiche del nato. La tecnica della fecondazione *in vitro* permette, infatti, ad una delle *partner* di donare l'ovulo e all'altra di condurre la gestazione, cosicché il bambino, nato dall'accesso a suddetta tecnica procreativa, risulta geneticamente collegato ad entrambe.

Più recentemente, è stata ammessa l'adozione di minori d'età da parte di due donne sposate, quanto l'adozione del figlio biologico di una da parte dell'altra (*Ley* 13/2005), facoltà ambedue estese, dalla *Ley* 26/2015, alle conviventi *same sex*.

Oltre a queste due ipotesi, alla luce delle ultime evoluzioni legislative e giurisprudenziali, è possibile individuare altri casi in cui in Spagna è consentito l'accesso alla doppia maternità.

La *Ley* 14/2006 *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA), nella sua versione originaria, prevedeva che quando la donna sottopostasi a tecniche di riproduzione umana assistita, fosse sposata e non separata, legalmente o di fatto, con un'altra donna, quest'ultima avrebbe potuto manifestare davanti all'ufficiale di stato civile il consenso all'instaurazione, in suo favore, del rapporto di filiazione con il nato (art. 7.3 LTRHA). Si introduceva, in sostanza, una specie di filiazione legale (e non genetica) di tipo "stragiudiziale", per cui non era (e non è tuttora) necessaria una valutazione da parte del giudice dell'interesse del minore, dell'idoneità dell'aspirante madre e del consenso della gestante, al contrario di quanto avviene nei procedimenti di adozione. La LTRHA stabiliva (e stabilisce), quindi, una sorta di presunzione *iuris et de iure* sull'idoneità del coniuge a svolgere la funzione materna, quanto sull'interesse del minore ad acquisire la doppia maternità. Da ultimo, la *Ley* 19/2015 ha emendato l'art. 7.3 LTRHA, prevedendo che la donna sposata con la gestante possa dichiarare la volontà di instaurare il rapporto di filiazione con il bambino, anche dopo il parto, ma entro i termini previsti per l'iscrizione della nascita. Da un lato, viene esteso il periodo d'acquisto della "comaternità", per cui la volontà di diventare madre non deve essere espressa necessariamente durante la gestazione, dall'altro, si ammette la possibilità di rendere tale dichiarazione non soltanto davanti all'ufficiale di stato civile, ma anche presso la struttura sanitaria in cui avviene il parto.

La *Ley* 19/2015 ha modificato, altresì, l'art. 44.5 della *Ley de Registro Civil* (LRC), stabilendo che, quando la madre del nato è sposata, e non separata legalmente o di fatto, con un'altra donna si determina, anche in favore di quest'ultima, il rapporto di filiazione con il bambino. Condizione necessaria per l'instaurazione del rapporto di filiazione è la manifestazione di volontà, da parte della non gestante, di diventare madre. Tale norma, secondo l'interpretazione offerta da una recente risoluzione della *Dirección General del Registro y del Notariado* (RDGR, 8 febbraio 2017), risulterebbe applicabile con efficacia generale a tutte le ipotesi di filiazione all'interno di un matrimonio tra due donne, sia quando la partoriente abbia fatto ricorso a tecniche di riproduzione umana assistita, cui si riferisce l'art. 7.3 LRHA, sia quando non vi abbia fatto ricorso.

L'interpretazione restrittiva dell'art. 44.5 LRC, per cui il suo ambito applicativo sarebbe limitato ai soli casi di cui all'art. 7.3 LRHA, si scontrerebbe con la *ratio legis* della riforma. L'intenzione del legislatore del 2015 consisterebbe, secondo la *Dirección General del Registro y del Notariado*, nel facilitare l'instaurazione del

rapporto di filiazione con i bambini nati all'interno di un matrimonio tra due donne, prescindendo dalle modalità in cui sia stata provocata la gestazione. Tutto ciò, però, senza pregiudizio per le azioni di impugnazione della filiazione, previste dal *Código civil* (artt. 136 ss. cod. civ.), che potranno essere esercitate, dal nato quanto dal padre biologico, nel caso in cui la gestazione non sia stata conseguenza dell'applicazione delle tecniche previste dalla LRHA.

Se da un lato, la riforma dell'art. 44.5 LRC conferirebbe centralità alla volontà del coniuge di diventare madre, dall'altro, in mancanza di una normativa specifica, come quella dell'art. 8 LRHA che proibisce l'impugnazione della *filiación matrimonial* del figlio nato attraverso la fecondazione assistita, troverebbero applicazione le norme del codice civile sulla filiazione naturale (artt. 116 cod. civ. ss.), ammettendo l'impugnazione del rapporto instauratosi tra il bambino e la non gestante.

L'interpretazione contenuta nella RDGRN avvicina in maniera sostanziale la disciplina spagnola a quella catalana, che equipara le coppie formate da due donne, sposate o conviventi, a quelle eterosessuali ai fini della determinazione della filiazione derivata dall'uso di tecniche di riproduzione assistita. Ai sensi degli artt. 235-8 e 235-13 del *Código civil de Cataluña* (CCCat), la volontà di assumere la maternità o la paternità come titolo di attribuzione della filiazione è rappresentata dal consenso prestato all'accesso a tali tecniche. Una volta espresso il consenso a che il *partner* si sottoponga a tali pratiche, l'altro acquisterà automaticamente, al momento della nascita, la paternità o la maternità sul bambino.

In tale contesto, si collocano due pronunce del *Tribunal Supremo español* (TS) che, nell'ottica di tutelare l'interesse del minore alla bigenitorialità, hanno ammesso, pur in assenza di una specifica normativa sul punto, l'esercizio dell'azione di reclamo della *filiación matrimonial* nel caso di figlio nato all'interno del matrimonio tra due donne.

Il TS ha individuato quale fondamento della domanda di reclamo, *ex art.* 131 cod. civ., il possesso di stato e ha attribuito un ruolo fondamentale al consenso espresso dal coniuge al trattamento di riproduzione assistita seguito dal *partner* gestante, essendo quest'ultimo un elemento evidente della volontà di diventare madre (STS, 1<sup>a</sup>, 5 dicembre 2013). Più recentemente, il *Tribunal Supremo* ha ritenuto impensabile che, all'interno di una coppia, un *partner* possa sottoporsi a tecniche di riproduzione assistita senza che l'altro vi consenta, seppur in forma tacita. Sulla base di tale presupposto, ha accolto l'azione di reclamo promossa dalla compagna (non coniugata) della gestante, la quale non aveva mai prestato consenso espresso al ricorso della *partner* alle tecniche *de quo*, ritenendo, tuttavia, provata la sussistenza del possesso di stato da parte dell'aspirante madre, che aveva convissuto per due anni con il minore, esercitando le vesti di genitore (STS, 1<sup>a</sup>, 15 gennaio 2014).