

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**

Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore

**Numero 3**  
**Anno IV**  
**Luglio/Settembre 2014**

CON CONTRIBUTI DI:

Emanuele Bilotti, Enrico Del Prato, Francesca Romana Lenzi, Enrico Moscati,  
Andrea Nuzzi, Stefania Stefanelli, Mario Palma

**Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale  
e diritto alla conoscenza delle origini biologiche**

*di*  
**Emanuele Bilotti**

**Sommario:** 1. La sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e il precedente dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. – 2. La questione decisiva: esiste un diritto costituzionalmente tutelato alla genitorialità biologica? – 3. Quale tutela per l’interesse del nato da fecondazione eterologa alla conoscenza delle origini biologiche? – 4. Questioni relative alla disciplina dell’accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa.

**1. La sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e il precedente dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.**

Con sent. 10.6.2014, n. 162, il giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dell’art. 4, co. 3, l. 19.2.2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell’art. 9, co. 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all’art. 4, comma 3», e dell’art. 12, co. 1, di detta legge [1].

Sebbene l’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa non sia stata disposta per la violazione di norme “interposte” di diritto internazionale, la vicenda che ha condotto a quest’esito ha tratto origine, com’è noto, da una decisione non definitiva resa dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo [2]. Tale decisione ritenne la contrarietà ai principi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) della legge austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz-FMedG*), laddove consente il ricorso alla tecnica eterologa solo con l’impiego di gameti maschili (e non anche femminili) e soltanto *in vivo*, e cioè unicamente con introduzione del seme maschile negli organi sessuali femminili (e non anche *in vitro*, e cioè con formazione dell’embrione al di fuori del corpo della donna) (v. § 3 *FMedG*). In quella circostanza la Corte di Strasburgo chiarì anzitutto che le norme CEDU non vincolano il legislatore nazionale a riconoscere un diritto di accesso alle tecniche di procreazione assistita. La stessa Corte aggiunse nondimeno che, se un ordinamento ammette il ricorso alla procreazione artificiale, allora l’interesse della coppia ad accedervi rientra nell’ambito della tutela della vita privata e familiare di cui all’art. 8 CEDU, con la conseguenza che eventuali divieti di accesso ad alcune tecniche soltanto,

nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto ad altre coppie sterili, devono considerarsi discriminatori ai sensi dell'art. 14 CEDU, sempre che non si tratti di divieti giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e comunque rispettosi del criterio di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivi perseguiti. Su queste basi la Corte di Strasburgo considerò senz'altro discriminatori i divieti contenuti nella legge austriaca. Il divieto di fecondazione artificiale con donazione di ovociti e il divieto di fecondazione *in vitro* con seme di un terzo non apparvero infatti mezzi proporzionati rispetto alle finalità di evitare i rischi di selezione degli embrioni, di sfruttamento delle donne fornitrici di ovociti, di conflittualità tra madri biologiche e madri genetiche, nonché rispetto all'ulteriore finalità di garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. A dire della Corte, certi obiettivi avrebbero potuto essere perseguiti anche senza comprimere l'interesse della coppia sterile a procreare col ricorso alla tecnica eterologa.

A seguito di questa decisione diverse coppie italiane adirono i competenti giudici nazionali affinché, in via cautelare, disponessero la disapplicazione del divieto di cui all'art. 4, co. 3, l. 40/2004, in quanto contrastante con le norme CEDU e ordinassero quindi ai medici e/o alle strutture ospedaliere alle quali le stesse coppie si erano rivolte di eseguire in loro favore i richiesti interventi di fecondazione eterologa. In subordine si chiese anche di sollevare la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. E ciò anzitutto con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. Ma non solo. Si ipotizzò anche l'esistenza di un contrasto del divieto di fecondazione eterologa con l'art. 3 Cost. in relazione agli artt. 2, 29 e 31 Cost., nonché in relazione all'art. 32 Cost. Quel divieto avrebbe infatti introdotto una discriminazione irragionevole tra coppie sterili sia con riferimento alla garanzia della loro libertà di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative sia con riferimento alla tutela della salute. Tutti i giudici aditi rigettarono l'istanza di disapplicazione [3]. Uno di questi riservò lo stesso trattamento anche all'eccezione di legittimità costituzionale [4]. Gli altri la reputarono invece non manifestamente infondata e ne investirono il giudice delle leggi, chi indicando come parametro il solo art. 117, comma 1, Cost., chi facendo valere anche le garanzie interne indicate dai ricorrenti, e cioè gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. [5].

Frattanto proseguiva anche il giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo. A seguito della decisione dell'aprile del 2010 il Governo austriaco presentò infatti istanza di riesame. La controversia fu così deferita alla Grande Camera, la quale, con decisione opposta alla precedente, escluse qualsiasi contrasto tra le norme CEDU e i divieti di fecondazione eterologa contenuti nella legge austriaca [6]. La Grande Camera non mise certo in discussione l'idea di fondo secondo cui il diritto della coppia di far ricorso alla fecondazione artificiale anche di tipo eterologo è tutelato dall'art. 8 CEDU in quanto espressione della vita privata e familiare. Rilevò però che, in mancanza di un consenso radicato a livello europeo quanto al regolamento

della fecondazione eterologa, ai singoli Stati deve riconoscersi un "margine di apprezzamento" piuttosto ampio nel comprimere il diritto fondamentale di autodeterminarsi in ordine alla vita privata e familiare allo scopo di garantire anche gli altri interessi coinvolti dal ricorso alla fecondazione eterologa, dovendosi solo verificare che il bilanciamento operato non sia irragionevole [7]. Questa volta il *test* di ragionevolezza condotto sui divieti della legge austriaca condusse però a un risultato positivo.

Tale sopravvenuto mutamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo fece sì che la Corte italiana disponesse la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, invitandoli a un rinnovato esame della questione [8]. La Corte costituzionale avrebbe invero potuto evitare una simile ordinanza "interlocutoria". In effetti sarebbe stato possibile decidere se il divieto di fecondazione eterologa fosse o meno in contrasto con i parametri diversi dall'art. 117, co. 1, Cost. anche escludendo qualsiasi violazione di quest'ultima norma [9]. La Corte ritenne nondimeno che fosse opportuno prendere tempo, magari per cercare al proprio interno un più ampio consenso in ordine alla decisione di una questione particolarmente delicata [10] o forse solo per sottrarsi al condizionamento indiretto della nuova decisione del giudice di Strasburgo.

I tre giudici remittenti non mancarono tuttavia di proporre di nuovo la questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. Uno di essi [11] dispose invero in tal senso solo in sede di reclamo, dopo che il giudice singolo del tribunale, tenuto conto del pronunciamento definitivo della Grande Camera, ritenne che non sussistessero più i presupposti per riproporre la questione di legittimità costituzionale neppure rispetto ai parametri diversi dall'art. 117, co. 1, Cost. [12]. L'art. 117, co. 1, Cost. fu nuovamente indicato come parametro solo da uno dei giudici remittenti [13]. Gli altri si limitarono invece a denunciare la violazione degli uni e/o degli altri parametri ulteriori già indicati [14]. Anche la Corte, del resto, ha deciso con esclusivo riferimento alle garanzie interne, considerando poi assorbite le censure formulate con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU.

Resta il fatto che la Corte costituzionale, pur essendosi mossa lungo una linea argomentativa analoga a quella seguita dalla Corte di Strasburgo anche in sede di riesame (e cioè quella linea che passa anzitutto per la riconduzione dell'interesse all'accesso alla procreazione assistita nell'ambito della libertà fondamentale di autodeterminarsi in ordine alla vita privata e familiare e per la conseguente ricerca di un bilanciamento ragionevole con altri valori confliggenti), ha finito però col ritenere irragionevole la scelta del legislatore italiano di vietare la fecondazione eterologa, laddove i giudici di Strasburgo, con riferimento ai divieti della legge austriaca, erano invece approdati a una soluzione opposta. Vero è che, in linea generale, alle decisioni della Corte europea dei diritti non può riconoscersi un potere di conformazione del dettato costituzionale, dato che la CEDU non è dotata di una forza sovraconstituzionale [15]. È pur vero però che, nel caso in esame,

quali che siano i parametri invocati (convenzionali o costituzionali), la questione è stata prospettata ai due giudici in termini sostanzialmente analoghi: entrambi sono stati infatti chiamati a valutare la ragionevolezza della compressione della stessa libertà fondamentale in nome degli stessi interessi confliggenti. Il fatto che si sia pervenuti a due risultati opposti rende allora manifesto quanto la questione in esame sia tuttora controversa, sicché sarebbe stato preferibile continuare ad affidarla alla mediazione politica.

## **2. La questione decisiva: esiste un diritto costituzionalmente tutelato alla genitorialità biologica?**

A distanza di dieci anni dalla sua introduzione, l'intervento della Corte costituzionale ha invece espunto dal sistema, il divieto di fecondare artificialmente un embrione con gameti maschili e/o femminili provenienti da un donatore esterno alla coppia. In passato un simile risultato era stato già perseguito senza successo con lo strumento referendario. Nel giugno del 2005 l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa aveva infatti costituito oggetto di uno dei quattro quesiti referendari ammessi con riferimento alla l. 40/2004. Nessuna di quelle proposte abrogative fu però approvata, dato che quasi il 75% degli aventi diritto non partecipò alla consultazione referendaria.

Nell'ammettere il relativo quesito referendario il giudice delle leggi aveva già espresso il convincimento secondo cui il divieto di fecondazione eterologa non sarebbe stato espressivo di un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario e sarebbe stato perciò privo di fondamento costituzionale [16]. La Corte Costituzionale ha ora ulteriormente rilevato che quel divieto avrebbe realizzato un bilanciamento irragionevole dei diversi interessi in gioco e ne ha pertanto riconosciuto l'illegittimità. In estrema sintesi la tesi della Corte è stata che l'assolutezza del divieto, in contrasto con la stessa finalità della l. 40/2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), avrebbe discriminato le coppie affette dalle patologie più gravi di sterilità e infertilità. Queste ultime sarebbero state impedito nell'esercizio della propria libertà fondamentale di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative, libertà garantita al massimo livello dell'ordinamento dagli artt. 2, 29 e 31 Cost. e comprendente anche il diritto di ricorrere a metodiche di fecondazione assistita anche di tipo eterologo. Questa situazione avrebbe determinato un grave pregiudizio, soprattutto di ordine psicologico, anche a carico della salute di quelle coppie, con ulteriore violazione dell'art. 32 Cost. [17]. Tutto ciò senza che un così grave sacrificio di valori costituzionali di primo livello potesse apparire giustificato dalla tutela di interessi altrettanto rilevanti coinvolti dal ricorso alla tecnica in questione, e segnatamente dalla tutela dell'interesse del nato a vedersi riconosciuta una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un armonioso sviluppo della personalità [18].

La Corte ha riconosciuto invero che gli unici interessi che potrebbero confliggere con una piena esplicazione della libertà individuale di procreare anche col ricorso alla tecnica eterologa sono quelli del nato, il quale – si è detto – potrebbe trovarsi esposto al «rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale» e alla «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica». La Corte ha ritenuto nondimeno che, nel contesto normativo vigente, l'abrogazione del divieto di accesso alla tecnica eterologa non comporti nessuna conseguenza pregiudizievole a carico della posizione di questo soggetto per come essa risulta già tutelata nel sistema, in particolare dalle previsioni (non oggetto di censura) della stessa l. 40/2004. In altri termini, a giudizio della Corte costituzionale, l'abrogazione del divieto di fecondazione eterologa non avrebbe prodotto alcun effettivo sbilanciamento a favore di una prospettiva centrata sugli interessi degli adulti del temperamento già operato dal legislatore del 2004 tra diritto al figlio degli adulti e diritti del figlio nato col ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La Corte ha rilevato in particolare come il proprio intervento non riguardasse né la norma che stabilisce che il ricorso alle tecniche di procreazione assistita è consentito solo quale *extrema ratio* terapeutica nei casi in cui sia stata accertata una condizione irreversibile di sterilità o infertilità assolute della coppia (art. 4) né quella che ne limita l'accesso alle sole «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5). Né l'intervento del giudice delle leggi ha fatto venir meno le regole relative al consenso informato (art. 6) e alla necessità che gli interventi di procreazione assistita siano praticati presso strutture autorizzate e registrate (art. 10) e nel rispetto di specifiche direttive emanate dal Ministero della Salute (art. 7) e di precisi obblighi di documentazione e di comunicazione (art. 11). Certe norme devono ora ritenersi applicabili anche in caso di ricorso alla tecnica eterologa, giacché questa non è altro che un'ipotesi speciale di procreazione medicalmente assistita. Conservano inoltre validità anche le sanzioni non oggetto di censura poste a presidio del rispetto dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche, delle prescritte modalità di espressione e raccolta del consenso e di svolgimento degli interventi, nonché dei divieti di commercializzazione di gameti e di embrioni e di maternità surrogata (art. 12).

Ma la Corte ha evidenziato soprattutto come anche ai nati da fecondazione eterologa trovi applicazione la previsione secondo cui assumono lo stato di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 8). Inoltre, una volta caduto il riferimento alle sole ipotesi di illecito ricorso alle tecniche eterologhe, anche le regole di cui all'art. 9, co. 1 e 3, conservando comunque validità ed efficacia, vedrebbero naturalmente estendersi il proprio ambito di applicazione ad ogni caso di fecondazione eterologa. Dovrebbe perciò escludersi che, nei casi di impiego del seme di un donatore, il coniuge della madre o il suo convivente, che abbiano consentito

all'impegno della tecnica eterologa, possano poi agire in giudizio adducendo l'inesistenza di qualsiasi vincolo di sangue col nato e domandando perciò l'accertamento negativo della paternità ai sensi dell'art. 243 *bis* [19] o, rispettivamente, dell'art. 263 c.c. (art. 9, co 1). E dovrebbe pure escludersi che, nonostante l'esistenza di un vincolo di sangue col nato, il donatore di gameti possa instaurare con questo una relazione giuridica parentale e assumere nei suoi confronti diritti e obblighi (art. 9, co. 3).

Ora, è principalmente in considerazione di questi ultimi dati che il giudice delle leggi ha ritenuto di poter affermare che l'abrogazione del divieto di accesso alla tecnica eterologa non avrebbe prodotto alcun pregiudizio a carico del nato. Certe norme gli assicurerebbero infatti un accertamento dello *status filiationis* sufficientemente stabile. E ciò nonostante che, almeno rispetto a uno dei due genitori, si tratti di uno *status* non naturale, fondato cioè sulla volontà di assumere la responsabilità genitoriale e non sulla generazione, e anzi sull'esclusione *ex lege* di qualsiasi rilevanza di quel fatto in ordine al rapporto di filiazione. L'idea di fondo sottesa alla decisione della Corte, quella che le ha davvero permesso di pervenire al risultato abrogativo in questione, è dunque quella secondo cui la responsabilità genitoriale, prima ancora - e più ancora - che dal fatto biologico, discenderebbe dalla volontà dell'adulto di farsi carico della cura del nato, sicché può ritenersi senz'altro conforme ai principi di fondo del sistema anche quella artificiale dissociazione tra genitorialità biologica e genitorialità sociale, che, col necessario concorso della legge, è destinata a prodursi in capo ad almeno uno dei componenti della coppia genitoriale in ogni caso di ricorso alla tecnica eterologa di fecondazione assistita [20].

Ciò posto, si deve però rilevare che, almeno secondo una parte degli interpreti, una simile concezione "volontaristica" o "legalistica" della filiazione non sarebbe affatto compatibile con i principi costituzionali, e segnatamente col disposto dell'art. 30 Cost. [21], del quale, non a caso, nella motivazione della sent. n. 162/2014, non vi è alcuna traccia [22]. In effetti, l'art. 30 Cost. afferma anzitutto l'irrelevanza in linea di principio delle particolari circostanze in cui è avvenuto il concepimento rispetto alla costituzione e al contenuto del rapporto di filiazione: la responsabilità genitoriale deve comunque discendere dal semplice fatto generativo. Gli stessi contenuti del rapporto non possono essere diversi a seconda che il concepimento sia avvenuto dentro il matrimonio o fuori di esso. Questa circostanza rileva solo ai fini dell'accertamento dello *status* [23]. Unicità dello *status* di figlio significa allora, anzitutto, che è il semplice fatto generativo a fondare la filiazione, e dunque che la responsabilità genitoriale non discende dalla volontà dell'adulto di assumere il ruolo di genitore, ma dal mero fatto naturalistico della generazione.

È pur vero che anche l'adozione del minore abbandonato determina la costituzione di uno *status* di figlio che non consegue affatto al dato biologico [art. 27, l. 4.5.1983, n. 184 (*Diritto del minore a una famiglia*)]. Anzi, nel caso



dell'adozione, la legge rimuove il valore costitutivo dello *status* proprio del fatto generativo e separa, per così dire, l'uno dall'altro, di modo che lo *status* può essere determinato, sempre ad opera della legge, a prescindere dalla generazione. Il ricorso alla genitorialità legale nel caso del minore abbandonato è però espressamente consentito dallo stesso art. 30 Cost., laddove dispone che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti». Una simile previsione esclude perciò, al contempo, la legittimità di ogni ricorso a forme di genitorialità legale al di fuori del caso del minore abbandonato. Il dato costituzionale autorizza pertanto l'interprete a ritenere che, accanto a un principio di responsabilità genitoriale fondata sul semplice fatto biologico, il sistema conosce anche un principio rigoroso di sussidiarietà della genitorialità legale rispetto a quella naturale, e cioè un principio per cui la prima può sostituirsi alla seconda solo quale *extrema ratio* di tutela dei minori in caso di incapacità dei genitori (naturali) a far fronte ai propri doveri nei confronti dei figli [24]. Al di là di questa ipotesi eccezionale «il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1, co. 1, l. 184/1983), e cioè dai suoi genitori (naturali) [25]. Il che equivale a dire, allora, che il sistema costituzionale conosce anche un diritto fondamentale della persona allo *status filiationis* e che questo diritto deve intendersi correttamente come diritto alla genitorialità naturale.

Seguendo questa linea di pensiero, contro l'opinione del giudice delle leggi, la Corte costituzionale avrebbe allora dovuto riconoscere che un divieto assoluto di fecondazione eterologa non è affatto costituzionalmente illegittimo ed è anzi costituzionalmente fondato. Non sembra infatti che sussista una concreta possibilità di contemperamento tra accesso alla tecnica eterologa e garanzia dell'indicato diritto alla genitorialità naturale di cui all'art. 30 Cost. E ciò perché, in genere, di un simile diritto i nati da fecondazione eterologa finiscono per essere privati ad opera del legislatore con evidente discriminazione a loro carico [26]. Rispetto alla tecnica eterologa non sembra insomma che esista una reale possibilità di bilanciamento. La soluzione, come aveva ritenuto il legislatore del 2004, non può che essere un rigoroso *aut aut* [27].

Contro un simile modo di argomentare si obietta però, in genere, che l'idea secondo cui il diritto fondamentale allo *status* dovrebbe correttamente intendersi come diritto alla genitorialità naturale sarebbe puramente ideologica [28]. Quell'idea servirebbe solo a impedire l'instaurarsi di relazioni giuridiche familiari ritenute non corrispondenti a un determinato paradigma etico aprioristicamente assunto come normativo. Con estrema chiarezza, da ultimo, si fa rilevare in particolare che, «nell'attuale congiuntura storica, sociale e culturale, caratterizzata nei fatti da una pluralità di opzioni riproduttive, anche in considerazione delle possibilità offerte dalla tecnica», è piuttosto «l'imposizione a tutti i costi di un paradigma esclusivo di genitorialità biologicamente "naturale"» ad apparire come un dato "artificiale", privo di riscontro nella realtà [29]. Il divieto di fecondazione

eterologa viene allora considerato come «una difesa di retroguardia, velleitaria e irragionevole, di un presunto primato della genitorialità “mediante copula”, contro gli “assalti” della genitorialità soltanto sociale e affettiva, intesa come sciagura in sé e rispetto al benessere della coppia e del figlio» [30].

Certe affermazioni lasciano però anzitutto intravedere una concezione del diritto puramente accessoria e sovrastrutturale. Emerge in effetti l'idea che la norma sia un semplice involucro formale in balia della forza dei fatti o, come pure è stato detto efficacemente, un mero «ricettacolo legittimante ogni scelta tecnicamente possibile» [31]. Non sembra però che una simile concezione del fenomeno giuridico sia coerente col nuovo ordine inaugurato dalla Costituzione repubblicana. Infatti, secondo un autorevole insegnamento, il diritto costituzionalizzato «converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico... mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali... in opzioni interne al diritto positivo espresse nelle forma di enunciati normativi di principio...» [32]. Di conseguenza anche le possibilità offerte dalla tecnica - e dunque la stessa “pluralità delle opzioni riproduttive” - non possono senz'altro imporsi al legislatore come un dato di cui prendere atto, ma devono pur sempre essere assunte come semplici ipotesi delle quali valutare attentamente la conformità rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento [33].

Nel merito, poi, non convince neppure l'assunto critico secondo cui il riconoscimento di un diritto alla genitorialità naturale sarebbe frutto di una lettura ideologica del dato costituzionale [34], e segnatamente dell'art. 30 Cost. I principi della responsabilità genitoriale fondata sul semplice fatto della generazione e della rigorosa sussidiarietà della genitorialità legale rispetto alla genitorialità naturale non trovano infatti la propria *ratio* nei precetti di un'etica astratta o in un qualche insegnamento religioso [35], ma solo nella preferenza che si è scelto di accordare a una visione centrata sulla migliore tutela degli interessi del nato rispetto a una visione in cui ci si preoccupa anzitutto di garantire la libertà degli adulti di autodeterminarsi anche in ordine alla procreazione e alla genitorialità. In effetti, per chi si pone nell'ottica della miglior tutela degli interessi del minore è del tutto evidente che «dalla fattispecie originaria dello *status* l'elemento biologico non può essere eliminato» e che dunque «alla genitorialità occorre... l'oggettività di un fatto, non già la soggettività di un atto unilaterale» [36]. E ciò perché «un criterio che... facesse leva sull'astratta volontà di assumere il ruolo di genitore, ossia sulla libertà individuale, non sarebbe in grado di fondare una responsabilità certa e determinata (o determinabile), come lo è invece il fatto naturalistico - irreversibile e quindi irrevocabile - di avere generato» [37]. È dunque la migliore tutela del nato ad aver sollecitato l'opzione costituzionale per il paradigma della genitorialità naturale e il rifiuto dell'opposta concezione “volontaristica” o “legalistica” della filiazione. Ma allora la sostituzione del paradigma di riferimento non può che tradursi in una condizione di minor tutela

di quanti, nell’interesse esclusivo degli adulti, si vedono imposta *ab origine* una genitorialità puramente legale senza che ricorra alcuna situazione di abbandono.

### **3. Quale tutela per l’interesse del nato da fecondazione eterologa alla conoscenza delle origini biologiche?**

Anche al di là della questione della sua fondatezza, la decisione della Corte costituzionale che ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa pone comunque all’interprete non pochi problemi, che evidenziano la necessità di un nuovo intervento del legislatore, che risolva quanto prima ambiguità e incertezze e colmi le lacune di disciplina che una pronuncia seccamente demolitrice ha inevitabilmente determinato [38].

C’è anzitutto la questione del “diritto all’identità genetica” del nato, o meglio del diritto del nato a conoscere le sue origini biologiche, una questione che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto come non irrilevante ai fini di una corretta definizione del giudizio sulla legittimità del divieto di fecondazione eterologa. Attribuire al nato da fecondazione eterologa il diritto a conoscere le proprie origini biologiche significa infatti garantirgli almeno un minimo di tutela – comunque del tutto insufficiente – dei profili identitari e temperare così un regolamento altrimenti sbilanciato a esclusivo vantaggio degli interessi degli adulti [39]. Eppure, al riguardo, dalla lettura della sent. n. 162/2014 si ricavano indicazioni tutt’altro che univoche e anzi, a ben vedere, sostanzialmente elusive del problema [40]. Infatti, se, da un lato, nel ricostruire la regolamentazione della fecondazione eterologa già desumibile dalle norme vigenti, il giudice delle leggi fa riferimento alle norme in tema di donazione di tessuti e cellule umani, e segnatamente anche all’art. 14 del d. lgs. 6.11.2007, n. 191, secondo cui «tutti i dati, comprese le informazioni genetiche... sono resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili», dall’altro lato, nello stesso paragrafo, richiama pure l’art. 28, l. 4.5.1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), che disciplina invece in maniera accurata il diritto dei genitori adottivi e dello stesso adottato ultraventicinquenne di accedere alle informazioni concernenti l’identità dei genitori biologici.

La Corte non omette di dire che, solo qualche mese prima di pronunciarsi in tema di fecondazione eterologa, aveva ritenuto che proprio quest’ultima norma arrecasse un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost., laddove, a fronte di una richiesta di accesso dell’adottato, non è prevista una qualche modalità di verifica della perdurante attualità della scelta di rimanere nell’anonimato fatta dalla donna all’epoca del parto [41]. A certe conclusioni il giudice delle leggi era peraltro pervenuto, anche col conforto di una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di Strasburgo [42], in base al convincimento, chiaramente espresso, che «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di

tutela della persona» e che «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale» [43]. Si tratta di affermazioni di principio che non avrebbero dovuto lasciare dubbi neppure in ordine alla sicura prevalenza dell'interesse del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini biologiche rispetto all'interesse dei cd. donatori a rimanere nell'anonimato. Un esito di questo tipo è stato però sostanzialmente disatteso dalle vaghe e ambigue statuizioni che la Corte costituzionale ha riservato alla questione nella sent. n. 162/2014: di fatto, il giudice delle leggi ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa, ma non ha ritenuto di dire con chiarezza non solo quale disciplina debba ora garantire al nato il diritto a conoscere le proprie origini, ma neppure se quel diritto debba o meno essergli riconosciuto.

Né sembra possibile che le regole relative al diritto del nato da fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini biologiche possano desumersi *sic et simpliciter* da quelle relative al diritto dell'adottato a conoscere i propri genitori naturali, neppure nella nuova formulazione che quelle regole sono destinate a ricevere dal legislatore dopo il recente intervento del giudice delle leggi. Invero, secondo una parte degli interpreti, «fatte le debite proporzioni tra adozione e fecondazione eterologa, il problema del bilanciamento degli interessi in gioco si pone in maniera non molto dissimile, dovendosi anche qui bilanciare il diritto del figlio di sapere e quello del genitore di restare in un cono d'ombra, secondo criteri di razionalità che il legislatore è già stato invitato ad individuare» [44]. In contrario si è tuttavia rilevato che la disciplina dell'adozione «può offrire qualche spunto anche se non un modello da copiare integralmente» [45]. E ciò perché quelle ragioni che possono eventualmente giustificare delle limitazioni al diritto di conoscere le origini dell'adottato non sono certo estensibili al caso della fecondazione eterologa. Qui, infatti, non essendoci una condizione di abbandono del minore, non ricorrono neppure quelle circostanze che, per tutelare lo stesso figlio adottivo, possono suggerire di mantenere una distanza dei genitori biologici. Né ha ragion d'essere la tradizionale tutela del diritto della donna di partorire nell'anonimato. Del resto, l'art. 9, co. 2, l. 40/2004, vieta espressamente il parto anonimo della donna che abbia generato un figlio col ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 9, co. 2). E non vi è alcun dubbio che anche questa norma debba ora applicarsi anche in caso di fecondazione eterologa. È evidente allora che, nel sistema normativo vigente, non esistono regole adeguate a garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche.

Dalla lettura della sent. n. 162/2014 non risulta poi con chiarezza neppure quale disciplina possa ora garantire ai nati da fecondazione eterologa il diritto – distinto da quello a conoscere le origini biologiche – a conoscere i dati non identificativi relativi ai genitori biologici per gravi e comprovati motivi attinenti alla salute

psico-fisica o per evitare l'unione con persone legate da vincoli di parentela [46]. Anche da questo ulteriore punto di vista appare dunque evidente quanto sia problematica la tesi del giudice delle leggi secondo cui, nel contesto normativo vigente, un intervento puramente demolitorio del divieto di accesso alla tecnica eterologa non comporti conseguenze pregiudizievoli a carico del nato. In realtà, si deve riconoscere che, anche a voler ritenere la compatibilità col sistema costituzionale di una completa fungibilità tra genitorialità legale e naturale, un intervento del legislatore s'impone comunque - e con urgenza - quanto meno per garantire il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche e ad accedere alle informazioni non identificative per ragioni connesse alla tutela della salute.

#### **4. Questioni relative alla disciplina dell'accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa.**

Da ultimo si può pure osservare brevemente che, a ben vedere, anche la disciplina relativa all'accertamento dello *status* del nato da fecondazione eterologa non è affatto priva di incertezze e di autentiche lacune.

Si consideri anzitutto che, stando almeno all'opinione di una parte degli interpreti, la previsione di cui all'art. 8 l. 40/2004 non sarebbe affatto idonea a determinare in capo al nato un accertamento automatico dello *status filiationis*: quella previsione non disporrebbe in realtà alcunché di innovativo in ordine all'accertamento dello stato [47], sicché, in caso di accesso alla tecnica da parte di una coppia non coniugata, sarebbe pur sempre necessario il riconoscimento di entrambi i genitori e, in mancanza, l'accertamento giudiziale della paternità e/o della maternità. Ora, è evidente che, in caso di procreazione medicalmente assistita con impiego del seme di un terzo, laddove il convivente della madre non intenda riconoscere il nato, quest'ultimo potrebbe provare al più che quegli aveva consentito alla tecnica secondo quanto previsto dalla legge. Da nessuna parte risulta però con chiarezza che una questa possa essere sufficiente a fondare l'accertamento giudiziale della paternità [48]. A un simile risultato si potrebbe certo pervenire anche in via interpretativa [49]. È bene tuttavia che su questioni di questo tipo non vi sia spazio per incertezze interpretative.

In caso di procreazione medicalmente assistita con ovodonazione un problema analogo potrebbe sembrare improponibile. E ciò sia sotto un profilo fattuale, perché certe gravidanze sono in genere fortemente volute, sia sotto un profilo propriamente giuridico, perché il legislatore del 2004 si è preoccupato di disporre che, in ogni caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, la donna non può partorire nell'anonimato (art. 9, co. 2, l. 40/2004). Tuttavia, com'è stato già rilevato da più parti, allo stato una regola siffatta è priva di qualsiasi effettività, giacché l'ufficiale di stato civile non ha modo di sapere con certezza se la nascita che gli viene denunciata come avvenuta da donna che non consente di essere nominata sia la conseguenza di un concepimento naturale o di una

procreazione medicalmente assistita [50]. Di fatto, dunque, anche in caso di ricorso alle tecniche, permane la possibilità di partorire nell'anonimato [51] e con ciò, una volta ammessa la fecondazione con ovodonazione, di aggirare il divieto di surrogazione di maternità, tuttora previsto dall'art. 12, co. 6, l. 40/2004, mediante il riconoscimento del nato da parte del solo padre biologico ed eventuale successiva adozione speciale da parte della moglie di questo [52]. L'accesso alla tecnica eterologa non dovrebbe allora prescindere dalla previsione di procedure che permettano ai sanitari di sapere con certezza se la nascita consegue o meno a un concepimento naturale.

Ulteriori incertezze sono connesse poi alla possibilità che si addivenga a un accertamento negativo dello *status filiationis* nei confronti del coniuge o del convivente del genitore naturale. Vero è che l'art. 9, co. 1, l. 40/2004 esclude che il coniuge o il convivente del genitore naturale possano disconoscere la paternità del nato o, rispettivamente, impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità. Nessuna norma chiarisce però se la legittimazione alle azioni indicate sia sottratta anche al genitore naturale e al nato. Invero, quanto alla madre, una risposta negativa potrebbe forse dedursi dal divieto di partorire nell'anonimato di cui all'art. 9, co. 2, cit. [53]. Non manca tuttavia anche chi ritiene che la madre possa agire per l'accertamento negativo della paternità [54].

La soluzione appare ancora più incerta quanto alla legittimazione del figlio [55]. In senso negativo si è fatto notare che, stante la regola di cui all'art. 9, co 3, cit., un eventuale accertamento negativo della paternità legale non potrebbe comunque preludere a un successivo accertamento positivo della paternità biologica [56]. Un accertamento negativo potrebbe nondimeno essere utilizzato dal figlio solo al fine di sottrarsi ai propri doveri nei confronti del genitore legale. Tanto più che, dopo la recente riforma della filiazione, tutte le azioni di accertamento negativo della paternità sono imprescrittibili quanto al figlio. Una parte degli interpreti, poi, ipotizza addirittura che l'esonero del cd. donatore da qualsiasi responsabilità, giustificandosi unicamente al fine di consentire la formazione di uno *status filiationis* nei confronti del genitore legale, e dunque a tutela del nato e non anche del cd. donatore, sarebbe destinato a venir meno ogni qual volta la formazione di quello *status* sia mancata [57] o perché la partoriente coniugata ha riconosciuto il nato o perché il convivente della partoriente non coniugata non l'ha riconosciuto. Ma allora, secondo la stessa logica, si potrebbe anche ipotizzare che la regola dell'art. 9, co. 3, cit. non valga più neppure in caso di abbandono del minore né in caso di accertamento negativo dello *status* nei confronti del genitore legale, sicché anche in questi casi il nato potrebbe far valere la responsabilità genitoriale del cd. donatore.

Il riconoscimento della legittimazione del figlio al disconoscimento della paternità legale porrebbe poi l'ulteriore problema dell'accertamento negativo della maternità della donna coniugata nei casi di procreazione assistita con ovodonazione. Infatti, mentre l'azione *ex art.* 263 c.c. riguarda qualsiasi

riconoscimento non corrispondente alla verità biologica della generazione, e dunque sia il riconoscimento paterno sia quello materno, la contestazione della maternità della donna coniugata è invece consentita solo nelle ipotesi tassative di cui all'art. 240 c.c., con conseguente disparità di trattamento rispetto al caso del ricorso al seme di un terzo [58]. Ora, è evidente che anche tutte queste questioni non possono essere lasciate ai variabili convincimenti degli interpreti. Anche da questo ulteriore punto di vista, allora, un intervento del legislatore in materia di fecondazione eterologa appare quanto mai necessario e urgente per impedire che l'accesso a tale tecnica non finisca per pregiudicare altri interessi della persona di sicuro rilievo costituzionale.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] La decisione si può leggere in *Fam. e dir.*, 2014, 753 ss., con nota di V. Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 825 ss., con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; per un commento v. anche F. Girelli, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ord. internaz. e dir. umani*, 2014, 599 ss.

[2] cfr. Corte eur. dir. uomo, 1.4.2010, ric. 57813/00, in *Fam. e dir.*, 2010, 977 ss., con nota di U. Salanitro, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo*

[3] Sulla questione dell'immediata applicabilità delle norme convenzionali negli ordinamenti degli Stati membri dell'UE in forza dell'art. 6, co. 2 e 3, Trattato UE, cfr. M. Meli, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14 ss., spec. 17 ss.

[4] Cfr. Trib. Salerno, ord. 20.10.2010, in *Fam. e dir.*, 2012, 297 ss., con nota di Caminiti, *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*.

[5] Cfr. Trib. Firenze, ord. 13.9.2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 1135 ss., con nota di Salanitro, *Fecondazione eterologa: la parola alla Consulta*, che indicò quale parametro solo l'art. 117, co. 1, Cost.; Trib. Catania, 21.10.2010, *ivi*, 1138 ss., e Trib. Milano, ord. 2.2.2011, che denunciarono anche l'autonoma violazione delle une e/o delle altre norme costituzionali indicate, e cioè degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

- [6] Cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 3.11.2011, ric. 57813/00, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 224 ss., con nota di Murgo, *La Grande Chambre decide sulla fecondazione eterologa e la rimette all'apprezzamento degli Stati contraenti*. Su questa decisione v. anche A. Osti, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo "indietro" per riaffermare la legittimazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. cost.*, 2012, 138 ss.
- [7] Sulla dottrina del cd. "margine di apprezzamento" v. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti nelle Corti europee* a cura di Cartabia, Bologna, 2007, 145 ss.
- [8] Cfr. Corte cost., ord. 22.5.2012, n. 150, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 858 ss., con nota di Murgo, *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*. In argomento v. anche Renda e Nicolussi, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 212 ss.
- [9] Cfr. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziari" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); v. anche Salanitro, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 636 ss., spec. 640 s.
- [10] In tal senso cfr. Girelli, *op. cit.*, 602, per il quale anche un simile *modus operandi* «si ascrive perfettamente alla logica della giustizia costituzionale»
- [11] Cfr. Trib. Catania, ord. 13.4.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 923 ss., con nota di Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*.
- [12] Cfr. Trib. Catania, ord. 7.1.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 602 ss., con nota di Di Rosa, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*.
- [13] Cfr. Trib. Milano, ord. 3.4.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 917 ss., con nota cit. di Rapisarda.
- [14] Cfr. Trib. Firenze, ord. 29.3.2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 913 ss., con nota cit. di Rapisarda e Trib. Catania, ord. 13.4.2013 cit.
- [15] Cfr. Ruggeri, *op. cit.*; in argomento v. anche A. Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale. Spunti di riflessione sull'uso delle sentenze della Corte di Strasburgo da parte dei giudici italiani e sul diritto alla salute*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* a cura di F. Vari, Torino, 2012, 97 ss.
- [16] Cfr. Corte cost., sent. 28.1.2005, n. 49, in *Corr. giur.*, 2005, 420 ss. Sulla posizione della Corte costituzionale in ordine alle proposte referendarie relative alla l. 40/2004 v. la chiara sintesi di Sesta, voce "Procreazione medicalmente assistita", in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 2004, 11 s.



[17] L’idea che il divieto di fecondazione eterologa si ponesse in contrasto anche con l’art. 32 Cost. era stata invero messa in discussione da più parti, anche tra quanti ritenevano che la questione di legittimità fosse invece fondata in relazione agli altri parametri indicati. In effetti, non sembra che le “tecniche” di procreazione medicalmente assistita possano essere considerate vere e proprie “terapie”, sicché non sembra neppure sicura una loro connessione con la tutela del diritto alla salute degli individui. In senso proprio, infatti, “rimedio terapeutico” è soltanto quello che consente di rimuovere le cause di una malattia, mentre il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, specialmente alle tecniche eterologhe, non rimuove certo la sterilità o l’infertilità della coppia. Si tratta piuttosto di forme di assistenza medica finalizzate alla procreazione. In questo senso si registra in dottrina un consenso piuttosto ampio: cfr. Sesta, voce cit., 5: «le tecniche eterologhe sono indirizzate a risolvere un problema “esistenziale” della coppia, piuttosto che a fornire una terapia»; Cassone, *La surroga materna tra tutela dell’integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119 ss.; Osti, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologoecc.*, cit., 105 ss.; F. Vari, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 183 ss.; M. Palma, *Divieto di fecondazione eterologa e diritto alla salute*, ivi, 113 ss.; Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute*, ivi, 156 ss. Anche secondo Vallini, *Sistema e metodo*, cit., 835 s., almeno nei casi di sterilità conseguenti a problemi del *partner* maschile, si verifica una discrasia tra destinatario del trattamento e titolare del problema salute, onde non sarebbe «un caso che la Corte [costituzionale] sia attenta nell’alludere a un problema di salute non del singolo, bensì *della coppia*». Tuttavia, sempre secondo Vallini, se non si vuole arrivare a sostenere che «l’art. 32 Cost. consente di riferire il diritto alla salute a una “istituzione” plurisoggettiva, o comunque “duale”», si deve riconoscere che «i problemi riproduttivi sono intesi come problemi di coppia nel senso che incidono sulla *salute psichica e sul benessere relazionale dei singoli membri della coppia*». L’A. cit. osserva però che, a parte il ricorso a una nozione molto ampia di salute, comprensiva anche del benessere sociale della persona, appare comunque piuttosto problematico considerare «cura di un problema di salute psichica (come tale persino doverosa ex art. 32 Cost.) qualsiasi intervento fattuale (e giuridico, come appunto il riconoscimento della filiazione eterologa) volto a rimuovere *cause materiali/esistenziali* che scatenano quel problema». Sempre Vallini rileva infatti che, a questa stregua, anche l’adozione a favore di coppie omosessuali o la maternità surrogata dovrebbero ritenersi trattamenti sanitari, costituzionalmente rilevanti, del disagio psichico del *partner* dovuto all’impossibilità di concepire o di sostenere una gravidanza (corsivi nel testo). Nel senso che anche le tecniche di procreazione medicalmente assistita sarebbero invece vere e proprie terapie v. Ferrando, *La riproduzione assistita ecc.*, cit., 1071

s., che argomenta però dalla necessità di abbandonare un'idea di salute intesa in termini meramente organicistici. Per una rigorosa valutazione critica di un simile processo di "soggettivizzazione" del concetto di salute, «che la riduce a una variabile dipendente della percezione che ciascuno ha di sé» e dunque a una nozione «non controllabile intersoggettivamente» e perciò inservibile per un vero bilanciamento tra valori concorrenti, v. i penetranti rilievi di Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 25 ss. e 47 ss.

[18] Per una limpida prospettazione del conflitto di interessi sotteso alle scelte legislative in ordine all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita v. Sesta, voce cit., 2.

[19]...che, con l'entrata in vigore del d. lgs. 28.12.2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10.12.2012, n. 219*), ha ora sostituito l'art. 235.

[20] In tal senso v. ora, con grande chiarezza, Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074: «la verità non è l'unico fondamento della filiazione, che attinge a ragioni ulteriori di pari valore», giacché «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia».

[21] Si allude in particolare alle argomentazioni svolte in diverse occasioni da Nicolussi: cfr. *Lo sviluppo della persona umana* ecc., cit., 7 ss.; *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 170 ss., spec. 186 ss.; *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 65 ss. (anche in *AICR* rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012); con Renda, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., 212 ss. Certe tesi sono tutt'altro che isolate: nello stesso senso v. anche Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 256: «la responsabilità per la procreazione - nella sua dimensione costituzionale - non conosce l'intermediazione di un atto di "assunzione di responsabilità" rimesso alla volontà di un qualunque soggetto adulto»; Vari, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, I, Bari, 2008, 66 s. e 137 s.; Id., *A proposito delle questioni di legittimità* ecc., cit., 173 ss.; G. Giacobbe, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino, 2006, 82.

[22] Così Nicolussi su *Avvenire* del 12.6.2014 all'indomani della pubblicazione della sent. n. 162/2014.

[23] Sul punto, già prima della recente riforma della filiazione del 2012/2013, con grande chiarezza, v. Renda, *Equiparazione o unificazione degli filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, spec. 109 ss., per il quale il principio dell'unicità dello *status* figlio non sarebbe affatto estraneo alla previsione dell'art. 30 Cost. né le differenze nella

disciplina dell'accertamento, pur ritenute costituzionalmente necessarie, giustificerebbero la conservazione di due *status* distinti. Nel senso che il dettato costituzionale non consentirebbe invece l'unificazione degli *status*. v. però Bonilini, *Lo o gli di filiazione?*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 681 ss., il quale, anche dopo la recente riforma, ha avuto modo di ribadire il proprio convincimento: cfr. Id., *L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, 517 ss., per il quale «l'unificazione dello *status filiationis* attuato con legge ordinaria... risponde soltanto alla incapacità di incidere su norme, che, sicuramente sentite, dalla coscienza sociale, al tempo della entrata in vigore della Carta costituzionale, oggi lo sono assai meno»

[24] Il parallelo tra fecondazione eterologa e adozione è stato spesso riproposto da una parte degli interpreti al fine di dimostrare che il sistema già conosce rapporti di filiazione che prescindono da legami di sangue. Anche la Corte costituzionale, del resto, fa riferimento all'adozione per avvalorare l'idea secondo cui il sistema guarderebbe con favore al «progetto di formazione di una famiglia caratterizzato dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico». La problematicità di un simile argomento è tuttavia evidenziata anche da Vallini, *Sistema e metodo* ecc., cit., 840, per il quale «l'istituto dell'adozione si inserisce, in realtà, in una diversa prospettiva teleologica». Nello stesso senso v. anche Sesta, voce cit., 5 e Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 70 s. L'inadeguatezza di un'assimilazione del rapporto adottivo a quello discendente dalla fecondazione eterologa era stata peraltro già riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione definitiva del novembre 2011. Sulla scorta della decisione del giudice delle leggi, la fondatezza di quell'assimilazione è stata invece ribadita da Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074, secondo la quale «con l'introduzione di una forma di adozione piena si attribuisce pari dignità e valore al rapporto di filiazione biologicamente fondato ed a quello fondato su valori psico-sociali di accoglienza, amore, responsabilità», sicché non si giustificerebbe un principio di sussidiarietà della genitorialità legale rispetto alla genitorialità naturale.

[25] Come rileva Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., l'incoerenza dell'eterologa rispetto al principio di cui all'art. 1 l. 184/1983 era stata già da tempo autorevolmente segnalata anche da Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 2.

[26] Nel senso che la scissione tra identità sociale e identità biologica del nato conseguente alla ammissibilità della tecnica eterologa comporta il misconoscimento in radice del diritto del nato alla propria identità biologica, e cioè del suo diritto «di avere per genitori coloro che tali sono biologicamente», sicché il divieto di fecondazione eterologa «troverebbe un fondamento nell'art. 2 Cost., qualificando la corrispondenza tra identità genetica e identità sociale della persona quale originario diritto della personalità», v. Sesta, voce cit., 5. Secondo quest'A., un giudizio critico nei confronti della scelta del legislatore del 2004, tale

da giustificare dubbi di legittimità costituzionale, avrebbe potuto comunque essere formulato «per la sua incoerenza ed irrazionalità», in quanto, nonostante il divieto di fecondazione eterologa, in caso di violazione del divieto, al nato era comunque attribuito lo *status* di figlio del marito o del convivente della partoriente ed era inoltre impedita la costituzione di una relazione parentale col donatore. In tal modo, secondo Sesta, si finiva infatti per frustrare «l'unico possibile fondamento razionale del divieto»: a sui dire (*op. cit.*, 8), i principi informativi della legge «avrebbero richiesto l'assolvimento dei doveri genitoriali in capo al donatore proprio al fine di scoraggiare la procreazione eterologa». Sempre con riferimento al sistema in cui era ancora vigente il divieto di fecondazione eterologa, anche Busnelli, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 469, aveva denunciato la contraddittorietà delle scelte legislative di cui all'art. 9, co. 1 e 3, l. 40/2004, parlando di «una situazione di criptico compromesso mascherato da intransigente divieto». E pure Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini*, cit., 66 s., aveva rimproverato al legislatore di essersi spinto, dettando certe disposizioni, ben «oltre la semplice presa d'atto della finitezza spazio-temporale del divieto di fecondazione eterologa».

[27] L'analisi comparatistica attesta in effetti che, nei diversi ordinamenti in cui la fecondazione eterologa è consentita, si esclude pure che il nato possa instaurare una relazione giuridica parentale col genitore biologico, anche se, con sempre maggior frequenza, gli si riconosce almeno il diritto di conoscerne l'identità. Così è, ad esempio, in Austria, Svizzera, Svezia, Regno Unito e Olanda. L'anonimato del cd. donatore è invece garantito in Francia, Spagna, Belgio, Grecia, Danimarca e Slovenia. Una soluzione piuttosto singolare è quella tedesca. In Germania la tecnica eterologa è infatti praticabile solo con l'impiego del seme di un terzo, essendo tuttora vietata l'ovodonazione al pari di ogni altro metodo di procreazione assistita che può determinare una duplicazione della maternità: cfr. § 1, co. 1, n. 1, 2, 6 e 7, *Embryonenschutzgesetz-ESchG* del 1990. Non sembra però che il legislatore tedesco si sia minimamente preoccupato di porre il donatore al riparo da eventuali pretese del nato. Quest'ultimo, infatti, non solo ha il diritto di conoscere l'identità del proprio genitore biologico, ma, a quanto pare, può anche reclamare nei suoi confronti lo *status filiationis*, previo accertamento negativo del rapporto di paternità "artificiale" (v. § 1600, co. 5, *BGB*) eventualmente esistente (in caso di accesso alla tecnica eterologa da parte di una coppia non coniugata, ma stabilmente convivente, si ritiene infatti che, in mancanza di un riconoscimento, non si costituisce in capo al nato nessuno *status filiationis* nei confronti del compagno della madre che pure abbia consentito alla tecnica). Al riguardo, per una prima informazione, v. Helms, *Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht: Probleme und Perspektiven*, in Röthel, Löhnig e Helms, *Ehe, Familie, Abstammung. Blicke in die Zukunft*, Frankfurt a. M., 2010, 49 ss., spec. 55 ss.; per un'analisi più approfondita dell'intera problematica

v. Rütz, *Heterologe Insemination. Die rechtliche Stellung des Samenspender*, Berlin, 2007, 17 ss. L’analisi dei dati di fatto rivela peraltro che, sempre in Germania, nei casi di fecondazione eterologa, sia il diritto “maggiore” alla genitorialità naturale sia il diritto “minore” a conoscere le proprie origini, pur essendo entrambi riconosciuti, fino ad ora sono rimasti solo sulla carta, giacché è solo di recente che sono stati introdotti obblighi di documentazione rigorosi al fine di consentire una sicura tracciabilità delle donazioni di gameti. Al riguardo v. *OLG Hamm*, 6.2.2013, in *NJW*, 2013, 1167 ss., che ha sollevato un vasto dibattito tra gli interpreti, evidenziando in particolare l’urgenza di un intervento legislativo che renda il dato normativo più coerente: in argomento cfr. Meier, *Heterologe Insemination. Konsequenzen für den Samenspender. Möglichkeiten und Grenzen der vertraglichen Gestaltung*, in *NZFam*, 2014, 337 ss.; Zypries e Zeeb, *Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigene Abstammung. Kinder, Spender und Väter brauchen bessere Gesetze*, in *ZRP*, 2014, 54 ss.; Schneider, *Auskunftspflicht des Arztes über den Samenspender*, in *FamFR*, 2013, 172 ss.; Fink e Grün, *Der Auskunftsanspruch über die Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt*, in *NJW*, 2013, 1913 ss.

[28] In tal senso v., ad es., Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 284 s.: «altri limiti, come quelli derivanti dal divieto di utilizzare gameti di un donatore o da regole riguardanti le metodiche procreative, rivelano tratti ideologici incompatibili col diritto all’autodeterminazione...»; nello stesso senso v. anche Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 523; Id., *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074; Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839.

[29] Così Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839. L’idea di un’impossibile resistenza della regola giuridica ai progressi della tecnica è anche in Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., 285, per il quale divieti come quello di fecondazione eterologa sarebbero «manifestazioni evidenti della volontà di custodire un diritto legato unicamente alla natura sì che, quando scienza e tecnica fanno venir meno il vincolo naturalistico, la regola giuridica dovrebbe ricostruire artificialmente appunto il vincolo scomparso»; si tratterebbe però – dice Rodotà – di «una forzatura inammissibile e una missione impossibile...».

[30] Ancora Vallini, *Sistema e metodo.*, cit., 839.

[31] Così Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 95.

[32] Così Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 117.

[33] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 94 s.

[34] Anche Sesta, voce cit., 5, si è preoccupato di mettere bene in chiaro che la garanzia del diritto del nato «di avere per genitori coloro che tali sono biologicamente» costituisce un fondamento “razionale” e non “meramente ideologico” del divieto di fecondazione eterologa.

[35] In tal senso v. invece Ferrando, *La riproduzione assistita* ecc., cit., 1074.

[36] Così Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., 189.

[37] Ancora Nicolussi, *La famiglia* ecc., cit., 188; v. anche Id., *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 69: «agganciare... la filiazione al dato biologico secondo la natura e la normalità dei casi, trattandola come una relazione non disponibile da parte del soggetto adulto e irreversibile nella sua oggettività, cioè non revocabile su base volontaria, è coerente con il principio del superiore interesse del figlio, accolto in molti ordinamenti e nelle Carte internazionali dei diritti e quindi costituisce un superamento inequivoco di quella concezione proprietaria (o possessoria) della filiazione che sotto mentite spoglie, veicolata dalla concezione volontaristica, riaffiora nella modernità».

[38] In precedenza, del resto, la problematicità di un intervento seccamente demolitorio era stata opportunamente segnalata da Busnelli, *Cosa resta della legge 40?* ecc., cit., 464 ss.

[39] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 85 ss.

[40] Anche la contraddittorietà della motivazione della sent. n. 162/2014 a proposito del diritto del nato alla conoscenza delle origini biologiche è stata prontamente evidenziata da Nicolussi *Avvenire* del 12.6.2014.

[41] Cfr. Corte cost., sent. 22.11.2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 471 ss., con nota di T. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; al riguardo v. anche l'ampia e documentata trattazione di Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss., nonché i rilievi di Frontoni, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in *AICRivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013.

[42] Sempre con riferimento alla disciplina dell'anonimato della partoriente e al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini nell'ordinamento italiano, v. infatti Corte eur. dir. uomo, 25.9.2012, ric. 33783/09, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 103 ss., con nota di Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*, nonché in *Fam. e dir.*, 2013, 537 ss., con nota di Currò, *diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*. In precedenza, ma con riferimento alla disciplina francese, v. anche Corte eur. dir. uomo, 13.2.2003, ric. 42326/98, in *Familia*, 2004, II, 1109 ss., con nota di Renda, *La sentenza O. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le origini biologiche*.

[43] Così Corte cost., sent. n.278/2013 cit. Il giudice delle leggi ha dunque riconosciuto che l'identità personale si costruisce anche - certo non solo! - a partire dal dato naturale, biologico, e cioè che il diritto di sapere chi si è non è

altra cosa rispetto al diritto ad essere se stessi, ma è una componente essenziale di quest'ultimo diritto. Nel senso invece che la biologia non sarebbe costitutiva della biografia della persona v. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 298 ss., sulla scorta di Remotti, *Contro l'identità*, Roma-Bari, 1996, 5, per il quale «l'identità è un fatto di decisioni»; nello stesso senso v. anche G. Pino, *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto* a cura di Rodotà e Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 297 ss.

[44] Così Ferrando, *La riproduzione assistita ecc.*, cit., 1074.

[45] Così Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini ecc.*, cit., 90.

[46] È noto che anche gli ordinamenti europei che garantiscono l'anonimato del donatore (v. nt. 14) prevedono comunque dei meccanismi che consentono almeno l'accesso alle informazioni non identificative, in special modo per ragioni inerenti la tutela della salute. E così, ad esempio, la legge spagnola del 2006 stabilisce tuttora che «los hijos nacidos tienen derecho... a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad» salvo i casi eccezionali in cui si deve scongiurare «un peligro cierto para la vida o la salud del hijo» o per consentire il rispetto di norme penali (art. 5 l. 26 maggio 2006, n. 14). La soluzione adottata dal legislatore francese del 1994 è ancora più rigorosa: il *Code de la santé publique* infatti che «un médecin – dunque non il nato da fecondazione eterologa – peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don» (art. L1244-6 *Code*).

[47] In questo senso v. Sesta, voce cit., 7 s. Nel senso che, in forza della previsione dell'art. 8 cit., l'attribuzione dello stato di figlio avverrebbe in maniera automatica anche in caso di accesso alle tecniche di procreazione assistita da parte di una coppia non coniugata v. invece E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 49; Villani, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 104.

[48] Il problema è sollevato da Stefanelli, *Procreazione eterologa e azioni di stato*, contributo in corso di pubblicazione che si è potuto consultare per la cortesia dell'A.

[49] Cfr. Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[50] Cfr. Sesta, voce cit., 8; Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[51] Sesta, voce cit., 8, rileva pure che la donna che, nonostante la disposizione di legge, non consenta di essere nominata, non è comunque esposta all'incriminazione per il reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567, comma 2, c.p., trattandosi di reato commissivo.

[52] Cfr. Stefanelli, *Procreazione eterologa ecc.*, cit.

[53] Così Sesta, voce cit., 7, che esclude la legittimazione della madre e ritiene senz'altro pacifica questa soluzione.

[54] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 80 e 91.

[55] In senso affermativo v. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, cit., 154; Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 80 e 91; Stefanelli, *Procreazione eterologa* ecc., cit. In senso negativo v. invece Sesta, voce cit., 7.

[56] Così Sesta, voce cit., 7.

[57] Cfr. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini* ecc., cit., 82.

[58] Anche questa problematica è stata opportunamente sollevata da Stefanelli, *Procreazione eterologa* ecc., cit.



**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 3 - 2014  
Anno IV  
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

**ISSN (Online edition): 2239-7442**