

# 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

**Intento e procreazione**

di

**Enrico Del Prato**

**Sommario:** 1. Premessa. La procreazione come fatto giuridico e il principio di verità. Quale tenuta? - 2. Il regime attuale - 3. Procreazione eterologa con gamete maschile naturale e artificiale: irrilevanza dell’eventuale identità di intenti - 4. L’alterazione di stato e il regime civilistico - 5. L’interesse alla conoscenza delle proprie origini e le ragioni che possono sostenerlo - 6. La fecondazione eterologa con gameti femminili - 7. Gli atti dispositivi dei gameti - 8. Fecondazione eterologa e maternità surrogata. Relazioni parentali atipiche?

**1. Premessa. La procreazione come fatto giuridico e il principio di verità. Quale tenuta?**

Caduto - per effetto della sentenza della Corte costituzionale 10.6.2014 n. 162- il divieto di fecondazione medicalmente assistita eterologa, ci chiediamo se sia necessaria o opportuna una normativa sullo *status* dei “figli dell’eterologa”. All’interrogativo non si risponde accertando soltanto se ci sia già una disciplina, ma valutando se il regime vigente -che, in linea di principio, non può mancare- sia adeguato.

Nel fissare alcuni spunti di riflessione e alcuni interrogativi sono andato a riprendere un mio vecchio articolo del 2001 [1] intitolato *La scelta come strumento tecnico di filiazione?*. Muovendo da un’ordinanza del Tribunale di Roma del 17 febbraio 2000 in tema di maternità surrogata mi chiedevo, in quel lavoro, se l’intento potesse avere qualche ruolo nella vicenda procreativa: in positivo, creando una filiazione senza procreazione; in negativo, con una procreazione senza filiazione.

Ricordo ai non giuristi che la filiazione è una vicenda giuridica; la procreazione un fatto. I principi che, tradizionalmente, reggono la materia sono due. Il primo è che, appunto, la procreazione è un mero fatto giuridico, cioè rileva nel mondo del diritto a prescindere dall’intento dei suoi autori. Il secondo è il principio di verità, per il quale lo *status* giuridico deve corrispondere a quello genetico, che plasma la disciplina della filiazione ed è anche presidiato in sede penale dall’art. 567, 2° comma, c.p., nell’ambito dell’“alterazione di stato”.

Una volta ammessa la fecondazione eterologa, è opportuno riflettere sulla perdurante tenuta di questi principi. Già sul finire degli anni ’90, per il solo effetto dell’applicazione giurisprudenziale, il principio di verità si era incrinato dinanzi a quello di autoresponsabilità: il bilanciamento tra i due principi, attuato in sede

giudiziale [2], impediva il disconoscimento da parte del genitore che avesse consentito la fecondazione eterologa.

La prevalenza del principio di autoresponsabilità sul principio di verità è divenuta un dato normativo per effetto dell'art. 9 della l. 19 febbraio 2004 n. 40, che ha sancito il divieto di disconoscimento per il caso di inseminazione eterologa attuata in violazione del divieto ora caduto. Si noti, però, che questo limite opera solo nei riguardi del coniuge o del convivente che abbia autorizzato la fecondazione dell'altro con gameti altrui; non invece rispetto ai terzi ed allo stesso riconosciuto.

Inoltre, con la riforma della filiazione del 2013, il nuovo art. 263 c.c. preserva l'imprescrittibilità dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio nato fuori dal matrimonio al solo figlio, il quale rimane arbitro della corrispondenza del proprio *status* giuridico alla derivazione biologica. In tutti gli altri casi vi è un termine di decadenza quinquennale decorrente dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, ridotto ad un anno rispetto all'autore del riconoscimento (cfr. l'art. 263, 3° comma, c.c.). Con la riforma si è inteso privilegiare l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto genitoriale: salva la sua esclusiva legittimazione, lo *status* si consolida col decorso del quinquennio rendendo irrilevante questa ragione di impugnativa [3].

## 2. Il regime attuale.

Allo stato operano gli artt. 8 -il nato ha lo stato di figlio della coppia che ha fatto ricorso alla fecondazione- e 9, comma 3, della l. 40/2004, secondo cui "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi". Questa disposizione si salda col resto dell'art. 9, secondo cui, se il "coniuge o convivente" della donna ha prestato il consenso, anche con comportamenti concludenti, non può disconoscere il figlio; né la madre, cioè la partoriente, può escludere la filiazione dichiarando di non essere nominata nell'atto di nascita. In altri termini: abbiamo una filiazione -cioè l'attribuzione dello *status* giuridico-vincolata e la negazione di ogni rapporto tra figlio e donatore di gameti.

È, tuttavia, da chiedersi se l'art. 9 l. 40/2004, che era concepito nella logica del divieto della fecondazione assistita eterologa, bilanci adeguatamente gli interessi coinvolti una volta venuto meno il divieto stesso.

La questione può essere esaminata -senza preconcetti o implicazioni religiose, ideologiche, antropologiche- sul piano della normativa prendendo in considerazione diversi angoli di osservazione. Ne vaglierò alcuni.

### **3. Procreazione eterologa con gamete maschile naturale e artificiale: irrilevanza dell’eventuale identità di intenti.**

Occorre demarcare il caso in cui il gamete estraneo alla coppia sia maschile rispetto a quello in cui sia femminile. Solo nel secondo caso, infatti, è necessario l’intervento medico perché vi sia procreazione; non nel primo, dove, *ab immemorabili*, la procreazione può avvenire in modo naturale.

Dunque, in caso di procreazione naturale eterologa con gamete maschile, non opera il regime dell’art. 9 cit., e la verità genetica può prevalere sullo *status* giuridico mediante il disconoscimento di paternità o l’impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, nei limiti prima enunciati. Ciò anche quando l’intento degli interessati si attegga allo stesso modo della fecondazione medicalmente assistita: il “donatore” ha intento procreativo ma esclude la filiazione; il padre vuole la filiazione senza procreazione. Qui possiamo avere intenti eguali, ma un regime giuridico diverso solo perché l’inseminazione è artificiale.

Anche prima della l. 40/2004, quando la giurisprudenza, facendo leva sul principio di responsabilità, aveva escluso la facoltà di disconoscimento del figlio da parte del padre consenziente alla fecondazione eterologa, rimaneva il fatto che l’azione di disconoscimento poteva essere esperita dallo stesso figlio una volta raggiunta la maggiore età (art. 244, comma 5, c.c.).

### **4. L’alterazione di stato e il regime civilistico.**

Talvolta il sistema giuridico svela asimmetrie, reali o apparenti. L’art. 567, comma 2, c.p. sanziona penalmente l’alterazione di stato, che si configura quando taluno dichiara nell’atto di nascita per proprio un figlio che sa essere di altri.

Escludo, tuttavia, che incorra nel reato il marito della donna coniugata il quale dichiara per proprio il figlio della moglie pur sapendolo figlio di un altro, perché la filiazione qui deriva dal vincolo matrimoniale. Certamente l’art. 8 l. 40/2004 supera il problema anche per le coppie non unite in matrimonio: è la legge che collega al mero fatto della nascita mediante fecondazione assistita lo stato di figlio della coppia.

### **5. L’interesse alla conoscenza delle proprie origini e le ragioni che possono sostenerlo.**

Il nato da fecondazione assistita eterologa ha diritto all’accertamento della derivazione genetica facendo prevalere la verità biologica sullo *status* giuridico? Ha diritto a conoscere le sue origini? La questione non opera solo, in positivo, per sapere chi sia il genitore biologico –riguardo al quale vige il comma 3 dell’art. 9 l. 40/2004-, ma anche in negativo, cioè per recidere il vincolo giuridico rispetto al

genitore giuridico. Per il comma 1 dell'art. 9 cit. il padre giuridico non può disconoscere il figlio nato in costanza di matrimonio o impugnare per difetto di veridicità il riconoscimento: ma nulla dice circa il potere del figlio né di terzi nel caso di filiazione fuori dal matrimonio (art. 263 c.c.). Possiamo immaginare liti ereditarie.

E' poi da chiedersi se sia tutelabile l'interesse del figlio alla mera conoscenza delle proprie origini, a prescindere da risvolti patrimoniali e da vincoli giuridici. Può trattarsi di un interesse non solo morale, ma funzionale alla salute: basti pensare ai progressi della scienza nella cura delle patologie ed all'esigenza, correlativa, di conoscere la propria derivazione biologica in funzione di anamnesi clinica per la cura o la prevenzione di patologie. Per la tutela della salute sarebbe tutt'altro che anomalo configurare un diritto alla conoscenza delle proprie origini genetiche a prescindere dallo *status* di figlio e dalle prerogative che ne derivano.

La questione può essere considerata tenendo conto del regime dell'adozione di minori. L'art. 28 della l. 184/1983, come sostituito dall'art. 24 della l. 149/2001, consente l'acquisizione di informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici in varie circostanze: prima del raggiungimento dei 25 "se sussistono gravi e comprovati motivi", in ogni caso successivamente. Recentemente la Corte costituzionale [4] ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 7 dell'art. 24 della legge 184/1983 nella parte in cui inibiva l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che aveva dichiarato alla nascita di non volere essere nominata: si è trattato di una sentenza additiva per la quale il giudice, su richiesta del figlio, può interpellare la madre "ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione".

L'adozione dei minori è fenomeno certamente diverso dalla fecondazione assistita. Ma qui non si tratta di omologare istituti nella loro interezza, ma di identificare gli interessi e le soluzioni che, in un istituto, sono date a specifici problemi altrove non regolati.

## **6. La fecondazione eterologa con gameti femminili.**

Per l'eterologa con gameti femminili i problemi si accentuano. Qui il principio che madre sia la partoriente è legato ad un determinato stadio della scienza medica, ma non è indubbio che debba essere tenuto fermo. La soluzione dettata dall'art. 9, comma 3, l. 40/2004 è espressione del divieto di fecondazione assistita eterologa e si spiega in funzione di esso.

Su questo punto è necessario l'apporto di una approfondita riflessione scientifica, antropologica e psicologica.

## **7. Gli atti dispositivi dei gameti.**

Il divieto di fecondazione assistita eterologa si rifletteva su tutti gli atti "dispositivi" posti in essere in vista di essa: tali atti erano tutti colpiti da nullità, in quanto volti ad attuare un programma contrario a norme imperative. Si trattava, per usare una terminologia tecnica, di nullità "virtuale" (artt. 1418, comma 1, e 5 c.c.).

Caduto il divieto, qual è il regime di tali atti? Possono ipotizzarsi contratti, con la conseguente irretrattabilità del vincolo, ferma restando la non coercibilità dell'adempimento? In caso affermativo si potrebbe addirittura discorrere della pattuizione di una clausola penale (art. 1382 c.c.) per l'inadempimento da parte del datore di gameti. L'atto dispositivo non determina una menomazione permanente dell'integrità fisica, sicché l'art. 5 c.c. potrebbe essere invocato in senso contrario solo sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume.

Se non si trattasse di contratti, invece, il datore di gameti potrebbe sempre ripensarci e rifiutare la dazione. Ho usato il termine "dazione" in luogo di donazione perché si solleva, anche, il problema dell'ammissibilità di disposizione dei gameti a titolo oneroso, cioè contro corrispettivo. Questo è un problema serissimo, per il quale le clausole generali non soccorrono.

## **8. Fecondazione eterologa e maternità surrogata. Relazioni parentali atipiche?**

Dall'eliminazione del divieto della fecondazione assistita eterologa potrebbe emergere anche una riflessione sulla ammissibilità del c.d. affitto d'utero, cioè la maternità surrogata. Si tratta di una ipotesi espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della l. 40 del 2004, e non censurata nel giudizio di costituzionalità deciso da Corte cost. 162/2014, ma, come è noto, ammessa in alcuni ordinamenti.

Prima del divieto posto dal citato art. 12, comma 6, la nostra giurisprudenza sul punto ne aveva affermato la nullità [5], salvo che si trattasse di impegno gratuito e mosso da intento solidale [6]. L'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa induce a riflettere anche su questo punto, e sul conseguente problema della maternità.

Torna, quindi, in rilievo il principio che enunciavo all'inizio, ma che ora deve essere posto come interrogativo: la nascita è sempre un mero fatto giuridico, senza che l'intento che l'ha preceduta possa acquisire qualche rilevanza? La fecondazione eterologa, che è un fenomeno integralmente retto da intenti volti, da un lato, alla procreazione senza filiazione, dall'altro alla filiazione senza procreazione, induce a dubitare della perdurante tenuta del principio e ad intravedere un orizzonte di relazioni parentali "atipiche".

Ho soltanto posto questioni sul tappeto. Personalmente sono poco incline, per tante ragioni, ad invocare interventi normativi. Ma in questo caso ritengo che le questioni, per peso e numero, siano tali da imporre che il legislatore vi metta mano.

---

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] In *Familia*, 2001, 1035 ss

[2] Cass. 16 marzo 1999 n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317, con nota adesiva di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*, e nota critica di S. MORELLI – M.R. MORELLI, *Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte Costituzionale e della Cassazione*, dopo la presa di posizione di Corte cost. 12 settembre 1998 n. 347, in *Giur. it.*, 1999, 461 ss., con note di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato* e di F. UCCELLA, *consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: ciò che suggerisce la Corte costituzionale*. La decisione del giudice *a quo*, nello stesso senso della S.C., è Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2507 ss., con nota di M. R. MORELLI, *La sentenza costituzionale n. 347 del 1998, in tema di fecondazione assistita, e la risposta del giudice a quo*.

[3] La possibilità che anche l'autore del riconoscimento del figlio naturale potesse dedurre il difetto di veridicità senza limiti di tempo, già prima della riforma del 2013, era stata negata da un giudice di merito (Trib. Roma, 5 ottobre 2012, in *Corr. Merito*, 2013, 155, con nota di L. ATTADEMO, *Mala fede nel riconoscimento del figlio naturale e possibilità di impugnazione ex art. 263 c.c.*) facendo leva sul principio di autoresponsabilità che la Corte costituzionale e la Corte di cassazione avevano impiegato per negare -prima del divieto sancito dall'art. 9 della legge 40/2004- che il marito consenziente alla fecondazione assistita eterologa potesse proporre l'azione di disconoscimento di paternità.

[4] Corte cost. 22.11.2013 n. 278, in *Fam. e dir.*, 2014, 11 ss. con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; sul tema S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss.

[5] V. Trib. Monza 27.10.1989, in *Giur. it.*, I, 2, 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità: la prima pronuncia italiana*.

[6] L'ordinanza di Trib. Roma, 17.2.2000, (tra le molte in *Giust. civ.*, 2000, I, 1157 ss., con nota di G. GIACOBBE, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*), che aveva



Biotecnologie, ogm e vita  
*Atti del convegno: "Quale diritto per i figli dell'eterologa?"*

disposto l'impianto, non doveva, però, ai fini della decisione, decidere della validità dell'accordo, perché entrambe le parti concordavano nel darvi esecuzione, mentre il medico opponeva un sopraggiunto divieto da parte del codice deontologico dei medici.

Alcune decisioni hanno ammesso la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero che attesta la maternità della committente: App. Bari, 13.2.2009, in *Fam. e diritto*, 2010, 251 ss., con nota di M. C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004*; Trib. Napoli, 1°.7.2011, in *Corr. Merito*, 2012, 13.

Sul tema, da ultimo, Corte europea diritti dell'uomo, 26.6.2014, n. 65941/11, con riferimento al diniego delle autorità francesi di concedere il riconoscimento legale di una filiazione legalmente riconosciuta negli Stati Uniti derivante da maternità surrogata. Per la Cedu, tale decisione ha minato l'identità dei bambini della società francese.

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

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

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