

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

Conclusioni

di
Enrico Moscati

Le considerazioni degli autorevoli Colleghi che hanno partecipato a questo incontro di studio rendono meno arduo il compito di chi è chiamato a tirare le fila del discorso e che si trova di fronte a una sentenza della Corte Costituzionale di portata epocale, ma di cui non si conosce la motivazione, né tantomeno il dispositivo, in quanto da un comunicato dell’Ufficio Stampa della stessa Corte Costituzionale in data 9 aprile 2014 e dalle notizie apparse su quotidiani di varia tendenza risulta soltanto che è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale di alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita, e precisamente del terzo comma dell’art. 4, del primo e del terzo comma dell’art. 9 e del primo comma dell’art. 12. Per quanto criticabile, non vi è dubbio che la legge n. 40 del 2004 aveva una sua organicità che non si comprende al momento in quale misura l’intervento demolitorio della Corte Costituzionale con la sentenza di cui non si conoscono esattamente i contenuti ha modificato, né è dato sapere, sempre al momento, in quale misura l’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa renderà necessario un ulteriore coordinamento con le disposizioni del codice civile e della legislazione speciale che già si poneva di fronte alla legge n. 40 del 2004. Comunque, per farla breve, le questioni aperte dalla sentenza della Corte Costituzionale, nella parte in cui ha abrogato il divieto di fecondazione eterologa, sono sostanzialmente tre: lo stato giuridico del nato da fecondazione eterologa, il problema della rimozione dello *status* non corrispondente alla verità biologica e il diritto di accesso ai dati dei genitori biologici. A tali interrogativi si deve aggiungere un ulteriore problema che riguarda un aspetto che la legge n. 40 del 2004 non aveva affrontato e, cioè, la questione dei diritti successori dell’embrione a seguito di impianto nell’utero materno dopo l’apertura della successione del padre, la quale è un problema molto sentito anche in altre esperienze giuridiche, come, ad esempio, si riscontra in quella francese. In buona sostanza, l’abrogazione del divieto di fecondazione eterologa diviene l’occasione per rivedere anche alcuni principi del diritto successorio.

Il primo problema che, sia pure ragionando per forza di cose al buio, è posto dalla sentenza della Corte Costituzionale è quello dello stato giuridico di chi nasce a seguito di fecondazione eterologa. L’interrogativo è il seguente. Al nato è applicabile puramente e semplicemente l’art. 8 della legge n. 40 del 2004 pensato dal legislatore del 2004 per il caso della fecondazione omologa ovvero è necessario un intervento del legislatore ordinario su questo specifico punto? Infatti, è noto che prima dell’abrogazione dell’art. 8 la norma non era estensibile alla fecondazione eterologa. Tanto per dirne una, trattandosi di fecondazione

eterologa i genitori "legali", se la nascita avviene in costanza di matrimonio, hanno o no l'onere di comunicare all'ufficiale dello stato civile che il nato è il proprio figlio legittimo? O l'acquisto dello *status* è automatico con la nascita? Poiché l'art. 8 della legge n. 40 del 2004 aveva adottato il principio automatico che il nato da fecondazione omologa ha lo *status* di figlio (legittimo o naturale) se la coppia aveva espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è da chiedersi se per estendere l'art. 8 al nato a seguito di fecondazione eterologa occorra un coordinamento con la disciplina codicistica: ad esempio, se la coppia che ha fatto ricorso alla fecondazione eterologa non è unita in matrimonio, è necessario o no il riconoscimento da parte dell'uomo e/o della donna affinché il nato abbia lo *status* di figlio naturale riconosciuto dell'uno e/o dell'altra? Mauro Orlandi ed Enrico Del Prato danno a quest'ultimo interrogativo una risposta negativa, nel senso che non è necessario un intervento del legislatore ordinario in quanto l'acquisizione dello *status* di figlio è automatica anche in caso di fecondazione eterologa.

La seconda questione è quella relativa alla possibilità di rimozione dello *status* di figlio non corrispondente alla verità biologica della filiazione e del conseguente accertamento dello *status* biologico. In altre parole, deve essere garantita anche al nato da fecondazione eterologa una qualche forma di tutela dei profili identitari? Quale significato deve attribuirsi a livello di sistema all'abrogazione del primo e del terzo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004? E' necessario un intervento del legislatore ordinario anche su questo punto? Quali sono le direttive costituzionali alle quali un simile intervento dovrebbe conformarsi? Qui appare opportuna una distinzione tra l'eventuale legittimazione attiva dei genitori "legali" e la legittimazione attiva del figlio. Per quanto riguarda i genitori "legali", non è facile dare una risposta poiché non si conosce in quale misura la Corte Costituzionale sia intervenuta sul primo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004. In altri termini, è da verificare se il primo comma sia stato abrogato nella sua totalità ovvero soltanto nella parte in cui fa riferimento alla violazione del divieto di cui al terzo comma dell'art. 4. Infatti, se fosse quest'ultima la soluzione, come ritiene Michele Sesta, gran parte dei problemi sarebbe risolta, in quanto anche nei confronti del nato da fecondazione eterologa si applicherebbe il divieto da un lato di disconoscimento della paternità e dall'altro di impugnare il riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità. Ma questo non lo sappiamo perché non si conosce al momento che cosa abbia statuito esattamente la Corte Costituzionale in riferimento al primo comma dell'art. 9. Va anche detto che il primo comma dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004 nella sua originaria formulazione aveva una sua logica in quanto, essendo le azioni di stato irrinunciabili, si era resa necessaria una specifica previsione legislativa per giustificare l'esclusione della possibilità del disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa, esclusione motivata dagli interpreti dell'epoca con la considerazione che, essendo vietata, la fecondazione eterologa costituiva un fatto

illecito. In altre parole, il divieto legislativo veniva giustificato in funzione del principio della coerenza dalla condotta (il c.d. divieto di venire *contra factum proprium*) il quale, come è noto, è un principio non scritto ma comunemente accolto dalla maggioranza degli interpreti. Essendo caduto il divieto di fecondazione eterologa, continuare a richiamarsi al principio della coerenza della condotta da parte dei genitori sarebbe addirittura un fuor d’opera. Diversa invece la soluzione per quanto riguarda il figlio nato da fecondazione eterologa. Gli autorevoli relatori che mi hanno preceduto sono stati concordi nel ritenere che il figlio possa chiedere che la verità prevalga sull’apparenza nel senso di una sua legittimazione a dimostrare di non essere figlio dei genitori “legali”, ma di avere un genitore biologico. Va comunque tenuto presente al fine della soluzione da adottare un possibile uso distorto delle azioni di stato da parte del figlio. Questo diritto del figlio a risalire al genitore biologico, che fa parte del più ampio quadro dei diritti della personalità, potrebbe rispondere in più di un caso a interessi poco commendevoli del figlio qualora dovesse essere finalizzato a perseguire un vantaggio patrimoniale, soprattutto nell’ipotesi in cui il donatore del seme fosse una persona particolarmente facoltosa.

Pur con questo limite strutturale il diritto del figlio di conoscere la propria identità biologica è un problema che non può essere trascurato anche se è di difficile attuazione sul piano pratico. Come ha ricordato Emanuele Bilotti in riferimento a una sentenza della Corte di Appello di Hamm, il problema è stato risolto in altri ordinamenti a livello legislativo disponendo che le strutture sanitarie, nelle quali viene praticata la fecondazione eterologa, hanno l’obbligo di conservare per trent’anni i dati che si riferiscono al donatore. In molti casi, infatti, l’interesse del figlio nato da fecondazione eterologa non è di natura patrimoniale, ma ha natura diversa, in quanto, ad esempio, il figlio intende conoscere lo stato di salute del donatore del seme al fine di prendere eventuali precauzioni per quanto riguarda la propria persona. E’ questo un punto su cui anche il legislatore italiano dovrebbe intervenire in modo da consentire al figlio di conoscere la verità. Al nato da fecondazione eterologa deve infatti essere garantita una tutela minimale rappresentata dall’accesso ai dati relativi all’identità dei genitori biologici. Ma in che modo deve essere garantito questo diritto? Nello stesso modo in cui è ora garantito in caso di adozione? O in altro modo? Quali sono le direttive costituzionali alle quali si dovrebbe conformare l’intervento del legislatore ordinario? Sono questi gli interrogativi che attendono una risposta.

Per concludere, va ricordato un aspetto che nella legge n. 40 del 2004 non è stato in alcun modo preso in considerazione. Come è noto, la legge n. 40 del 2004 tutela l’embrione; secondo una parte della dottrina l’embrione può essere equiparato al concepito, tanto è vero che si parla di soggettività dell’embrione e di una terza ipotesi di filiazione, quella artificiale, che si aggiunge alla filiazione in costanza di matrimonio e alla filiazione naturale. Tuttavia, vi è un problema che non è esclusivo dell’esperienza italiana: la tutela dell’embrione prima

dell'impianto. In altri termini, l'embrione è da considerarsi in ogni caso alla stregua di un concepito oppure no? E ciò tanto più che ai sensi del terzo comma dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita può essere revocata "fino al momento della fecondazione dell'ovulo". E' opinione diffusa che l'embrione sia da considerarsi concepito solo dopo l'impianto e che prima di tale momento non goda di alcuno *status* di figlio con la conseguenza che prima dell'impianto non sarebbe ammissibile neanche un suo riconoscimento come figlio naturale. Come si è accennato poc'anzi, il problema più delicato riguarda la tutela successoria dell'embrione che sia impiantato nell'utero della donna dopo l'apertura della successione del padre. Trattandosi di impianto *post-mortem*, l'embrione una volta nato ha lo *status* di figlio, ma non può succedere perché concepito dopo l'apertura della successione. Il problema è comune all'ordinamento francese. Infatti, sia nel *Code civil* che nel codice civile italiano vi è una norma che non consente in questi casi al nato da fecondazione artificiale di acquisire diritti successori pur avendo lo *status* di figlio legittimo del genitore defunto. In particolare, è noto che l'art. 462 del codice civile italiano stabilisce che la capacità di succedere spetta soltanto ai nati e ai concepiti al momento dell'apertura della successione, mentre l'embrione crio-conservato, che sia impiantato dopo la morte del padre, non può essere considerato come già concepito "al momento dell'apertura della successione", a meno che non si acceda a un'interpretazione estensiva dell'art. 462. Si ha pertanto una contraddizione interna del sistema in quanto, pur avendo lo *status* di figlio legittimo, il nato da procreazione medicalmente assistita è escluso dal novero degli eredi. E' questo un problema che ovviamente è comune alla fecondazione omologa e a quella eterologa. L'abrogazione del divieto della fecondazione eterologa potrebbe costituire l'occasione per un ripensamento di un aspetto così controverso della materia successoria, che con un'interpretazione formalistica della legge dà luogo a conseguenze eticamente inammissibili e inique in quanto solo all'embrione impiantato prima dell'apertura della successione sono attribuibili diritti successori.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

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

ISSN (Online edition): 2239-7442