

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

Procreazione eterologa e azioni di Stato

di
Stefania Stefanelli

Sommario: 1. Procreazione con donazione di gameti, diritto alla genitorialità e stato giuridico dei figli - 2. Azioni di accertamento negativo della genitorialità e disparità di trattamento di paternità e maternità - 3. Nuove forme di maternità - 4. «Filiazione per scelta» e accertamento dello *status* legale

1. Procreazione con donazione di gameti, diritto alla genitorialità e stato giuridico dei figli.

La recente declaratoria di incostituzionalità del divieto di utilizzo di gameti esterni alla coppia nella procreazione medicalmente assistita si fonda sull'apprezzamento del *vulnus* imposto - senza che ciò costituisca l'unico mezzo per garantire i confliggenti valori costituzionali che presidiano gli interessi del nato alla salute, alla conoscenza della propria identità biologica - alla libertà della coppia di autodeterminarsi [1], formando una famiglia con figli, riconducibile agli artt. 2, 3, 31 Cost., oltre che al diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., comprensivo di quella fisica come di quella psichica.

Il diritto a diventare genitori riceve garanzia anche dall' art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo l'interpretazione del concetto di «vita privata» da ultimo ribadita dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, comprensiva del «diritto di una coppia di concepire un figlio mediante le tecniche di procreazione assistita è espressione del diritto di libera determinazione nella vita privata e familiare» [2], pur motivando la riforma della decisione di primo grado sulla legittimità del parziale divieto imposto dalla legislazione austriaca alle tecniche di procreazione eterologa in forza della opportunità di ancorarsi al progresso della scienza medica ed al consenso sociale esistenti all'epoca in cui le restrizioni vengano disposte [3].

Espressione di questo diritto alla genitorialità, inteso in senso positivo come pretesa della coppia adulta di avere dei figli anche a prescindere dal legame biologico, è l'istituto dell'adozione [4], in cui la Consulta legge l'espressione del favore dell'ordinamento giuridico per «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico» (§ 6).

Tuttavia, mentre la disciplina dell'adozione di minorenni è categorica nella sostituzione del vincolo legale a quello biologico (art. 27 l. n. 184/1983), che preclude tanto il successivo accertamento diretto della discendenza biologica quanto la contestazione di quella adottiva, l'impianto della l. n. 40/2004 sulla

disciplina codicistica delle azioni di stato, attraverso i progressivi interventi demolitori [5], non sembra aver raggiunto pari coerenza sistematica.

Motivando circa «lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori» (§ 11.1), la Corte ritiene sufficiente a superare l'obiezione circa la sussistenza di vuoti normativi, avanzata dall'Avvocatura di Stato, attraverso l'applicazione a tutti i nati attraverso l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche eterologa, del canone espresso dall'art.8 della l. n. 40/2004, in forza del quale costoro «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

A conferma di tale «nuova concezione della paternità» la decisione richiama l'estensione della presunzione di paternità a qualsiasi figlio «concepito o nato» durante il matrimonio, di cui all'art. 231 c.c., novellato dall'art. 8 del d.lgs. 154/2013: il riferimento, probabilmente inteso a sottolineare la possibile dissociazione tra nascita e concepimento in matrimonio, alla sola paternità matrimoniale non è casuale, come cercherà di dimostrare l'approfondimento che segue.

2. Azioni di accertamento negativo della genitorialità e disparità di trattamento di paternità e maternità.

L'utilizzo di gameti esterni alla coppia incide necessariamente sulla concezione codicistica del rapporto familiare, inteso come continuità tra momento biologico e legale, evidenziata anche dalla rinnovata definizione del rapporto di parentela, di cui all'art. 74 c.c., come «discendenza» [6] da un medesimo stipite.

In specie il parto, presupposto indefettibile per la genesi legale del figlio, su cui si innestano gli effetti costitutivi dello *status* derivanti dalla dichiarazione di nascita in matrimonio o dal riconoscimento come figli non matrimoniale – che, infatti, devono essere accompagnati *ex art.* 29 D.P.R. 396/2000 dalla dichiarazione di nascita o dal certificato di assistenza al parto – fonda l'accertamento della maternità in quanto in naturale inscindibile dalla procreazione materna, ed è questo il presupposto implicito nella regola fissata nell'art. 269, 3° co., c.c.

Oggi, tuttavia, le biotecnologie sono in grado di introdurre una netta cesura tra procreazione e parto tanto in caso di procreazione con ovodonazione quanto in quello, speculare, di maternità surrogata con utilizzo di ovuli della madre sociale: eventualità assolutamente estranee all'ottica codicistica, che appronta strumenti idonei a risolvere piuttosto il conflitto tra genitorialità biologica e legale rispetto al padre, questa essendo la figura che, nella fecondazione naturale, risulta meno certa.

All'opinione che rilevava nel divieto di procreazione eterologa una «ingiustificata rivisitazione del legale di sangue», a danno del confliggente interesse della coppia a porre rimedio alla sterilità o infertilità [7], sembra contrapporsi quantomeno il dubbio circa la compatibilità della descritta cesura con il sistema codicistico dei

titoli che costituiscono, per atto di autoresponsabilità o per giudicato, lo *status filiationis* e delle azioni dirette a rimuoverlo, quando la verità legale non concida con quella biologica.

Tale conflitto si evidenzia tanto con riguardo al momento costitutivo dello *status*, a seconda che si tratti di figlio matrimoniale o non, quanto in riferimento alle azioni di accertamento negativo, e infine in termini di ingiustificata disparità di trattamento della paternità e della maternità.

Prendendo l'avvio dai giudicati negativi, l'opzione accolta dal sistema delle azioni dirette alla rimozione dello stato è significativamente indirizzata, con riguardo all'azione del figlio, all'accertamento di uno *status filiationis* legale coincidente con la verità della generazione: il figlio vanta un proprio diritto, azionabile senza limite di tempo né di prova, a rimuovere la verità legale ogni qual volta non coincida con quella biologica. Non può dirsi altrettanto per l'accertamento positivo, rispetto al quale la regola generale espressa dall'art. 269, 1° co., attraverso il rinvio all'art. 253 c.c., soffre una eccezione proprio con riguardo al donatore di gameti, ai sensi dell'art. 9, 3° co., della l. n. 40/2014 [8].

La riforma dettata con l. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013 introduce, nell'interesse del figlio alla stabilità legale ed affettiva, all'art. 244, 4° co., c.c. e all'art. 263, 4° co., c.c., un termine di prescrizione quinquennale [9] per le azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, unicamente allorquando siano introdotte da legittimati diversi dal figlio - che sono, per la prima, il presunto padre, la madre, i loro discendenti ed ascendenti (artt. 244 e 246 c.c.), e, per la seconda, qualsiasi interessato (art. 263, 1° co., c.c.).

L'azione del figlio, al contrario, non subisce né prescrizione né decadenza - a differenza del precedente dettato dall'art. 244, 3° co., c.c. - a tutela dell'interesse, di cui egli resta unico arbitro, all'accertamento dell'inveridicità [10] dello stato che gli è stato costituito per riconoscimento, dichiarazione di nascita ovvero estensione al marito degli effetti della dichiarazione materna, nell'operatività delle finzioni e presunzioni di matrimonialità (artt. 263, 2° co., 244, 5° co., c.c.).

Le relative azioni si fondano sulla prova, attraverso qualsiasi mezzo [11] e in definitiva con la prova emato-genetica, della verità biologica della generazione.

L'art. 9 l. n. 40/2004 preclude, invero, l'azione di disconoscimento e l'impugnativa del riconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o convivente [12], ma nulla prescrive riguardo all'azione del figlio. Né potrebbe, realizzando altrimenti una irragionevole disparità di trattamento tra persone che si godono del medesimo ed inveridico *status* - di figlio - in conseguenza di scelte a loro non imputabili, quali il ricorso a tecniche biomedicali di procreazione eterologa.

In caso di procreazione medicalmente assistita attraverso donazione di gameti maschili il figlio può dunque, in qualsiasi tempo e senza preclusione alcuna, introdurre il giudizio di disconoscimento di paternità verso il partner della madre

genetica, ed ottenere la rimozione del relativo vincolo provando, *ex art. 243 bis*, secondo comma, c.c., che non sussiste rapporto di filiazione tra lui ed il presunto padre.

Diversamente, in caso di procreazione ottenuta attraverso fecondazione dell'ovulo di una donatrice e successivo impianto la vigente disciplina codicistica non sembra ammettere l'azione diretta alla contestazione della maternità.

L'azione di disconoscimento di cui all'art. 243 *bis* è testualmente riferita soltanto all'accertamento negativo del vincolo genetico tra figlio e presunto padre, in dipendenza del ricordato presupposto implicito, integrato dalla coincidenza tra generazione materna e parto, che si esprimeva nel brocardo «*mater semper certa*». Se ne trova conferma nelle tassative le ipotesi di contestazione dello stato di figlio, di cui all'art. 240 c.c., disegnate tutte intorno all'eventualità che, per supposizione di parto, sostituzione di neonato, iscrizione come figlio di ignoti del figlio matrimoniale, il nato sia stato separato da colei che l'ha partorito.

Più complessa è la soluzione dell'interrogativo circa l'esperibilità, contro la partoriente non coniugata di un figlio procreato attraverso ovodonazione, dell'azione negativa dello *status* di non matrimonialità per inveridicità del riconoscimento.

La soluzione affermativa, che pure potrebbe sostenersi in forza dell'interpretazione letterale dell'art 263 c.c., riferito semplicemente all'«autore del riconoscimento», non appare sostenibile, realizzando una ingiustificata disparità di trattamento dipendente dall'eventuale vincolo coniugale che legghi i genitori, in aperta contraddizione col criterio di unificazione di stato dei figli, di cui all'art. 315 c.c. riformato, e comunque incompatibile col dettato dell'art. 263, 2° co., terzo periodo, chiaramente riferito alla paternità, «la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre».

Resta comunque, e fino all'auspicabile intervento armonizzatore del riformatore, l'evidente e difficilmente giustificabile disparità di trattamento rispetto all'accertamento negativo della paternità, in sostanza consentendosi al figlio solo in caso di procreazione attraverso donazione di gameti maschili di rimuovere lo *status* e le situazioni giuridiche soggettive che ne derivano, patrimoniali e non, in qualsiasi tempo, una volta apprese – anche fortuitamente – le vicende della propria generazione [13].

3. Nuove forme di maternità.

In caso procreazione attraverso impianto e gestazione nell'utero di una madre surrogata dell'embrione risultante dalla fusione dei gameti della coppia richiedente, l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 269 c.c. introduce una dissociazione critica tra la regola di accertamento della discendenza genetica con ogni mezzo, e preferenzialmente con il DNA, prescritta al secondo comma, e

quella di accertamento della maternità attraverso il parto, di cui al terzo comma: scollamento provocato, ancora una volta, dal richiamato presupposto implicito della coincidenza tra procreazione e parto.

Ne possono derivare incertezze interpretative non dissimili da quelle introdotte dal colposo scambio di embrioni in procedura di fecondazione omologa, a seguito del quale sono stati impiantati nella donna embrioni provenienti da altra coppia, di cui ovviamente possiedono le caratteristiche genetiche, senza il consenso dei fornitori di gameti [14].

Difettando i presupposti di applicabilità dell'art. 9 l. n. 40/2014, che ricollega al consenso all'inseminazione eterologa l'accertamento positivo della genitorialità, e al rifiuto della stessa da parte del donatore l'esclusione di «alcuna relazione giuridica parentale», formula in cui sembra compendiarsi la nozione di *status filiationis*, la maternità dovrebbe accertarsi secondo il criterio generale della compatibilità genetica, al pari della paternità, e condurre in tal senso alla costituzione dello *status* nei riguardi della madre biologica.

La discendenza materna può infatti essere provata con ogni mezzo, e soltanto in prima istanza essa viene dimostrata secondo la regola contenuta nel 3° comma dell'art. 269 c.c., risultante dalla coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e quella di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume per questo esserne madre.

Quest'ultima regola, confermata anche dalla riforma del 2012-2013, che non ha eliminato il contrasto con il 2° comma, è evidentemente espressione dell'assunto secondo cui *mater semper certa est, pater numquam*, postulato che poteva assumere valenza in una realtà in cui l'evento procreativo era affidato al corretto funzionamento di elementi naturali e la partoriente era sicuramente madre biologica del nato, ma che non ha più senso alcuno in quella attuale, almeno nei casi in cui l'analisi di compatibilità del DNA è tecnicamente praticabile.

Al contrario, in caso di fecondazione di ovocita della portatrice è necessario l'intervento legislativo per conferire rilevanza all'accordo di maternità surrogata, allo scopo di evitare il ripensamento della partoriente, il cui riconoscimento sarebbe inattuabile perché veridico.

Sebbene la decisione in commento non manchi di ribadire che la dichiarata incostituzionalità non tocca in alcuna misura il divieto di surrogazione materna, di cui è espressione la sanzione dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, l'intervento normativo sul punto si mostra imprescindibile alla luce dell'analisi del laboratorio giurisprudenziale, che ha evidenziato una progressiva apertura verso il riconoscimento della genitorialità sociale in caso di procreazione attraverso maternità surrogata, praticata fuori dai confini nazionali, e disciplinata dai relativi ordinamenti [15].

In specie, rileva il disposto dell'art. 15 D.P.R. 396/2000, che rinvia la disciplina dell'atto di nascita alla legge del luogo in cui sia formato, e consente, per il tramite della procedura apostillazione, che ne attesta l'autenticità e la qualità

legale dell'autorità rilasciante ai sensi della Convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961, ratificata dall'Italia con l. n. 1253/1966, il riconoscimento dei relativi effetti nell'ordinamento italiano.

Si segnala, in specie, la vicenda giunta all'attenzione della giurisdizione penale che ha escluso la sussistenza del reato di alterazione di stato, di cui all'art. 567 c.p., nel fatto di due coniugi che avevano dichiarato come proprio figlio il neonato partorito, in Ucraina, da madre surrogata [16].

L'ordinamento straniero in questione riconosce la legittimità, disciplina il contratto di maternità surrogata, prevedendo l'attestazione della partoriente in forma notarile dell'inesistenza di qualsiasi relazione genetica col bambino (frutto della fecondazione di ovulo di una terza donatrice), formazione dell'atto di nascita con l'indicazione della sola madre sociale e del padre genetico, e la non contestabilità della maternità così determinata, neppure per azione della donatrice di gameti. In ossequio a tali prescrizioni, l'atto di nascita dai genitori sociali in questione era stato apostillato, e presentato all'autorità consolare per la trascrizione nei registri dello stato civile italiano, alla quale osterebbe unicamente, ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000, la contrarietà all'ordine pubblico.

In applicazione del principio fissato dalla giurisprudenza di legittimità [17], il tribunale lombardo non ha ritenuto sussistere contrasto, intendendo l'ordine pubblico in senso internazionale, come «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti internazionali».

Secondo un recente orientamento delle Sezioni Unite [18], l'accertamento della pratica e dell'ammissibilità nella maggior parte dei Paesi che aderiscono alla UE svolge carattere dirimente per stabilire la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, e rilevano, in questo proposito, le decisioni dell'Alta Corte di Giustizia di Inghilterra e Galles, e della Corte Suprema d'Irlanda che ammisero la maternità surrogata, attribuendo la genitorialità secondo il criterio dell'accordo, valorizzando l'interesse del minore.

4. «Filiazione per scelta» e accertamento dello *status* legale.

In conclusione, l'analisi che precede evidenzia la rilevanza fondante la genitorialità, in caso di procreazione attraverso l'assistenza medica, di un principio di responsabilità che emerge, in positivo, dall'art. 8 della l. 40/2004 – a mente del quale «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime» – e in negativo dall'art. 9, 3° co., che, escludendo la sussistenza di una «relazione giuridica parentale» tra procreato e donatore, impedisce la costituzione del relativo *status filiationis*, e la coincidenza tra verità biologica e verità legale.

Al contrario, la volontaria assunzione di responsabilità è irrilevante per la procreazione naturale, retta invece, a tutela del figlio, dal principio di discendenza genetica [19] al quale si ispirano le azioni dirette a costituire lo *status* nei confronti del genitore che non abbia riconosciuto il figlio non matrimoniale, a reclamare lo *status* di matrimonialità nei casi di cui all'art. 239 c.c., ovvero a rimuovere lo *status* legale difforme dalla verità biologica della generazione, compendiate nel disconoscimento di paternità e impugnazione del riconoscimento inveridico.

A ben vedere, l'accertamento della verità biologica della filiazione sottintende comunque nel concetto di genitorialità l'assunzione di responsabilità in cui si sostanzia il dovere imposto dall'art. 30 Cost., come è evidenziato dai limiti all'azione del presunto padre, della madre e dei loro ascendenti derivanti dall'imposizione di termini di decadenza [20] e prescrizione all'azione di disconoscimento di paternità [21], come anche all'azione, con legittimazione ben più ampia, di impugnazione del riconoscimento inveridico, ma altrettanto si esprime nell'ultimo comma dell'art. 250 c.c. che vieta il riconoscimento all'infrasedicenne, presumendone l'incapacità di assumere la responsabilità che consegue alla generazione.

In questo senso si segnalano anche gli artt. 279, 580 e 594 c.c. che costituiscono altrettante azioni dirette ad accertare solo incidentalmente la derivazione biologica, al fine di costituire la responsabilità del genitore per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione, derivanti da procreazione, pur senza che ne derivi l'accertamento pieno dello *status*, alle quali è legittimato anche il figlio che vanti uno *status* incompatibile verso altro genitore [22].

L'applicazione delle medesime azioni alla generazione attraverso tecniche medicali di donazione di gameti ed, eventualmente, di surrogazione materna, che efficacemente è stata definita già prima dell'approvazione della l. n. 40/2004 «filiazione per scelta» [23], mostra invece i propri limiti non solo, come si è visto, rispetto ai giudicati negativi, ma anche con riferimento agli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione dei soggetti coinvolti nella generazione per l'attuazione del proprio diritto fondamentale allo *status* [24], che gli garantisca di ricevere da coloro che hanno deciso di metterli al mondo, cura, mantenimento, educazione ed istruzione, a norma dell'art. 30 Cost.

Quando il genitore non si adegui spontaneamente all'obbligo nascente dalla procreazione, l'attuazione del diritto allo *status* di figlio matrimoniale o riconosciuto che a gli spetta in forza del citato art. 8 della l. n. 40/2004 passa necessariamente per gli strumenti generali delle finzioni e presunzioni di matrimonialità, ovvero per le azioni di reclamo e di accertamento della genitorialità non matrimoniale.

Principiando dall'ipotesi di figlio procreato con donazione di gameti maschili, se la partoriente è coniugata - com'era in tutti i giudizi da cui è originata la pronuncia in commento - non si può che concordare con la Consulta nel ritenere

che il diritto allo *status* di matrimonialità del nato sia sufficientemente garantito dall'operatività delle presunzioni di paternità e concepimento in matrimonio di cui agli artt. 231 [25] e 232 c.c.

Alla costituzione dello *status* è infatti sufficiente, nei riguardi del marito della partoriente, la dichiarazione di nascita che costei effettui, senza nulla aggiungere rispetto alle circostanze della generazione. Lo stato così accertato e risultante dall'iscrizione nei registri dello stato civile non sarà in alcun modo contestabile dal presunto padre, che abbia espresso per iscritto il proprio consenso informato all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6, o comunque allorché il consenso all'eterologa risulti anche soltanto da fatti concludenti.

Ove, invece, la partoriente non sia coniugata ma convivente, ed il *partner* non riconosca spontaneamente il figlio nato dalla fecondazione eterologa, non sussistono analoghi meccanismi, né il legislatore delegato poteva estenderli in termini generali ai figli nati fuori dal matrimonio, mancando non solo idonea delega ma anche qualsiasi formalizzazione del legame tra i genitori sulla quale ancorare il dovere di fedeltà che fonda la presunzione di paternità matrimoniale [26].

L'art. 9 della l. 40/2004 riconnette, comunque, effetti incisivi al consenso del convivente all'inseminazione eterologa, precludendone l'azione di disconoscimento: eppure, ove il suo ripensamento intervenga prima di aver costituito lo *status* col riconoscimento volontario, che senso ha l'espressione contenuta nell'art. 8, per la quale i nati hanno lo stato di «figli riconosciuti» della coppia?

Prima della dichiarazione di incostituzionalità del divieto di eterologa la dottrina si era occupata della questione con riguardo ai casi di embrioni formati, con i gameti dei *partner*, fintanto che costoro erano ancora in vita, e trasferiti nell'utero materno o comunque nati dopo il decesso del padre non coniugato [27].

A quanti ritenevano che il consenso espresso nella fase di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6, integrasse un riconoscimento anteriore alla nascita [28], si obiettava, a ragione, che il difetto della forma prescritta dall'art. 254 e la sua anteriorità al concepimento [29], e dunque si imponeva l'azione per la dichiarazione della paternità di cui all'art. 269 c.c., fondata sulla prova genetica.

In ipotesi di procreazione con donazione di gameti maschili la prova della compatibilità genetica difetta necessariamente, e di conseguenza si impone l'interpretazione sistematica del riferimento a «qualsiasi mezzo» di cui al secondo comma dell'art. 269 c.c. con il principio del consenso di cui agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, integrandosi altrimenti un gravissimo *vulnus* al diritto allo *status* di figlio «riconosciuto», che resterebbe orfano di azione in giudizio, e dunque non più tale [30], in violazione dell'art. 24 Cost.

Permane, comunque, una residua disparità di trattamento in danno di questi figli, costretti all'accertamento giudiziale per vedersi riconosciuta lo *status* a cui hanno diritto: sarebbe pertanto opportuno introdurre, in sede di adeguamento della disciplina all'ammissibilità della procreazione eterologa, una coerente modifica dell'art. 254 c.c., comprendendo tra le dichiarazioni idonee a costituire il riconoscimento anche quella documentata *ex art.* 6 l. n. 40/2004, sebbene anteriore al concepimento del figlio [31].

Passando al caso di procreazione con ovodonazione e ripensamento materno successivo all'impianto ed al decorso del termine in cui è consentita, alle condizioni imposte dalla l. n. 194/1978, l'interruzione volontaria della gravidanza, l'art. 9 della l. n. 40/2004 affida al divieto di parto in anonimato la realizzazione dell'obiettivo dell'intangibilità dell'accertamento della maternità.

Tuttavia nell'applicazione pratica tale previsione non offre la sperata tutela al nato – tanto nel caso in cui gli spetti, ai sensi dell'art. 8 della medesima legge, lo stato di figlio matrimoniale o riconosciuto – poiché rimette alla spontanea dichiarazione della donna l'accertamento del presupposto che le preclude l'esercizio dell'anonimato.

Sebbene l'eventualità di una nascita non voluta sia piuttosto remota in questi casi, che anzi si caratterizzano per l'essere la gravidanza fortemente desiderata [32], i sanitari che assistono al parto, dichiarano la nascita o compilano l'attestazione di nascita possono trovarsi nella condizione di ignorare la circostanza che la gravidanza sia frutto dell'impiego di tecniche di fecondazione assistita praticata da una diversa struttura ospedaliera, mancando un anagrafe sanitaria nazionale [33], e l'eventualità diventa a maggior ragione inverosimile allorché si chiedeva alla donna di dichiarare la procreazione attraverso ovodonazione e impianto, nella vigenza del divieto di cui all'art. 4 della L. 40/2004 [34].

Inoltre resta vanificata l'intenzione di evitare, per il tramite del divieto di anonimato, forme di maternità surrogata, che potrebbero venir realizzate attraverso il riconoscimento del solo padre. Nel caso in cui, in particolare, risulti la paternità biologica, è priva di effetti la previsione, di cui all'art. 74, comma 1, della L. 184/1983, che si impernia sull'impulso degli Ufficiali di stato civile nel trasmettere «immediatamente al competente Tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio naturale non riconosciuto dall'altro genitore», in seguito alla quale «il Tribunale dispone l'esecuzione di opportune indagini per accertare la veridicità del riconoscimento». Il caso è quello dell'uomo i cui gameti siano stati impiegati per l'inseminazione di una madre surrogata, il quale è così posto nella condizione di ottenere, attraverso il riconoscimento del nato da madre anonima e la successiva adozione speciale del figlio da parte della propria consorte, l'identico effetto vietato dall'art. 4 e sanzionato dall'art. 12, commi 1 e 2, della legge 40/2004.

Le criticità descritte con riguardo all'accertamento della paternità e della maternità si sommerebbero, infine, in ipotesi doppia eterologa, ossia alla procreazione con gameti sia maschili che femminili estranei alla coppia richiedente.

Sebbene la pronuncia di incostituzionalità in commento si riferisca in molteplici passaggi all'eterologa singola, è pur vero che non esclude l'accesso simultaneo alla tecnica per porre rimedio all'infertilità assoluta, la quale anzi assurge a criterio fondante l'apprezzamento dell'illegittima preclusione imposta a carico delle coppie che patiscono le forme più radicali di sterilità, come sono massimamente quelle in cui entrambe i componenti siano incapaci di produrre gameti [35]. La considerazione è rafforzata dal riferimento al favore di cui gode «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico».

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] Cfr. S. Rodotà, *Procreazione assistita e principio di autodeterminazione*, in A. Barenghi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, 103 ss.; M. D'Amico, *Sulla incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, *ivi*, 115 ss.

[2] Così Corte Cost. 24 luglio 2000, n. 232, in materia di requisiti di accesso alla Guardia di Finanza, e dell'impedimento derivante dall'aver figli, riconosceva il diritto alla procreazione come diritto fondamentale della persona.

[3] Corte EDU, *Grande Chambre, S.H. e altri c. Austria* 3 novembre 2011, § 82. In termini sostanzialmente analoghi, quanto alla nozione di «vita privata» come comprensiva del diritto al rispetto della decisione sia di avere che di non avere un figlio, Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*, sent. 1 aprile 2010. V. anche Corte EDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, sent. 28 agosto 2012, § 57, che considera il desiderio dei ricorrenti di procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui essi siano portatori, a tal fine ricorrendo alla procreazione assistita con diagnosi preimpianto, «une forme d'expression de leur vie privée et familiale» Le scelte riproduttive sono quindi oggetto di specifica tutela anche per G. Ferrando, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. Barenghi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, 21 ss.

[4] In senso opposto A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Associazione italiana costituzionalisti*, 2012, 12, per cui «a differenza della filiazione adottiva, questa figura ibrida di genitorialità *ex lege* non può giovare né dell'ombrello

costituzionale dell'art. 30, comma 2, Cost. (che giustifica l'adozione come *extrema ratio* in subordine all'incapacità genitoriale), né di altro parametro che non sia l'interesse dei soggetti adulti a risultare socialmente genitori di un figlio biologicamente non loro (di entrambi)», o nessuno di loro – ci sia permesso aggiungere – in caso di doppia eterologa.

[5] Si segnalano, da ultimo, due ordinanze emesse in pari data da Trib. Bologna, il 14 luglio 2014, in *www.biodiritto.it*, che, in applicazione di Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in accoglimento del ricorso cautelare urgente delle coppie, autorizza i centri medici convenuti a praticare, senz'altro, la procreazione eterologa richiesta, in particolare prescindendo da una verifica ulteriore rispetto all'autorizzazione già rilasciata *ex artt.* 10, 11, 12, 5° co., l. 40/2014. Per il vero, la procreazione con donazione di gameti necessita che i centri svolgano l'ulteriore attività di selezione e *screening* genetico ed epidemiologico dei donatori, a tutela della salute della coppia ricevente e dei nati.

[6] La filiazione adottiva introduce e sostituisce, in tal senso, una discendenza legale a quella biologica, escludendo, l'azione di accertamento diretto della filiazione ai sensi dell'art. 27, ult. comma, l. 184/1983, ma nulla vieta l'accertamento indiretto, ai soli fini patrimoniali, *ex art.* 279, 580 e 592 c.c. Al contrario, l'art. 9 l. 184/1983 esclude qualsiasi rapporto giuridico parentale tra il nato da procreazione eterologa ed il donatore di gameti.

[7] Tra gli altri si vedano, almeno, M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, 406; M. D'Amico, B. Liberali, *Il divieto di donazione di gameti. Tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 36 ss.; G. Repetto, "Non di sola CEDU..." *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, 2013, 162 ss.

[8] A ben vedere, non si deroga al principio generale neppure in caso di nascita da donna che abbia inteso escludere la propria responsabilità genitoriale esercitando la facoltà di anonimato di cui all'art. 30 D.P.R. n. 396/2000: nessuna disposizione esclude dall'azione *ex art.* 269, ovvero di quella di reclamo prevista dall'art. 239, 2° co., c.c. il figlio che non sia stato adottato, e non abbia dunque uno *status* incompatibile con quello che reclama, e abbia in qualche modo preso conoscenza dell'identità materna ovvero anche di quella paterna, nonché dell'eventuale loro vincolo coniugale.

[9] Cass. civ., 26 giugno 2014, n. 14556, in *www.leggiditalia.it*, chiarisce, a proposito della disciplina transitoria, che il termine quinquennale, di prescrizione per la Relazione Illustrativa, può altrimenti definirsi di proponibilità, come ritenuto da R. Rosetti, *Modifica della disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 52.

[10] Le tappe del progressivo affermarsi della prevalenza del principio di verità biologica quale fondamento della filiazione, rispetto al *favor legitimitatis*, sono

segnate dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 244, 2° co., c.c. ad opera di Corte Cost. 2 maggio 1985, n. 134, Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 170, e dell'art. 235 c.c., ad opera di Corte Cost. 6 luglio 2006, n. 266. Cfr. anche, per la rilevanza della prova ematico-genetica, Cass. 6 giugno 2008, n. 15809, in *Famiglia e diritto*, 2009, 155 ss., con nota di G. Grasso, *Le prove genetiche ed ematologiche e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di disconoscimento della paternità: verso un sistema unitario della prova?*, e A. Renda, *La Corte costituzionale ed il disconoscimento di paternità: innovazioni di principio e problemi applicativi*, in *Diritto e formazione*, 2007, 351 ss.

[11] Art. 243 *bis*, 2° co., c.c.; Cass. 22 novembre 1996, n. 12805, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2672 ss.; Cass. 22 febbraio 2007, n. 4175, in *Famiglia e diritto*, 2007, 787 ss., con nota di A. Renda; Cass. 26 marzo 2003, n. 4462, in *Giur. it.*, 2004, 53 ss.; Cass. 19 luglio 2013, n. 17773, in *Foro It.*, 2013, I, 3174 ss.

[12] In ciò recependo l'indirizzo espresso da Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro It.*, 1998, I, 3042 ss., relativa al disconoscimento paterno del figlio nato da fecondazione eterologa, largamente praticata prima della legge e regolata con Circ. Donat Cattin 27 aprile 1987, Circ. 10 aprile 1992, ord. min. 5 marzo 1997, a protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in cui si trovi collocato per scelta altrui. Principio richiamato dalla pronuncia di incostituzionalità in commento, come da Trib. Roma, 17 ottobre 2012, n. 19563, in *Giur. it.*, 2013, I, 1545 ss. con nota di G. Savi, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede*, e da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, in *www.biodiritto.it*, in materia di accertamento della maternità in caso di scambio colposo di embrioni, durante pratiche di fecondazione assistita omologa, per la cui condivisibile, sul punto, interpretazione «nel bilanciamento degli interessi in conflitto, prevedendo un termine di decadenza "tombale" per l'esercizio dell'azione, il legislatore delegato ha inteso mutare radicalmente il principio fondante la precedente disciplina (v. in particolare la regolamentazione dell'azione di impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità) lasciando prevalere sull'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione, l'esigenza di non prolungare indefinitamente la durata dell'incertezza sullo stato di figlio. Mentre ha lasciato comunque il figlio arbitro del proprio status, essendo per lui l'azione imprescrittibile». Cfr. M. Veletti, *Revisione sistematica del codice civile susseguente all'unificazione dello stato di figlio*, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 15 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1., La famiglia*, Milano, 2014, 186 ss.

[13] In tal senso non è dirimente la scelta di garanzia dell'anonimato del donatore o della donatrice di gameti, risultante dal documento approvato dalla Conferenza delle Regioni, su proposta della Commissione salute, il 3 settembre 2014, secondo cui «I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con

procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente». Il figlio, infatti, non vanterebbe comunque alcuna pretesa nei confronti del genitore biologico, e dunque non sussistono le paventate istanze di tutela dei possibili donatori, che potrebbero scoraggiare il gesto oblativo. Sussiste, invece, la prioritaria esigenza di garantire la salute del figlio, alla quale potrebbero necessitare accertamenti genetici, da ultimo ribadita anche da Corte Cost. 22 novembre 2013 n. 278, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3 ss., con nota di B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 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*, in *Corriere 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*, su cui S. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, 4031 ss. Cfr. A. Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, cit., 12, secondo cui «I nati da fecondazione eterologa patiscono il sacrificio proprio di questo diritto fondamentale, che li discrimina rispetto a tutte le altre persone, in quanto la legge, non un semplice fatto, li priva fin dall'inizio di uno *status* risultante dalle due dimensioni biologica e familiare che vengono artificialmente separate». In ogni caso, a prescindere dall'identificabilità del genitore biologico, al figlio che intendesse rimuovere lo *status* verso il genitore sociale sarebbe sufficiente apprendere le circostanze della propria generazione, e dimostrare l'incompatibilità genetica col presunto padre. Non si vede, dunque, quale fondamento possa avere una così discutibile scelta, mentre l'esclusione dell'anonimato renderebbe più credibili le ragioni di solidarietà che alcune opinioni ritengono sostenere la donazione di gameti, in realtà spesso soggetta a forme di compenso o indennizzo, e di apertura alla vita delle coppie che ne richiedono l'applicazione, giacché predisporrebbe gli strumenti atti a garantire la salute e la qualità della vita del figlio, anche molto tempo dopo la sua nascita. L'accesso può, infatti, avere un quadruplice rilievo: *a)* in termini di diritto del nato ad essere informato sulle modalità del proprio concepimento, anche per la costruzione della propria storia personale ed identità; *b)* di possibilità di contattare il donatore allo scopo di accertarne patologie manifestatesi dopo il prelievo, o svolgere eventuali accertamenti genetici rispetto a patologie, anche rare, di cui il figlio si scopra portatore o che potrebbe aver trasmesso ai propri discendenti, e che non siano state comprese nello *screening* iniziale, ovvero quando i relativi dati risultino perduti, posto che la disciplina europea sui trapianti di cellule e tessuti ne impone la conservazione solo per un trentennio; *c)* di interpello del donatore, ad esempio per domandarne la disponibilità al trapianto da consanguinei che costituisca l'unico mezzo di cura della patologia di cui soffre il nato; *d)* di verifica dell'eventuale esistenza di fratelli, nati dallo stesso donatore

attraverso tecniche di p.m.a. o naturalmente, per gli scopi di cui al punto precedente, ovvero per escludere la consanguineità con il *partner* del nato. L'esperienza di altri Paesi è in questo senso illuminante, come riferita da W. Kramer, N. Cahn, *Finding our families, A First-of-Its-Kind Book for Donor-Conceived People and Their Families*, New York, 2013, ed evidenziata dalla creazione del *Donor Sibling Registry*, e dalla progressiva rinuncia all'anonimato delle legislazioni che, originariamente, lo prevedevano.

[14] Al riguardo, e contrariamente a quanto ritenuto da Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, cit., sembra rivestire carattere preminente il criterio di derivazione biologica, non essendo applicabile l'art. 9, 1° e 3° co. della l. n. 40/2004, per difetto di consenso tanto della coppia ricevente quanto degli inconsapevoli donatori di gameti. Si leggano sul punto le riflessioni comparatistiche di D. Corvi, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita notarile*, 2014, 701 ss.

[15] Così App. Bari, 25 febbraio 2009, in *Int'l lis*, 2010, 20 ss.: «Per il giudice chiamato a riconoscere un provvedimento straniero attributivo di maternità, a valle di un contratto di maternità surrogata, deve ritenersi che il solo fatto che la legislazione italiana (odiernamente vigente, ma non all'epoca della nascita dei bambini) vieti la tecnica della maternità surrogata e sia ispirata al principio della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale" non determini contrarietà del provvedimento all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni di altri Stati europei che prevedono deroghe a tale principio; ciò tanto più allorché il giudice sia chiamato a valutare una situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale (Regno Unito) e protrattasi per oltre 10 anni, poiché in tali ipotesi – dovendosi valutare gli effetti e le ricadute concrete del riconoscimento, o del suo diniego – diviene evidente, per il gravissimo pregiudizio che altrimenti i bambini subirebbero, l'esigenza di dare loro certezza formale in Italia circa il proprio status di figli della madre surrogata, in modo da evitare la paradossale situazione per cui gli stessi risultino, sul piano formale, figli di madri diverse nel Regno Unito ed in Italia». Cfr. M. Giroux, *L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant*, in *Revue général de droit*, 1997, 535 ss.

[16] Trib. Milano, sez. V pen., 15 ottobre 2013, 13 gennaio 2014, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014. Nella fattispecie era invece integrato, ma non procedibile per difetto della richiesta al Ministero della giustizia ex art. 9, comma 3, c.p., il meno grave reato di false attestazioni o dichiarazioni su qualità personali (art. 495 comma 2, n. 1, c.p.), avendo i coniugi simulato una gravidanza naturale per nascondere la procreazione attraverso madre surrogata: la donna aveva indossato nei mesi precedenti al parto un cuscino per simulare la gravidanza, e, interrogata del funzionario del Consolato italiano in Ucraina, innanzi a cui i coniugi compilavano il modulo previsto dall'art. 17 D.P.R. 396/2000 per richiedere la trasmissione dell'atto di nascita all'ufficiale di Stato civile del Comune di

residenza in Italia, sulle modalità di ingresso in Ucraina con volo aereo al nono mese di gravidanza, una settimana prima del parto, aveva risposto inverosimilmente che lo stato di gravidanza non era visibile. Nello stesso senso si veda Trib. Milano, GIP, 2 aprile 2014, *ibidem*, in riferimento alla procreazione con maternità surrogata in India, in cui è ammesso un accordo di autonomia privata, con riferimento all'attività diretta a nascondere all'Ufficiale di anagrafe un elemento potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione, ai sensi dell'art. 18 D.P.R. 396/2000, quale l'origine della procreazione.

[17] Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, in www.iusexplorer.it

[18] Cass. S.U. 5 luglio 2011, n. 14650, in *Giur. comm.*, 2012, 656 ss., in *Giust. civ.*, 2012, I, 2687, con riferimento alla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale della norma di *common law* che consente l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio. Cfr. Rispoli, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 697 ss.

[19] Conforme l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, per cui si segnalano Cass. 1 luglio 2012 n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, 3348 ss.; Cass. 18 novembre 1992, n. 12350, e di merito, tra cui Trib. Napoli, decr. 14 luglio 2011, *ivi*, 2012, I, 3372 ss., per cui nel divieto di fecondazione eterologa con esclusione dell'azione di disconoscimento, «quel che emerge è piuttosto il *favor affectionis* ovvero la preminenza che nella costruzione della paternità/filiazione assume il dato volitivo rispetto a quello biologico». Per A. Gorassini, *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1987, 952, la consapevole decisione di porre in essere i comportamenti atti al concepimento «generalmente non assume autonoma rilevanza per il diritto, rimanendo totalmente assorbita nell'esercizio in fatto dell'attività riproduttiva in conseguenza dell'adesione ad un impulso sessuale ed alla sua estrinsecazione attraverso il comportamento del congiungimento carnale». Conforme A. Trabucchi, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 606 ss.; rileva G. Giamò, *Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparatistiche*, in *Dir. famiglia persone*, 2001, 855 ss., che l'apprezzamento della volontà dei soggetti coinvolti nelle pratiche mediche di fecondazione assistita ha caratteri peculiari, essendo caratterizzata dallo svolgersi in duplice funzione, dispositiva ed attuativa, in vista della quale oltre a svolgere una efficacia interna al loro apporto in ordine alla scelta procreativa, configura parte integrante di un contratto di prestazione d'opera medico-riproduttiva, e fonda la responsabilità genitoriale.

[20] Cfr. Cass. 18 marzo 2007, n. 6302, in *Dir. famiglia persone*, 2008, 1097 ss., con nota di F. Danovi, *Gradazioni della prova e costituzione di status: la revocazione come rimedio agli accordi collusivi tra le parti*, con riferimento all'osservanza del termine di decadenza annuale di cui al precedente dettato dell'art. 244, comma 3, c.c., anche per l'azione avviata dal figlio, di cui non è traccia nel novellato testo, sul quale si legga R. Rosetti, *Modifica della disciplina*

del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, in M. Bianca, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 53 s.

[21] Esprime l'identica esigenza di protezione del figlio l'esclusione dall'azione di impugnazione di colui che abbia proceduto al riconoscimento conoscendone la non veridicità, che in tal modo intende venire meno ai doveri volontariamente assunti con l'accogliere il figlio come proprio, su cui cfr. Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 349 ss., con nota di M.G. Stanzione, «*Interesse del minore*» e *verità biologica nel riconoscimento di compiacenza*; in *Rass. dir. civ.*, 2013, 927 ss., con nota di P. Virgadamo, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto di diritto privato*, e in *Famiglia e diritto*, 2013, 908 ss., con nota di F. Farolfi, *Riconoscimento per compiacenza e legittimità dell'impugnazione*. Tale condivisibile orientamento giurisprudenziale trova le proprie ascendenze nell'ottica paidocentrica disegnata da A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu Messineo Mengoni Schlesinger*, II ed., Milano, 2013, spec. p. 421.

[22] Cass., sez. I, 28 agosto 1999, n. 9065; Cass. 22 gennaio 1992 n. 711, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 138, con nota di SESTA; rispetto a questi figli segnala una anomalia anche sistematica nell'ambito di una riforma «in cui l'instaurazione di un "pieno" vincolo di parentela è collegata direttamente alla genitorialità biologica» M. Paradiso, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in R. Cippitani, S. Stefanelli, *La parificazione degli status di filiazione*, Roma Perugia Città del Messico 2013, 242 ss.

[23] E. Del Prato, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, 1035 ss. Appare significativo richiamare, al riguardo, l'iter argomentativo che ha condotto Trib. Vigevano, decr. 9 giugno 2009, in *Dir. famiglia persone*, 2009, 1847 ss., a negare alla consorte la procreazione medicalmente assistita attraverso l'utilizzo del liquido seminale asportato al marito mentre si trovava in stato di coma irreversibile, per una grave neoplasia a prognosi infausta, nonostante il tutore avesse espresso, in sua vece, il consenso. Era mancata, infatti, la fase informativa preliminare e non era possibile ricavare alcun indizio da cui potesse desumersi la volontà del paziente di diventare genitore, attraverso il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

[24] Corte Cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Foro it.*, 2004, I, 1053 ss.; in *Dir. Famiglia*, 2003, 622 ss.; *ivi*, 2004, 879 ss., con nota di A. Renda, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 543 ss., con nota di M. Di Nardo, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*.

[25] Significativa, in tal senso, la piena coincidenza, anche semantica, tra l'art. 8 della l. n. 40/2004 e l'art. 231, entrambi novellati dal D. Lgs. n. 154/2014, con il riferimento alla nascita in matrimonio.

[26] Ne discute, in prospettiva *de iure condendo*, rispetto al *partner* dell'unione registrata M. Bianca, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 205 ss., secondo cui l'applicazione della regola dettata dall'art. 279 ai conviventi *more uxorio* non comporterebbe una forzatura del sistema derivante dalla previsione di un obbligo di fedeltà, come ritiene M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Padova, 2011, p. 268. In questi termini «l'imposizione di tale presunzione anche al convivente dovrebbe allora passare solo attraverso un regime di ufficialità della stabilità della convivenza che è il presupposto necessario per affermare il principio di autoresponsabilità nella filiazione».

[27] L'art. 5 impone, infatti, l'esistenza in vita di entrambe i partner al momento dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita, che coincide con l'informativa ed il consenso di cui all'art. 6, il cui 3° co. consente la revoca solo fino alla fecondazione dell'embrione. Da tali disposizioni si deriva la liceità del trasferimento in utero successivo alla morte o alla perdita di coscienza del *partner*, a garanzia del diritto dell'embrione alla vita, nell'opinione di A. Martini, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 225 ss., per cui la vita e la morte del concepito sono materie sottratte alla disponibilità dei privati; E. Quadri, *La nuova disciplina della procreazione assistita*, in Aa.Vv., *La procreazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 57 s.; Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 226 ss., con note di A. Miranda, «*Tragic choice*» in Italy: brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita e G. Giaimo, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, 1144 ss. Diversamente, ove sia la donna a revocare il proprio consenso prima dell'impianto, non potrebbe esservi costretta integrandosi altrimenti un trattamento sanitario obbligatorio fuori dai limiti imposti dal rispetto della persona umana, ex art. 32 Cost., secondo A. Bellelli, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in 2009, 22; G. Villanacci, *Il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Napoli, 2006, 125; F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 16 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 93; G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, 40 ss. Già le Linee guida dettate dal Ministero della salute nel 2004, con previsione confermata nel 2008, prevedevano la crioconservazione dell'embrione non trasferito in utero che si trovi in stato di abbandono perché la donna non è più disponibile all'impianto, implicitamente riconoscendo la relativa facoltà. Con riferimento alla diversa fattispecie di prelievo di liquido seminale da soggetto in stato di incoscienza, o deceduto, che non abbia espresso il proprio consenso all'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. Trib. Vigevano, decr. 3 giugno 2009, cit.; Hight Court, *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority Ex p. Blood*, 1996, 3, *W.L.R.*, 1176; Cort of Appeal, *R. v. Human Fertilisation and Embryology*

Authority Ex p. Blood, 1997, 2, W.L.R., 806; *L. v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, 2008, EWHC, 2149 ss.

[28] R. Villani, *La procreazione assistita. La nuova legge 16 febbraio 2004*, n. 40, Torino, 2004, 189 ss.

[29] M. Dogliotti, A. Figone, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza. Commento alla legge 16 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, 181; P. Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giur.*, 2002, 982; M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in Id., *Codice della famiglia*, II ed., Milano, 2009, 3712; B. Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, 253; A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, 168; G. Oppo, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 331 ss.; Id., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *ivi*, 99 ss., spec. 103 esclude che sussista riconoscimento, e che quindi in figlio manchi di *status*, salvi il divieto di anonimato materno e il volontario riconoscimento come figlio naturale.

[30] C. Fadda, *Intorno a un preteso effetto delle obbligazioni naturali nel diritto attuale*, in *Arch. giur.*, vol. 36, 1886, 211, nell'ordinamento moderno diritto e azione non sono due concetti a sé stanti, ma un tutt'uno inscindibile; A. La Torre, *Cinquant'anni col diritto*, I, *Diritto civile*, Milano, 2008, 538 ss.;

[31] Non sussisterebbero difficoltà nell'accertamento della convivenza, ulteriori o diverse da quelle che la stessa disciplina supera in sede di verifica del corrispondente requisito soggettivo di cui all'art. 5, e sarebbe per ipotesi esclusa ogni questione circa l'eventuale esistenza di un obbligo di fedeltà tra conviventi.

[32] Come nota C.M. Bianca, Art. 93, in F.D. Busnelli, C.M. Bianca, *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)*, I, Padova, 2007, p. 1400.

[33] L'art. 62 *ter* del Codice dell'amministrazione digitale fissava al 30 giugno 2014 l'approvazione di un D.P.C.M. che stabilisse contenuti, garanzie e strumenti di operatività dell'Anagrafe nazionale degli assistiti, da istituirsi nell'ambito del sistema informativo realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze in attuazione di quanto disposto dall'articolo 50 del D.L. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in L. n. 326/2003 (legge di stabilità 2014), allo scopo di rafforzare gli interventi in tema di monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi per i cittadini e le pubbliche amministrazioni. In sede di compilazione del certificato di assistenza al parto i sanitari interrogano la donna sull'origine naturale o medicalmente assistita della procreazione, ma i dati così raccolti non appaiono attendibili, se confrontati con quelli censiti nel Registro degli embrioni e dei nati previsto dall'art. 11 della l. n. 40/2004, come rilevato dalla *Relazione sull'attuazione della legge 40 nel 2008*, per la quale «Il confronto del numero dei nati da tecniche di PMA censiti dal CeDAP (6.227 nati) con quelli raccolti dal Registro nello stesso anno (10.212) mostra una differenza di circa il 40%», dovuta

non solo all'elevata probabilità che la donna partorisca in una struttura diversa dal centro in cui ha ricevuto l'assistenza alla procreazione, ma anche all'assenza di qualsiasi obbligo di comunicare ai centri l'esito dell'impianto e della gestazione.

[34] Lo rileva con riguardo all'ufficiale di stato civile S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia. Il «dilemma» del diritto della donna partorienti all'anonimato*, in *Liber Amicorum per Dieter Henrich*, I, Torino, 2012, 205.

[35] Per tali ragioni, la doppia eterologa, che potrebbe costituire una soluzione al problema del destino degli embrioni soprannumerari, come chiarito da F.D. Busnelli, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in A. Barengi, *Procreazione assistita e tutela della persona*, cit., 29 ss., con riferimento alla proposta di «adozione per la nascita» formulata dal Comitato Nazionale per la Bioetica, con documento del 18 novembre 2005, su cui anche C. Flamigni, *Riflessioni sulla prospettiva di una "donazione" dell'embrione*, in D. Carusi, S. Castignone, *In vita, in vitro, in potenza: lo sguardo del diritto sull'embrione*, Torino, 2011, 39 ss., e F. Campolungo, *Il problema degli embrioni residui*, in M. Dossetti, M. Lupo, M. Moretti, *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità*, Milano, 2010, 163 ss., rientra tra le possibilità offerte secondo la legislazione regionale in corso di approvazione in Lombardia, come deciso in sede di conferenza delle Regioni e Province autonome.

**QUADERNI DI
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

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

ISSN (Online edition): 2239-7442