

## Questioni vecchie e nuove su *status filiationis* e PMA. Breve cronistoria

Giacomo Capizzi\*

OLD AND NEW QUESTIONS ABOUT *STATUS FILIATIONIS* AND ART: A BRIEF CHRONICLE

ABSTRACT: The aim of this study is to examine the evolution of status issues in the regulation before and after law no. 40/2004, highlighting the critical points. It will try to demonstrate the aim, but also the limits of the principle of responsibility.

KEYWORDS: denying paternity, embryos' mix-up, assisted reproduction with gamete donation, homologous fertilisation, surrogate mothers

SOMMARIO: 1. Premessa: procreazione omologa vs. eterologa – 2. Procreazione eterologa: una varietà di ipotesi – 2.1. La donazione del seme maschile e l'itinerario giurisprudenziale *ante* legge 40 – 2.2. I principi scaturenti dalla giurisprudenza – 2.3. Le diverse soluzioni proposte a fronte dell'ammissibilità del disconoscimento – 3. Una (possibile) diversa ricostruzione della filiazione da procreazione eterologa – 4. La procreazione eterologa nella legge 40. Le conseguenze della violazione del divieto di procreazione eterologa – 5. Le questioni (irrisolte) della donazione di ovuli... – 5.1. ... e la maternità surrogata – 5.2. La maternità surrogata nella legge 40. Al confine con la procreazione eterologa: lo scambio di embrioni. Cenni.

### 1. Premessa: procreazione omologa vs. eterologa

**A**l tema dello stato dei nati a seguito di PMA occorre premettere una seppur sommaria distinzione tra le diverse tecniche considerate, al fine di meglio precisare le definizioni correnti che, come emergerà nel prosieguo, non sempre risultano concordemente accolte nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza, così causando incertezze applicative e dubbi interpretativi.

La suddivisione tra omologa ed eterologa è una classificazione esclusiva delle tecniche di fecondazione assistita che non ha riscontro nella fecondazione "naturale"<sup>1</sup>.

Omologa è la fecondazione assistita in cui vengono utilizzati esclusivamente gameti appartenenti ai coniugi oppure a una coppia (più o meno) stabile e trattasi di definizione relativamente poco problematica.

\* *Dottore in Giurisprudenza abilitato all'esercizio della professione forense.*

<sup>1</sup> Il fenomeno della maternità surrogata può verificarsi anche senza ricorrere a procreazione assistita come nel caso di una unione sessuale di un uomo sposato, con un'estranea che s'impegna a consegnare il nato dopo la gravidanza. In questo caso il nato non avrebbe *ex se* nessun rapporto di filiazione con la moglie; l'unica soluzione situazione giuridicamente percorribile sarebbe un'adozione particolare *ex art. 44, lettera b)*, legge 4 maggio 1983, n. 184, ma v. *infra* nota 88.

Un maggior grado di ambiguità presenta la definizione di procreazione eterologa<sup>2</sup> che, sinteticamente e in una prima approssimazione, si ha quando il medesimo tipo di coppia coniugata o convivente ricorre ad (almeno) un gamete di un terzo donatore.

Il ricorso a gameti esterni trova giustificazione nelle ipotesi di assoluta sterilità di uno o di entrambi i *partner* o di chi intende procreare al di fuori di una coppia.

La distinzione, a prima vista semplice e lineare, può invece complicarsi e moltiplicarsi nelle diverse combinazioni che la casistica, complice l'evoluzione scientifica, ha portato alla ribalta. Una problematizzazione della distinzione può rivelarsi utile al fine di proporre soluzioni interpretative a casi più complessi. E non è detto che la categoria più problematica risulti la procreazione eterologa.

La l. 40 del 2004 nella stesura originaria si riferisce alla procreazione eterologa in tre disposizioni: per vietare «il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo» (art. 4, comma 3), per disciplinare alcuni aspetti della filiazione comunque avvenuta con le tecniche vietate (art. 9) e per sanzionare lo stesso divieto (art. 12, comma 1). La prima e l'ultima disposizione sono recentemente state dichiarate incostituzionali da Corte cost., 14 giugno 2014, n. 162<sup>3</sup>.

## 2. Procreazione eterologa: una varietà di ipotesi

La legge 40 del 2004, pur contemplando la procreazione eterologa e regolandone in una serie cospicua di norme le conseguenze, non fornisce alcuna norma definitoria<sup>4</sup>, lasciando quindi all'interprete il compito di ricostruirne la nozione.

L'ipotesi più ricorrente è l'impotenza (*generandi* o *coeundi* non rileva in questa sede) del *partner* maschile alla quale si sopperisce con il seme di un terzo "donatore" (non necessariamente animato da spirito di liberalità)<sup>5</sup> ed è quella presa verosimilmente come paradigma dal legislatore<sup>6</sup> definibile fe-

<sup>2</sup> Il termine «eterologa» in biologia si riferisce propriamente alla procreazione tra individui di specie diversa e non tra individui esterni a una coppia, coniugata o stabile che sia. Cfr. M. IACOMETTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'ordinamento spagnolo*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 55, nota 67; quest'ultimo, tuttavia, è l'uso invalso nel linguaggio comune ed anche nei testi legislativi.

<sup>3</sup> Cfr. i primi commenti di C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confronticostituzionali.eu](http://www.confronticostituzionali.eu) (17 giugno 2014); S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (16 giugno 2014); V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (13 giugno 2014); A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (14 giugno 2014).

<sup>4</sup> Diversamente da altre legislazioni che contengono un puntuale catalogo di definizioni stipulative dei termini utilizzati, come l'*Assisted Human Reproduction Act* canadese (art. 3); negli ordinamenti di *common law* la preoccupazione è piuttosto quella di mantenere immune da interpretazioni giudiziarie il formante legislativo, v. C. CASONATO, *Procreazione assistita e pluralismo: l'esempio dell'Assisted Human Reproduction Act canadese*, in ID., T.E. FROSINI, (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, cit., 28, nota 20.

<sup>5</sup> Cfr. C.B. COHEN, *Reproductive technologies* (voce), in S.G. POST, (ed. by), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 2004, I, 2283; anche se si dovrebbe parlare a rigore di dazione piuttosto che donazione, si continuerà qui a seguire l'uso invalso nella prassi, tranne ove la distinzione tra donazione vera e propria e cessione onerosa

*condazione eterologa in linea maschile*. Ma non vi sono motivi per escludere dal novero delle tecniche eterologhe il caso della donazione di ovociti<sup>7</sup> che saranno fecondati con seme del *partner* maschile per poi essere impiantati nel grembo della *partner* femminile (*fecondazione eterologa in linea femminile*).

Può anche darsi l'ipotesi che entrambi i gameti provengano da "donatori" esterni e che poi l'embrione venga impiantato nel grembo della madre<sup>8</sup> e secondo altri<sup>9</sup> vi rientrerebbe l'ipotesi che il gamete femminile provenga da due diverse donatrici, una che fornisce l'ovocita, l'altra il citoplasma. Si tratta dell'*Ooplasm transfer* o trasferimento dell'ooplasma<sup>10</sup>, una delle più recenti tecniche messe a punto per ovviare alla carenza di mitocondri<sup>11</sup>, dovuta all'invecchiamento dell'ovocita, e per prevenire le conseguenti disfunzioni embrionali o l'estinzione dell'ovocita già fecondato. La peculiarità di questa tecnica consiste in una sorta di "donazione dei mitocondri" o trasferimento del citoplasma da parte di una donatrice giovane nell'ovocita della futura gestante; così che l'apporto della donatrice di citoplasma si aggiunge senza sostituire il *partner* femminile. L'ovocita così "ricostruito" sarà fecondato *in vitro* con lo sperma del *partner* di quest'ultima e successivamente impiantato. La principale problematica sollevata da questa tecnica riguardava l'ammissibilità di questa donazione mitocondriale o citoplasmatica stante il divieto positivo di procreazione eterologa. A ben vedere quest'ultima ipotesi

---

rilevi in quelle legislazioni come quella inglese e canadese che non vietano fecondazione eterologa associata alla maternità surrogata purché non onerose. Nell'ordinamento italiano la donazione di gameti esterni alla coppia è di recente stata ammessa in seguito a Corte cost., 14 giugno 2014, n. 162 che ha dichiarato illegittimo il divieto contenuto lasciando immutato il divieto di commercializzazione di gameti di cui all'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004.

<sup>6</sup> La disposizione sul divieto di disconoscimento di *paternità* di cui all'art. 4, comma 3, legge 40 del 2004 sembra in effetti contemplare solo l'ipotesi della donazione di gamete maschile.

<sup>7</sup> V. P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014), specie nota 62.

<sup>8</sup> Quest'ultimo caso apparentemente non differisce nello schema dalla maternità surrogata ove una donna c.d. madre surrogata si limita a portare avanti una gravidanza ottenuta con materiale genetico dei committenti ai quali s'impegna poi a consegnare il neonato. La differenza è che nel primo caso la coppia o la donna da sola ha sin dall'inizio l'intenzione di tenere il bambino ed i "donatori" si limitano a mettere a disposizione i gameti impegnandosi a non rivendicare diritti, mentre nella maternità surrogata, la coppia o la donna sola si è impegnata a consegnarlo ai committenti. Il consenso e la volontà, si può sin d'ora anticipare, giocano un ruolo determinante nella soluzioni di controversie sullo stato dei figli nati con procreazione eterologa.

<sup>9</sup> L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 121, nota 30.

<sup>10</sup> L'ooplasma è il citoplasma o protoplasma dell'ovocita, cioè quella soluzione acquosa che contiene alcune membrane e i corpuscoli cellulari tra cui i mitocondri: cfr. C. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, cit., Glossario, 131.

<sup>11</sup> I mitocondri sono la componente cellulare che ha il compito di produrre energia con cui "alimentare" il processo vitale di ogni tipo di cellula. Richiedendo una gran quantità di energia, il processo di attivazione ovocitaria può arrestarsi, oppure condurre a disfunzioni embrionarie, qualora i mitocondri dell'ovocita (come accade normalmente nelle donne superati i quarant'anni o in altre a prescindere dall'età) siano in numero insufficiente (in media ogni ovocita contiene 100.000 mitocondri): cfr. A. BOMPIANI, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Milano, 2006, 145 ss.

rientra tra le tecniche omologhe e in ogni caso la questione ha oggi perso gran parte di rilevanza pratica<sup>12</sup>.

### 2.1. La donazione del seme maschile e l'itinerario giurisprudenziale ante legge 40.

La legge 40 sembra quindi privilegiare come più ricorrente, nella successiva disciplina, l'ipotesi della donazione maschile di seme, dettando infatti un'apposita regolamentazione dell'azione di disconoscimento della paternità che rappresenta il punto critico della fecondazione eterologa.

La donazione di gameti esterni alla coppia costituisce un'ulteriore dissociazione di aspetti della vicenda procreativa prima non scindibili<sup>13</sup>: la genitorialità genetica non coincide necessariamente con la genitorialità "sociale" e si pone quindi il problema di scegliere a quale rapporto dare rilevanza sul piano giuridico.

Un esame delle pronunce giudiziarie susseguitesesi in un arco quasi cinquantennale conferma come la procreazione eterologa *in linea maschile* sia in effetti l'ipotesi più ricorrente.

Sin dalla metà dello scorso secolo, la giurisprudenza è stata chiamata a dipanare la matassa sullo *status filiationis* scaturente da questa ipotesi, in assenza di una norma esplicita per la quale occorrerà attendere la legge 40 del 2004.

La questione era stata posta all'attenzione di dottrina e giurisprudenza già nel 1956 in un caso<sup>14</sup> in cui un marito, dopo aver dato il proprio assenso all'inseminazione eterologa della moglie, aveva chiesto il disconoscimento della paternità. I giudici di Roma ritennero ammissibile l'azione, seguendo un *iter* argomentativo condivisibile in parte nelle premesse, ma contraddittorio nella decisione adottata. In estrema sintesi:

- a) evidenziarono come la normativa allora vigente, basata sul presupposto che la filiazione non fosse scindibile dall'unione sessuale tra i coniugi, non avesse minimamente preso in considerazione le possibilità offerte dalla PMA e che, stabilita l'inapplicabilità della disciplina codicistica, bisognava quindi ricorrere ai principi in materia di filiazione (sin qui l'assunto non si presta a critiche, in quanto il giudice ammette un criterio interpretativo della volontà del legislatore storico di tipo "statico"<sup>15</sup>);

<sup>12</sup> In ragione del venir meno del divieto di fecondazione eterologa, cfr. *supra* nota 3; sotto altro aspetto risultano documentate appena una trentina di nascite in seguito a *Ooplasm transfer* (cfr. A. BOMPIANI, *op. cit.*, 148); inoltre la tecnica in esame è sospesa dal 2001 a scopo precauzionale negli Stati Uniti, mentre se ne discute l'introduzione nel Regno Unito al fine di consentire la procreazione a donne affette da malattie mitocondriali, v. in senso critico S. TONUTTI, *I figli OGM*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>13</sup> L'avvento delle tecnologie riproduttive ha consentito di sciogliere l'endiadi sessualità-riproduzione anche nel senso diverso da quello conseguente alla diffusione dei contraccettivi: non solo una «sessualità senza procreazione» ma anche una «riproduzione senza sessualità» cfr. P. ZATTI, «*Natura*» e «*cultura*» nella procreazione artificiale, in G. FERRANDO, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 177.

<sup>14</sup> Trib. Roma 30 aprile 1956 in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, I, 2, 218, con nota di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*.

<sup>15</sup> Il Tribunale avrebbe potuto tentare di ricostruire la volontà *presunta* del legislatore storico utilizzando un criterio che possiamo definire "dinamico" o "evolutivo", con un ragionamento ipotetico del tipo: *come avrebbe disciplinato la detta fattispecie se fosse stato a conoscenza di tale possibilità?* Un criterio per certi aspetti simile è dettato dall'art. 1 del Codice civile svizzero. Il Tribunale mostra invece di optare per un'interpretazione

b) ritengono vigente il principio del fondamento biologico e della tutela della famiglia legittima a nulla valendo l'eventuale consenso dei coniugi stante l'indisponibilità degli *status* familiari, dal ché l'ammissibilità del disconoscimento.

L'argomento *sub b)* appare fallace: il c.d. *favor legitimitatis* che ammantava la disciplina codicistica tendeva a ricondurre alla filiazione legittima, utilizzando a tale scopo condizioni di ammissibilità molto stringenti alle azioni di stato volte a contestarla, ipotesi che difficilmente apparivano tali<sup>16</sup>. Questa posizione di favore si spiegava per il tentativo di recuperare la disparità di trattamento normativo, allora marcato, tra figli legittimi e naturali; tuttavia, piuttosto che attenuare le differenze tra legittimi e naturali, il legislatore codicistico preferiva rendere difficilmente attaccabile lo *status* di figlio legittimo, anche in circostanze in cui questo era poco più che apparente. Si può quindi fortemente dubitare della configurazione in questi termini di un principio del fondamento biologico della filiazione, dovendosi più realisticamente parlare di una *tutela ad oltranza* della filiazione legittima, in omaggio alla considerazione della famiglia come istituzione da difendere anche contro le "verità scomode" che potevano minarne le fondamenta.

Anche la giurisprudenza di altri paesi si è posta sulla medesima scia interpretativa, avanzando analoghe argomentazioni. Così in Francia, dove il *Tribunal de Grande Instance* di Nizza del 19 marzo 1991 ha ritenuto ammissibile e fondato il disconoscimento del padre affetto da sterilità, senza che al previo consenso prestato all'inseminazione sia stata riconosciuta rilevanza giuridica: «il faut retenir que la volonté du mari ne joue aucun rôle positif dans l'établissement de la filiation»<sup>17</sup>.

In una posizione intermedia si colloca la giurisprudenza tedesca che, in una decisione del 1983, pur precisando che il consenso del marito non vale a negare il successivo disconoscimento, afferma che tale principio va coordinato con la buona fede per evitare che il diritto al riconoscimento si traduca in un "abuso del diritto". La corte non si pronuncia sulla persistenza di eventuali obblighi risarcitori o di mantenimento a carico del marito "pentito". Il ruolo della buona fede e della correttezza emergono in un successivo orientamento delle corti di merito, in cui il disconoscimento viene astrattamente ammesso, ma ritenuto infondato nell'ipotesi in cui il consenso sia "informato" e quindi qualificato, il che fa venire in rilievo l'interesse del minore e la responsabilità del marito. La Corte suprema tedesca

---

"statica" e "conservatrice" della volontà del legislatore. Per le nozioni di volontà "reale" e "presunta" in relazione all'interpretazione nella storia del giuspositivismo, v. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino, 1996, 82.

<sup>16</sup> Si consideri il caso kafkiano del "mulatto pisano". Una donna coniugata aveva dato alla luce un neonato mulatto, quando entrambi i coniugi erano di razza bianca. Il marito propose azione di disconoscimento, ma l'art. 235 c.c., nel suo vecchio testo, richiedeva il celamento della gravidanza e della nascita: non ricorrendo nessuna delle altre ipotesi, il tribunale negò l'ammissibilità dell'azione, v. G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 379. Va precisato che l'esclusione della discendenza biologica del nato dal marito non può dirsi certa in assoluto: la letteratura scientifica riporta rari casi di nati mulatti e addirittura di pelle nera da genitori entrambi bianchi. La questione sollevata dal caso riguarda tuttavia l'eccessivo rigore con cui il Tribunale ha interpretato le condizioni di ammissibilità dell'art. 235 vecchio testo, *id est* la preclusione a una diversa prova della discendenza e non tanto la verità biologica in sé.

<sup>17</sup> Tale decisione è stata in seguito mutata dalla Corte d'appello sulla base dell'ingiustificata irrevocabilità del consenso prestato dal marito e della considerazione della paternità eterologa, fondata non sulla biologia, ma di origine sociale: *ibidem*, 374.

ha optato da ultimo (*BGH* 3 maggio 1995) per un regime intermedio che, in caso di fecondazione eterologa, riconosce la responsabilità del padre per il mantenimento del figlio<sup>18</sup>.

Diversamente che oltralpe, la giurisprudenza italiana di merito mantiene inalterata, anche quarant'anni dopo, la tesi dell'ammissibilità del disconoscimento affermata nel 1956, integrandone però le argomentazioni. Il Tribunale di Cremona<sup>19</sup>, diversamente dall'omologo capitolino, non ritiene di trovarsi di fronte a una lacuna da colmare con il ricorso all'analogia *iuris*, perché le norme codicistiche non potevano contemplare l'ipotesi della procreazione eterologa; al contrario ritiene il caso prospettatogli (un marito consenziente alla fecondazione eterologa della moglie che propone disconoscimento perché affetto da impotenza di generare) rientrante nella fattispecie dell'art. 235, n. 2 cod. civ., a nulla valendo il consenso precedentemente espresso. Della vicenda viene in seguito investito anche il giudice d'appello<sup>20</sup> che conferma la sentenza impugnata correggendone la motivazione: la Corte, discostandosi dal giudice di *prime cure*, nega l'applicabilità diretta dell'art. 235, il cui presupposto nelle tre diverse ipotesi è sempre individuato in un rapporto adulterino, da intendersi esclusivamente come unione carnale con uomo diverso dal marito e non come semplice violazione di obbligo coniugale. Così ricostruita la *ratio* dell'art. 235, quest'ultimo non è applicabile neppure in via analogica all'inseminazione di donatore esterno, legittimando piuttosto un'analogia *iuris*. Il principio generale ritenuto applicabile è il *favor veritatis* e quindi il criterio della corrispondenza biologica. La Corte ritiene viceversa le ipotesi codicistiche che derogano al *favor veritatis* – come la disciplina del secondo riconoscimento (art. 250, comma 2) e che non consentono l'accertamento biologico anteponendo l'interesse del minore – norme eccezionali, non suscettibili di derogare al principio della verità biologica nel caso di specie, ritenuto piuttosto «un'eccezione non prevista»<sup>21</sup>.

Prima che il “caso Cremona” approdi in Cassazione, però, il Tribunale di Napoli solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 considerando, analogamente ai giudici di Cremona, la disposizione rilevante perché direttamente applicabile, e ne chiede l'annullamento nella parte in cui non prevede la preclusione al marito dell'azione di stato dopo aver prestato consenso all'eterologa. La Corte costituzionale, a sua volta, ritiene la questione inammissibile per irrilevanza della disposizione impugnata, non condividendo l'assunto del giudice rimettente circa la diretta applicabilità all'ipotesi di fecondazione eterologa dell'art. 235 cod. civ. Con decisione interpretativa di rigetto<sup>22</sup>, la Corte afferma che l'impugnata disposizione riguarda esclusivamente la generazione che segua a un rapporto adulterino e impegna il giudice a ricercare una soluzione che «contemperi i diritti del nato nei confronti di chi si sia deliberatamente impegnato ad accoglierlo assumendosene la relativa responsabi-

<sup>18</sup> L'impugnazione della paternità è ora esclusa qualora l'inseminazione eterologa sia avvenuta con il consenso di entrambi i coniugi in base all'art 1600, comma 4, *BGB* introdotto dalla legge 28 aprile 2004, n. 598.

<sup>19</sup> Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, 995, con nota di G. FERRANDO, *Il caso «Cremona»: autonomia e responsabilità nella procreazione*.

<sup>20</sup> App. Brescia, 14 giugno 1995, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 1997, 738, con nota di G. FERRANDO, *Il disconoscimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*.

<sup>21</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità per la procreazione nel disconoscimento del figlio nato da fecondazione eterologa*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, vol. II, Milano, 2002, 920.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 53.

tà», individuando «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionalmente coinvolti nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>23</sup>.

Le indicazioni interpretative della Corte costituzionale, in quanto tali non vincolanti ma sicuramente dotate di forza “persuasiva”, riecheggiano la soluzione di compromesso accolta dalla Suprema Corte federale tedesca (BGH 3 maggio 1995) che ammette il disconoscimento in capo al marito ma, sulla base del consenso prestato, lo obbliga al mantenimento in applicazione del canone di buona fede e sembrano richiamare il giudice italiano, pur lasciando un margine di manovra interpretativa, verso analogo soluzione o quantomeno a compiere anch’esso un contemperamento degli interessi con il limite del principio-guida di dignità<sup>24</sup>.

La Corte di cassazione<sup>25</sup>, chiamata a statuire definitivamente sul “caso Cremona”, con la sentenza 16 marzo 1999, n. 2315 accetta l’impostazione che esclude l’applicazione dell’art. 235, tanto in via diretta quanto in via analogica, e accoglie l’invito a compiere un bilanciamento dei principi in gioco individuandone invero un novero alquanto largo<sup>26</sup>: divieto di *venire contra factum proprium*; dovere di lealtà nei rapporti inter-soggettivi; tutela non assoluta del bene verità; tutela della dignità e degli interessi del figlio.

Tralasciando per ora i dubbi e l’eccessiva generalità dei primi<sup>27</sup>, gli ultimi due appaiono più convincenti. Il *favor veritatis*, nonostante il maggior ruolo tributatogli dalla riforma del 1975 che ha ridimensionato la portata del *favor legitimitatis*, non è incondizionatamente tutelato nel nostro ordinamento, ossia «ha una priorità non assoluta ma relativa»: lo stesso art. 235 cod. civ. ne è dimostrazione, prevedendo una legittimazione attiva esclusivamente in capo al padre, alla madre e ai figli<sup>28</sup>, non a chiunque ne abbia interesse. Ma, a ben vedere, nella stessa direzione si possono riscontrare anche altre indicazioni positive, come la disciplina del secondo riconoscimento prevista dall’art. 250 cod. civ., che prevede – nell’ipotesi di opposizione del primo genitore – che il riconoscimento sia negato

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Nel senso che il principio di dignità è elevato al rango di super principio nella Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina di Oviedo v. F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l’ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, I, 2003, 266.

<sup>25</sup> Corte di cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315 in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 523, con nota di E. PALMERINI.

<sup>26</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità*, cit., 923.

<sup>27</sup> Per i quali cfr. EAD., *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1999, II, 223.

<sup>28</sup> L’art. 235 vecchio testo prevedeva la legittimazione del solo padre, al quale poi la riforma del 1975 ha aggiunto la madre e il figlio, valorizzando sì il *favor veritatis* ma non in senso assoluto: all’eventuale diverso padre biologico che volesse superare la presunzione di legittimità è preclusa non solo l’azione di disconoscimento, ma anche l’azione di contestazione della legittimità ex art. 248 cod. civ. (essendo quest’ultima diretta alla sola contestazione dell’atto di nascita). Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005, 370, nota 9. La legge n. 184 del 1983 (Nuova disciplina dell’adozione) ha aggiunto ai legittimati all’azione di disconoscimento un curatore speciale nominato dal figlio sedicenne o, se infrasedicenne, dal Pubblico ministero. Al padre biologico dell’infrasedicenne non resta che la possibilità, fornendo spunti per le «sommarie informazioni» di cui all’art. 244, comma 4, di sollecitare l’azione del Pubblico ministero, che tuttavia compirà un’autonoma valutazione della situazione.

dal giudice se risulta nell'interesse del figlio<sup>29</sup> (comma 4) ovvero dalla norma sulla legittimazione per susseguente matrimonio.

## 2.2. I principi scaturenti dalla giurisprudenza

La preferenza accordata dalle precedenti pronunce di merito, che ammettevano il disconoscimento, ad una lettura più o meno rigida del *favor veritatis* e della corrispondenza con l'ordine biologico può trovare una diversa chiave di lettura: l'enucleazione tra i principi generali del solo principio della corrispondenza con l'ordine biologico, confinando nell'eccezionalità le ipotesi in cui tale principio cede di fronte al principio di tutela dell'interesse del figlio, postula l'opzione metainterpretativa per l'argomento naturalistico (qui come meta-argomento interpretativo)<sup>30</sup>, in senso negativo, per escludere un'interpretazione risultato dell'analogia *iuris* altrimenti difforme dal (presunto) ordine naturale della procreazione.

Viceversa le più recenti pronunce della Corte di cassazione segnano un superamento del criterio naturalistico, a favore della considerazione e della tutela di ulteriori interessi e principi che concorrono con il principio di verità, in particolare il principio di responsabilità<sup>31</sup> della filiazione.

La soluzione ammessa in giurisprudenza consente di affermare l'interesse del nato e il principio di responsabilità nella procreazione, senza necessariamente sacrificare il *favor veritatis* a favore di finzioni (seppur ispirate al nobile intento di assicurare la maggiore tutela dello stato di figlio legittimo) che popolavano la disciplina della filiazione *ante* riforma, ma che oggi non hanno più ragion d'essere per la sostanziale parificazione tra figli legittimi e naturali.

D'altro canto, ripercorrendo l'*iter* giurisprudenziale sopra delineato sull'ammissibilità dell'azione di disconoscimento, si deve concordare che dalla decisione del Tribunale di Roma del (lontano) 1956 al *revirement* (se così può definirsi) della Cassazione del 1999 è passata molta acqua dal "mulino" del diritto di famiglia e della filiazione: dall'introduzione del divorzio, dell'adozione speciale, passando per lo spartiacque della riforma del 1975, alla legge sui consultori familiari e sull'aborto si è progressivamente e irreversibilmente attuato il, da tanti evidenziato, processo di "costituzionalizzazione del diritto privato"<sup>32</sup>.

Tali innovazioni legislative hanno modificato la fisionomia del microcosmo del diritto di famiglia su cui sono intervenuti, ridisegnando una tutela dei rapporti familiari che guarda non più a garantire la

<sup>29</sup> Ho tratto quest'osservazione da R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, II, 1999, 1196.

<sup>30</sup> L'argomento naturalistico non è utilizzato esclusivamente per giustificare un determinato enunciato interpretativo, ma viene spesso posto a sua volta in aggiunta o come giustificazione (ossia come meta-argomento interpretativo) di un ulteriore argomento (e.g. *l'analogia iuris*): si pone cioè il problema delle «relazioni reciproche fra gli argomenti» che si incastrano in «una sorta di puzzle, le cui tessere sono ritagliate almeno in parte dallo stesso teorico». Cfr. M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione in Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2006, 1, par. 1.3.

<sup>31</sup> Cfr., sin dal titolo, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., spec. 133 ss.

<sup>32</sup> Sono scomparsi (quasi) del tutto i figli non riconoscibili nati da rapporto incestuoso in mala fede, essendo loro riconosciuta la possibilità di agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494). Persiste tuttavia il divieto di riconoscimento: cfr., in senso critico, C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 393-394.



famiglia come istituzione, «portatrice di un interesse generale<sup>33</sup> che sovrasta e prevale sugli interessi dei singoli»<sup>34</sup>. L'attenzione è ora rivolta, in un cambio di prospettiva, alla tutela degli interessi dei singoli che trovano esplicazione della propria personalità e dignità all'interno della famiglia.

Il salto gestaltico conseguente alla riforma consente di riconoscere nella mutata prospettiva maggiori spazi all'autonomia privata<sup>35</sup> nel diritto di famiglia, che si atteggia in maniera diversa rispetto agli angusti luoghi riservati ai negozi familiari nel codice del 1942.

La vicenda dell'inseminazione eterologa ha consentito di metter in luce – direi di mettere meglio a fuoco – i principi generali emergenti nella procreazione, ovvero autonomia e responsabilità.

È bene sgombrare il campo sin d'ora da possibili equivoci. La valenza dei suddetti principi non va letta in senso assoluto, né vanno considerati separatamente l'uno dall'altro.

Intanto va riconosciuta una superiorità assiologica del principio di responsabilità, senza il quale l'autonomia non potrebbe nemmeno definirsi, scadendo nell'arbitrio.

Lo stesso *favor veritatis* non sottende il perseguimento della verità come valore in sé, ma è finalizzato all'applicazione dello stesso principio di responsabilità, per cui chi ha dato causa, nell'esercizio della sua autonomia, alla nascita di un figlio se ne deve anche assumere tutti gli obblighi conseguenti.

### 2.3. Le diverse soluzioni proposte a fronte dell'ammissibilità del disconoscimento

La preoccupazione di tenere in debito conto gli interessi del nato anche in caso di ammissibilità del disconoscimento ha indotto parte della dottrina a cercare di fondare una responsabilità civile in capo al marito che avesse chiesto e ottenuto il disconoscimento, pur avendo prestato consenso.

Alcune brevi osservazioni merita la tesi che ravvisa una responsabilità extracontrattuale, con l'obbligo del mantenimento del risarcimento, per la lesione della legittima aspettativa del figlio e della madre. Questa avrebbe fondamento nel c.d. divieto di *venire contra factum proprium*; il divieto è stato ritenuto non idoneo a valere nel diritto sostanziale (sarebbe confinato nella nullità degli atti processuali) e ad esprimere un principio generale. Senza entrare nel merito di tali appunti, si può affermare come il principio da invocare potrebbe essere il divieto di trarre vantaggi da propri comportamenti illeciti; il principio in parola trova riferimenti positivi nell'art. 463, n. 1 cod. civ., che prevede come causa di indegnità a succedere l'omicidio del dante causa, o ancora l'art. 2126, comma 1, che esclude l'efficacia di fatto di contratti di lavoro nulli qualora siano illeciti la causa o l'oggetto, il che darebbe giustificazione alla negazione dell'azione di disconoscimento al terzo in caso di adulterio. Ma andrebbe dimostrata l'illiceità della revoca del consenso.

Un'altra tesi<sup>36</sup> ravvisa la causa dell'obbligo di mantenimento nell'art. 279 cod. civ., che tuttavia si riferisce alle ipotesi di riconoscimento impossibile per divieto legale, ed anche estendendone la portata

<sup>33</sup> Argomentando dall'art. 29 Cost. nella parte in cui si riferisce ai «diritti della famiglia», si è a lungo dibattuto sulla soggettività giuridica della famiglia distinta dai suoi membri. La tematica era già stata affrontata *ante* Costituzione da Antonio Cicu: si veda M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia italiano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, 419.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 387.

<sup>35</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2002, 53 ss. per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia a partire dalla codificazione.

al caso di mancato riconoscimento si può obiettare che le fattispecie sono diverse: nel caso del mancato riconoscimento, la responsabilità di cui all'art. 279 si configura come alternativa all'azione di reclamo di stato; nel caso della fecondazione eterologa, invece, un riconoscimento non sarebbe neanche in astratto configurabile. Anche in questo caso la componente di responsabilità che connota la filiazione, espressa dal consenso del marito, potrebbe fondare una siffatta responsabilità.

### 3. Una (possibile) diversa ricostruzione della filiazione da procreazione eterologa

Oltre alle pronunce giurisprudenziali sopra richiamate, si può prendere in considerazione una decisione<sup>37</sup> di poco successiva al *leading case* della Cassazione del 1999, in cui il giudice avanza una linea interpretativa diversa dalle indicazioni proposte dalla Corte costituzionale e dall'orientamento della Suprema Corte. Il giudice decide per l'inammissibilità del disconoscimento, ma secondo un'interpretazione che si scosta dai precedenti delle corti superiori. Viene ritenuto applicabile l'art. 235 cod. civ., argomentando l'estensione alla fecondazione eterologa sulla base:

- a) del presupposto dell'azione di disconoscimento, individuato non nell'adulterio (inteso come congiunzione sessuale), bensì nella "non paternità";
- b) della (ri)definizione del concetto di paternità in senso evolutivo rispetto all'originaria concezione accolta dal legislatore codicistico. A venire in rilievo nella definizione della paternità non è esclusivamente il dato genetico, ma anche la responsabilità assunta dal marito consenziente.

Questa diversa impostazione, analoga nel risultato pratico di negare il disconoscimento, consente – nelle intenzioni (nemmeno tanto velate) del Tribunale di Napoli – di risolvere in radice la possibile obiezione dell'indisponibilità delle azioni di *status* in modo più convincente rispetto alla tesi della Cassazione: se la responsabilità concorre a definire lo *status* di figlio legittimo, il consenso non vale a disporre di uno *status* già consolidato, ma concorre a costituirlo *ab origine*.

Viene inoltre data una più congrua spiegazione alla ragione per la quale l'adulterio figura come terza ipotesi di ammissibilità del disconoscimento. Se l'adulterio fosse il (solo) presupposto dell'azione non si spiegherebbe la ragione per cui viene indicato separatamente come ipotesi di ammissibilità (art. 235, n. 3), essendo invece lasciate fuori dalla fattispecie del disconoscimento ipotesi diverse dall'adulterio, ma in cui non è rinvenibile alcun collegamento di responsabilità con il marito (si pensi alla violenza sessuale subita dalla moglie).

Contro questa ipotesi di ricostruzione è stato obiettato, tra l'altro, che ove si ammettesse un senso più ampio della nozione giuridica di paternità, per cui presupposto dell'azione di disconoscimento sarebbe, come testualmente recita la sentenza, «l'assenza di qualsiasi partecipazione del padre al fatto che ha dato origine alla generazione», si arriverebbe «all'affermazione di un principio troppo genera-

<sup>36</sup> M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 147.

<sup>37</sup> Trib. Napoli, 24 giugno 1999, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 296 con nota di M. DOGLIOTTI.

le di cui non si è in grado di governare tutte le implicazioni»<sup>38</sup>, al punto di negare l'azione anche nell'ipotesi del consenso del marito a rapporti sessuali della moglie con un terzo.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, avanzando tale riserva viene sminuita la portata dello stesso principio di responsabilità. Per restare all'ipotesi del rapporto sessuale con un terzo, intanto verrebbe in rilievo l'adulterio, come ipotesi a sé, a legittimare l'azione.

Il principio di responsabilità non ha carattere assoluto, dovendo tener conto anche del concomitante principio del *favor veritatis*.

Ma soprattutto va considerato preminentemente che il principio di responsabilità non opera in una sola direzione, non pone di fronte alle proprie responsabilità il solo marito consenziente; come principio che interessa la filiazione nel suo complesso esso esplica efficacia anche nei confronti del terzo il quale potrà essere chiamato a rispondere delle sue azioni. Quest'ultimo non può, nell'ipotesi dei rapporti consenzienti, essere definito (neppure stipulativamente) "donatore", nel senso che si limita a donare i propri gameti. Nel caso del marito sterile, consenziente ad un rapporto sessuale della propria moglie con un terzo, l'apporto di quest'ultimo – non limitato alla messa a disposizione del proprio seme, ma esteso all'unione sessuale – ne fa assumere la paternità, cosicché diverrebbe ammissibile il disconoscimento da parte del marito.

L'impostazione dell'applicabilità dell'art. 235 cod. civ. alla procreazione eterologa ha l'ulteriore pregio di superare una carenza, non messa adeguatamente in luce, dell'orientamento della Cassazione del 1999: se, come affermato dalla corte di legittimità, l'eterologa esula dal campo di applicazione dell'art. 235, la conseguenza dev'essere quella di negare l'azione di disconoscimento, stante la tassatività delle azioni di stato; diversamente si darebbe ingresso ad una diversa azione di stato per via dell'*analogia iuris*.

L'alternativa è quindi tra riconoscere la diretta applicabilità dell'azione di disconoscimento o ritenere la non diretta applicabilità incostituzionale: percorre una terza via è precluso dalla tassatività delle azioni di stato.

#### 4. La procreazione eterologa nella legge 40. Le conseguenze della violazione del divieto di procreazione eterologa

La posizione della disciplina italiana sulla procreazione eterologa era sino al luglio scorso di una totale preclusione, stante l'esplicito e lapidario divieto posto dall'art. 4, comma 3: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo». L'opzione italiana del divieto assoluto era unica nel panorama europeo<sup>39</sup> e rappresentava un ostacolo insormontabile nei casi di ste-

<sup>38</sup> G. FERRANDO, *Verità biologica e responsabilità*, cit., 927; tuttavia l'Autrice sembra, se ho ben capito, avvicinare in chiusura del saggio la propria posizione alla tesi criticata (cfr. *ivi*, 933).

<sup>39</sup> Un'analogia posizione di netto rifiuto negli ordinamenti della *western legal tradition* si rinviene solo in Giappone, Turchia e Arabia Saudita: cfr. C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in Id., E. CAMASSA (a cura di), *La procreazione assistita: ombre e luci*, Trento, 2005. Si tratta della disposizione che più di tutte alimenta il "turismo procreativo" verso vicini paesi con legislazioni meno rigide: si tratta di un aspetto del più ampio fenomeno della "competizione" degli ordinamenti giuridici richiamato in S. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e diritti soggettivi: considerazioni a margine della teoria di Luigi Ferrajoli*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2002, 186.

rilità assoluta di uno o entrambi i componenti della coppia. La *ratio* della disposizione sembra rinvenirsi nella preferenza accordata alla derivazione biologica della filiazione e ha un precedente nella circolare “Degan” (dal nome del ministro della Sanità) del 1985, che ne vietava l’impiego nelle strutture sanitarie pubbliche.

In un’ottica di salutare pragmatismo, la legge 40, fissato il divieto, si preoccupava di stabilire le conseguenze della violazione specie in materia di rapporti di filiazione<sup>40</sup>.

Accogliendo i risultati del precedente percorso giurisprudenziale in materia di azione di disconoscimento<sup>41</sup>, l’art. 9 della legge 40 preclude al *partner* (maschile deve ritenersi) che abbia prestato consenso in qualsiasi forma (ricavabile anche da fatti concludenti) alla procreazione eterologa, l’azione di disconoscimento nei casi di cui ai nn. 1 e 2 dell’art. 235 cod. civ. e l’impugnazione del riconoscimento di cui all’art. 263 cod. civ.

La Corte costituzionale, nel giudicare illegittimo il divieto di procreazione eterologa, ha ritenuto che l’art. 9 valga comunque a disciplinare lo stato del figlio nato a seguito della tecnica ora legittima, senza necessità di ulteriori interventi del legislatore.

Il legislatore, anche nella vigenza del divieto di eterologa, ha inteso in ogni caso tutelare la posizione del figlio nato, ponendosi sulla scia di un orientamento tracciato a partire dalla riforma del 1975 che ha drasticamente ridimensionato le ipotesi di figli senza stato: non solo è caduto il divieto di riconoscimento dei figli adulterini ma, in seguito ad un intervento della Corte costituzionale, non è più precluso nemmeno ai figli incestuosi di mala fede l’accertamento giudiziale di paternità e maternità<sup>42</sup>. Il criterio guida che si antepone tanto al *favor veritatis* quanto al *favor legitimitatis* è la tutela dell’interesse del minore (affermato anche in altre disposizioni<sup>43</sup>), che assume rango e rilevanza di clausola generale<sup>44</sup>.

Il legislatore, intervenendo con una disciplina frammentaria, non fuga però taluni fondati dubbi interpretativi.

<sup>40</sup> Si tratta di una fondata preoccupazione coerente con l’assenza di sanzioni, all’interno di una legge che dedica a sanzioni pecuniarie e penali l’intero capo V, nei confronti dell’uomo o della donna a cui sono applicate tecniche di procreazione eterologa (art. 12, comma 8). La *ratio* va individuata, oltre che nella tutela degli interessi del nato, nella consapevolezza da parte del legislatore del fenomeno del “turismo procreativo” e nella volontà di tutelare ad ogni modo le ragioni dei nati da eterologa “in trasferta”. Si è efficacemente parlato al riguardo di «fragile rigidità» dei divieti posti dalla legge 40: cfr. S. PENASA, *La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 18, 2010, 17-25.

<sup>41</sup> Cfr. *supra* par. precedente.

<sup>42</sup> Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494 ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 278 cod. civ. nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi (art. 251, comma 1) è vietato (mala fede dei genitori). La soluzione è ora accolta dal legislatore nel testo dell’attuale art. 278, come sostituito dal D.Lgs. n. 154 del 2013.

<sup>43</sup> L’interesse del minore è contemplato dalla disciplina codicistica nelle ipotesi di: inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima (art. 252, comma 2), secondo riconoscimento (art. 250, comma 4), autorizzazione giudiziale al riconoscimento di figli incestuosi di buona fede (art. 251, comma 2), ammissione dell’infrasedicenne alla dichiarazione giudiziale di paternità (art. 274, poi dichiarato incostituzionale da Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50), poteri di nomina del curatore speciale del minore per l’azione di disconoscimento (art. 244, comma 2, secondo l’interpretazione di Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429). V. *supra*, § 6.3.

<sup>44</sup> La conclusione condivisibile è di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 172.

Infatti, argomentando *a contrario* le disposizioni di cui all'art. 9, potrebbe residuare in capo agli altri soggetti di regola legittimati (madre e figlio<sup>45</sup>, ex art. 244 cod. civ.) la proposizione dell'azione di disconoscimento. Questa interpretazione non può ritenersi esclusa dal comma 3 dello stesso art. 9 della legge 40 il quale – se ha fugato, a scampo di (altri) equivoci, dubbi circa rapporti giuridici tra donatore e nato – non esclude a rigore un'azione di contestazione dello stato a iniziativa dello stesso nato<sup>46</sup> o della madre. La ragione è presto detta: la norma non precisa lo stato del nato da procreazione eterologa, ma si limita a precludere al *partner* maschile il disconoscimento e a negare qualsiasi rapporto giuridico tra nato e donatore di seme. Bisogna quindi stabilire se l'art. 8 che regola lo stato dei nati da PMA valga solo nelle ipotesi di procreazione omologa consentita oppure anche nel caso di eterologa (nel quale potrebbe mancare il consenso informato richiamato dallo stesso art. 8). Quest'ultima ipotesi appare preferibile, se si condividono i principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sopra riportata (cfr. § 6.3.1), che affermano una tutela non assoluta del *favor veritatis* specularmente alla tutela della dignità e degli interessi del figlio<sup>47</sup>.

Sembra ragionevole che anche nelle ipotesi di eterologa, quindi, i nati da coppie coniugate acquistino lo stato di legittimi e ai nati da coppie conviventi spetti (se in seguito a riconoscimento oppure *ex lege*, non è chiaro)<sup>48</sup> quello di figli naturali. Resta da stabilire se l'art. 8 nel riferirsi allo «stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia» ponga direttamente una norma (speciale è da ritenere) oppure se contenga un rinvio alle norme codicistiche sulla filiazione legittima e naturale e quindi sia una norma secondaria<sup>49</sup> o meta-norma. Maggiori problemi può comportare il caso del figlio di coppia convivente nato da eterologa qualora non vi sia riconoscimento (e non si ritenga che lo *status* di figlio naturale consegua eccezionalmente *ex lege*): il nato avrà diritto all'accertamento giudiziale, tuttavia a dover essere provata non sarà certamente la derivazione biologica<sup>50</sup> (mancante per definizione), ma il consenso del padre sociale che vale a fondare lo *status*.

<sup>45</sup> Esclude la legittimazione della moglie argomentando dall'art. 9, comma 2, legge 40 M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, 2004, 7; l'Autore ritiene ad ogni modo essere risolutivo nel senso dell'esclusione lo stesso art. 235, ultimo comma, che estende l'azione a madre e figlio in «*tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre*», pertanto il divieto al padre consenziente si estenderebbe anch'esso a madre e figlio. L'esclusione della madre potrebbe desumersi dallo stesso art. 9, comma 1, legge 40 che si riferisce indistintamente a coniuge o convivente, senza precisare se maschile o femminile.

<sup>46</sup> La disciplina tedesca riconosce in questi casi al nato da eterologa il diritto di impugnazione della paternità a cui consegue, in caso di successo, il riconoscimento da parte del donatore o l'accertamento giudiziale nei suoi confronti: cfr. R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T.E. FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 19.

<sup>47</sup> Corte costituzionale, 26 settembre 1998, n. 347, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 53 e Corte di cassazione, 16 marzo 1999, n. 2315, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, I, 1999, 523 con nota di E. PALMERINI; cfr. *supra*, par. precedente.

<sup>48</sup> Cfr. V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, IV, 4355.

<sup>49</sup> Cfr. *supra*, par. 5.2 nota 74; nell'art. 8 riecheggia la medesima ambiguità che contraddistingue tutti gli enunciati in forma deontica che possono essere interpretati tanto in forma prescrittiva per imporre direttamente un comando, tanto in forma descrittiva per affermare l'esistenza di un tale comando; cfr. F. POGGI, *'Obbligatorio' implica 'permesso'*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001, 195.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 4356.

## 5. Le questioni (irrisolte) della donazione di ovuli...

La legge 40 non è stata altrettanto munifica di disposizioni nei riguardi della procreazione eterologa consistente nella donazione di ovociti da fecondare con seme del partner maschile qui chiamata *procreazione eterologa in linea femminile*. Non è avventato affermare che la maternità «è la grande assente della legge»<sup>51</sup>. Nella legge la relazione di maternità è citata solo per punirne le realizzazione, l'organizzazione e la pubblicità della surrogazione (art. 12, comma 6) e per vietare alla “madre” del nato da procreazione assistita la facoltà di non essere nominata (art. 9, comma 2).

È opportuno innanzitutto distinguere le ipotesi di procreazione eterologa in senso stretto dalla maternità surrogata<sup>52</sup>.

Nel caso della fecondazione *eterologa in linea femminile*, la donna che intende partorire porta in grembo l'ovulo di una donatrice fecondato<sup>53</sup> con seme del proprio *partner*. A differenza che nella eterologa con donazione di seme maschile, la legge 40 non detta alcuna disciplina da cui possa ricavarsi l'attribuzione dello *status* di maternità, per cui – oggi come in passato<sup>54</sup> – si può ritenere applicabile l'art. 269 cod. civ., secondo cui è madre colei che partorisce. Tale conclusione risulta rafforzata dal divieto della facoltà di non essere nominata, che ha la funzione di deterrente di simulazioni di fecondazioni eterologhe (attuate dichiarando falsamente la convivenza, per poi consentire il secondo riconoscimento dalla reale *partner* del padre) e di surrogazioni di maternità.

Per la donazione di ovociti, più correttamente inquadrata nel novero della fecondazione *eterologa*<sup>55</sup>, trova applicazione senza difficoltà l'art. 9, comma 3, che esclude qualsiasi rapporto giuridico tra donatore «di gameti» (senza distinguere tra maschili o femminili) e nato, nonché l'art. 12, comma 8, che stabilisce l'esclusione dalla punibilità dell'uomo e della donna che accedono alla tecnica vietata.

### 5.1. ....e la maternità surrogata

Il sintagma «maternità surrogata» comprende nel suo campo semantico almeno due diverse ipotesi:

- a) *c.d. madre portante*: è il caso di una donna che porta a termine una gravidanza ottenuta con gameti a lei estranei, in genere appartenenti ai componenti della coppia committente (in ipotesi di incapacità della donna a portare avanti una gravidanza o di infertilità) o a uno solo di essi o ancora a estranei, con l'impegno di consegnare il nato ai committenti;
- b) *surrogazione in senso stretto*: la “madre surrogata” porta avanti una gravidanza ottenuta con l'apporto di propri ovociti e di seme in genere del *partner* della coppia committente o di un donatore.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 4356: se l'assenza poteva avere giustificazione nello stato dell'arte delle tecniche riproduttive coevo al codice del 1942, per cui *mater semper certa erat*, la “lacuna” del legislatore del 2004, anche alla luce della lunga gestazione della legge, è difficilmente spiegabile.

<sup>52</sup> Considera un'ipotesi di fecondazione eterologa la donazione di ovuli R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 253, con la conseguenza di estendere alle stessa le disposizioni sulla fecondazione eterologa come l'esenzione dalla punibilità della coppia richiedente.

<sup>53</sup> La fecondazione dell'ovocita può avvenire con *Fivet* o con *Gift*: cfr. *supra*, par. 2.

<sup>54</sup> M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 104.

<sup>55</sup> Cfr. *supra*, par. precedente.

La surrogazione rappresenta uno dei più significativi paradigmi del sovvertimento della percezione tradizionale della maternità, in cui la partoriente è al contempo e necessariamente madre “genetica” e madre “gestante”.

Sul piano genetico questo ulteriore aspetto del fenomeno di separazione di «aspetti prima inscindibili»<sup>56</sup>, come si è già avuto modo di definire l’impatto delle tecniche di PMA, mette in dubbio l’antico brocardo *mater semper certa est*, ma in senso diverso dall’omologo significato della paternità<sup>57</sup>: non è dubbia (solo) l’identità della madre ma sono dubbi gli stessi criteri di identificazione di *una sola*<sup>58</sup> madre, dato che gli aspetti della maternità possono essere dissociati e fare capo a tre diverse figure: madre gestante, madre genetica, madre sociale<sup>59</sup>.

La prima è colei che porta a termine la gravidanza impegnandosi a consegnare il bambino, la seconda è la donatrice di ovociti (ovvero la donna da cui provengono), la terza è colei che esprime la volontà di tenere con sé il nato. Le tre figure materne, che nella procreazione naturale coincidono, possono combinarsi variamente:

- a) se madre gestante e madre sociale coincidono si ha una procreazione eterologa *in linea femminile*, già vista prima;
- b) se convergono nella stessa persona madre sociale e madre genetica si ha un c.d. “affitto d’utero”<sup>60</sup> o *mère porteuse* (così è chiamata la gestante);
- c) se coincidono madre genetica e madre gestante si ha una surrogazione di maternità in senso stretto;
- d) ancora, le tre figure materne possono fare capo a tre persone distinte.

Consideriamo per semplicità che il seme appartenga sempre al *partner* della madre sociale<sup>61</sup>.

La disciplina codicistica dettata per la procreazione naturale, in cui la procreazione consegue all’unione sessuale e in cui gli aspetti della maternità non sono dissociabili, fissa come criterio per l’attribuzione dello *status* di madre il parto (art. 269).

<sup>56</sup> Cfr. Cfr. P. ZATTI, «Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale, cit., 177.

<sup>57</sup> Anche nel caso della paternità come si è cercato di argomentare *supra* può discorrersi di una mutazione concettuale rispetto alla disciplina codicistica.

<sup>58</sup> Non sono mancate tesi che, di fronte alla varietà della casistica giurisprudenziale, hanno suggerito la scissione della stessa figura materna o, quantomeno, di considerare la surrogata «un’altra maternità egualmente degna»: v. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, II, 2000, 201.

<sup>59</sup> Si potrebbe aggiungere un’ulteriore figura femminile nell’ipotesi di trasferimento di embrione dall’utero di una donna a quello di un’altra donna per portare a termine la gravidanza e ancora quella della donatrice del citoplasma nell’*Ooplasm transfer* (cfr. *supra*, par. 2) ma per non appesantire l’esposizione queste ipotesi non verranno prese in considerazione.

<sup>60</sup> Sebbene lo schema non preveda necessariamente uno scambio e potrebbe essere improprio parlare di «affitto o locazione», v. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 194. Secondo l’Autore il fenomeno della partoriente che non è madre genetica potrebbe fondarsi su ragioni di solidarietà che andrebbero tenute in debito conto per superare il «doppio titolo della [madre] surrogata e la debolezza dell’unica ragione che lega l’aspirante madre ai figlioli un’altra donna: il progetto originario di maternità», ivi, 200.

<sup>61</sup> Ben può darsi che il seme provenga da un donatore, nel qual caso inseminazione eterologa e maternità surrogata si presentano contemporaneamente.

Applicando il criterio originario, risulterebbe madre nelle ipotesi *sub b*) una donna che non ha nessuno legame genetico, né nessun interesse verso il nato, oltre a privare della maternità colei che vanta un legame genetico e al contempo ha espresso la volontà senza la quale il bimbo non sarebbe nato.

A procurare risultati aberranti è, in quest'ultimo caso, l'ipotesi che tra madre gestante e padre intercorrano rapporti di parentela o affinità, in quanto il figlio non potrebbe nemmeno essere riconosciuto perché incestuoso.

La sostituzione di maternità pone due ordini<sup>62</sup> di problemi connessi, ma interdipendenti almeno nel nostro ordinamento: la validità degli accordi di surrogazione e l'accertamento della maternità.

Va detto che, *ante* legge 40, i problemi giuridici che suscitava la maternità surrogata riguardavano casi in cui la madre gestante si rifiutava poi di consegnare il bimbo partorito. Diversamente se veniva data esecuzione agli accordi il padre poteva riconoscere il bimbo come figlio naturale (art. 250 cod. civ.), inserirlo nella propria famiglia (art. 252) e farlo adottare dalla propria moglie (art. 44, legge 4 maggio 1983, n.184).

I problemi sorgono quando la gestante si rifiuta di dare seguito agli impegni (e non sempre per ragioni puramente affettive); così nel caso salito alla ribalta internazionale *Baby M.*, in cui una donna si era rifiutata di consegnare il bimbo concepito con il seme del marito della madre "sociale", nonostante l'impegno preso in tal senso che includeva la rinuncia a tutti i diritti "parentali" verso il nato. La *Superior Court* del New Jersey<sup>63</sup> decise in favore dei genitori committenti, affidando loro il nato e negando qualsiasi diritto della madre gestante sulla base:

- a) della validità dell'accordo di surrogazione meritevole di considerazione in quanto attuazione del diritto alla procreazione, costituzionalmente desumibile dal diritto alla *privacy* che garantisce e impedisce qualsiasi intrusione dello Stato in tale sfera personale;
- b) del fatto che considerare l'accordo nullo, a differenza che nel caso del dono di seme maschile, la cui liceità non è in discussione, avrebbe comportato un'irragionevole disparità di trattamento, in violazione della *equal protection*<sup>64</sup> garantita dal 14° Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti tra l'uomo e la donna, in quanto quest'ultima non potrebbe mettere a disposizione i mezzi della procreazione<sup>65</sup>;
- c) del considerare la scelta effettuata come la migliore soluzione per il benessere e l'interesse del minore.

<sup>62</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 441.

<sup>63</sup> *Stern vs. Whitehead (in Re Baby M.)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1987, 1515 con traduzione e nota di A. MIRANDA, *Diritti del genitore e interessi del minore nel caso In Re «Baby M.»*.

<sup>64</sup> Un parallelo delle argomentazioni basate sulla *privacy* e sulla *equal protection* si ritrova nella giurisprudenza e nella dottrina statunitensi sull'aborto: il medesimo riferimento al diritto di *privacy* è contenuto in *Roe v. Wade*, (410 U.S. 113) del 1973, *leading case* in materia di legittimità dell'aborto, mentre suggerisce di impostare il "diritto" di aborto altresì in termini di *equal protection* nel «libero accesso al sesso» ossia di «eguaglianza nella *libertà sessuale* tra uomini e donne» G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problems*, Syracuse, N.Y., 1985, trad. it. *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti con il diritto*, trad. it. di C. Rodotà, Milano, 1996, 130 ss. (corsivo dell'Autore).

<sup>65</sup> Evidentemente il giudice considera speculare e fungibile alla donazione di seme maschile la messa a disposizione degli ovuli e dell'utero da parte della donna. L'accostamento a dir poco forzato dipende dal fatto che i motivi determinanti della decisione sono altri: v. nota seguente.



A ben vedere è proprio quest'ultimo il criterio che in ultima istanza guida il ragionamento del giudice e la decisione di considerare valido l'accordo e poi di consentire l'esecuzione in forma specifica<sup>66</sup>.

Nel successivo gravame la *Supreme Court* del New Jersey<sup>67</sup> decide, diversamente, di affidare la bambina al padre ma senza estinguere i diritti della madre sulla base di diverse motivazioni: ritenendo invalido il contratto per violazione delle norme che vietano compensi nella donazione<sup>68</sup> e delle norme sul requisito dell'abbandono dei genitori perché sia concessa l'adozione.

Anche la giurisprudenza italiana rispecchia la duplice visione della vicenda sulla liceità della sostituzione di maternità, adottata nei due gradi di giudizio oltreoceano, che viene richiamata per essere ora confutata (Trib. Monza, 27 ottobre 1989), ora avvalorata (Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000).

La prima è relativa ad un caso di esecuzione in forma specifica del contratto di surrogazione, la seconda più correttamente verte sull'autorizzazione a darvi esecuzione.

La più risalente<sup>69</sup> scaturisce dal giudizio intentato da due coniugi, contro una donna di nazionalità algerina, volto ad ottenere l'accertamento del diritto a tenere con loro una minore nata in seguito a inseminazione artificiale della convenuta con seme del marito. Tra le parti era intercorso un "contratto", in base al quale la donna si impegnava a ricorrere all'inseminazione artificiale, portare a termine la gravidanza, rinunciare a qualsiasi diritto sul nato e consegnarlo ai committenti i quali le avrebbero versato come corrispettivo una somma di denaro. La madre surrogata, dopo avere chiesto e ottenuto successive integrazioni del "compenso" sia durante che dopo il parto, si era rifiutata di dar seguito all'accordo.

La corte, nel ricercare i riferimenti normativi applicabili alla fattispecie di cui riconosce l'estraneità alla disciplina del 1942, argomenta la sua decisione affermando che:

- a) dal combinato disposto degli artt. 2 e 30 Cost. risulta che la promozione della personalità del singolo e la sua educazione devono avvenire nel luogo più idoneo, ossia la famiglia d'origine;
- b) alla liceità del contratto di surrogazione si frappongono gli «insormontabili ostacoli» della illiceità e impossibilità dell'oggetto perché in contrasto con: I) l'infungibilità dei doveri genitoriali; II) il diritto del minore a crescere nella famiglia di sangue; III) il diritto di avere un unico *status filiationis*; IV) il principio di indisponibilità degli *status*;
- c) ancora la surrogazione integra un atto di disposizione del corpo vietato dall'art. 5 cod. civ., perché contrario all'ordine pubblico e, in caso di onerosità che qui certamente ricorre, anche al buon costume.

Il Tribunale in questo caso ritiene insuperabili gli ostacoli normativi di rango costituzionale ed ordinario che rendono nullo il contratto (con conseguente irripetibilità di quanto versato ex art. 2035 cod. civ., aspetto questo però estraneo al *petitum*) e non ne consentono l'esecuzione. Viene ribadito in merito allo *status* materno la sussistenza di «un'univoca attribuzione della qualità di madre alla donna che ha partorito il figlio» (*status* che non è in effetti contestato ma anzi presupposto dagli attori), senza alcuna presa di posizione sullo stato del marito (questione anch'essa estranea al *petitum*).

<sup>66</sup> In questo senso A. MIRANDA, *Diritti del genitore e interessi del minore*, cit., 1560.

<sup>67</sup> In *Foro it.*, IV, 1989, 293.

<sup>68</sup> Il giudice della *Superior Court* aveva escluso l'onerosità sulla base del singolare ragionamento che il denaro veniva versato non per la consegna del bambino al padre, ma perché la madre accettasse di essere fecondata. Cfr. *Stern vs. Whitehead (in Re Baby M.)*, cit., 1535.

<sup>69</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., 81.

Vengono quindi respinte le richieste della coppia, non mancando altresì di suggerire una possibile soluzione “legale”: il padre dovrebbe affrettarsi a operare il riconoscimento della minore come figlio naturale e chiederne l’inserimento nella propria famiglia legittima (art. 252, comma 2 cod. civ.) e la legittimazione per provvedimento del giudice (art. 284 cod. civ.). All’aspirante madre, moglie del padre biologico, non rimarrebbe che chiedere un’adozione particolare (art. 44, lettera b) legge 4 maggio 1983, n. 184).

Il caso venuto all’attenzione del Tribunale di Roma<sup>70</sup> riguarda una fattispecie diversa da quella appena vista e non solo nello schema. Intanto perché non si ha qui un contratto di surrogazione (non apparentemente almeno) ma una c.d. maternità di sostituzione senza corrispettivo che il giudice definisce infatti «negozio»<sup>71</sup>. Non si verifica nemmeno un ripensamento della gestante che vuole tenere per sé il nato, per la semplice ragione che lo schema della surrogazione non si è ancora completato arrestandosi prima dell’impianto nella *mère porteuse*: sono stati fecondati degli ovuli con materiale genetico di una coppia di coniugi ma, ad impedire l’impianto degli embrioni nel grembo della madre gestante, è intervenuto il codice di deontologia medica che vieta l’accesso a tecniche di maternità surrogata. Il medico convenuto si rifiuta di procedere all’impianto a causa del divieto deontologico ma si dichiara disponibile, dietro “autorizzazione” del giudice, ad aderire spontaneamente alla richiesta dei committenti.

Il giudice mostra di non considerare decisivo per la decisione la considerazione dello *status* giuridico degli embrione e la tutela loro accordata<sup>72</sup> in attesa di impianto, sebbene non manchi di darne conto in motivazione per “avvalorare” la meritevolezza del negozio.

Piuttosto a fondare il giudizio positivo di meritevolezza del contratto di surrogazione sarebbe l’aspirazione della coppia a diventare genitori: in altre parole, l’affermazione un vero e proprio «diritto a procreare», fondato su quello più ampio costituzionalmente garantito alla manifestazione e allo svolgimento della propria personalità ex art. 2 Cost. A ciò si aggiunge un aspetto opposto al caso deciso dal giudice di Monza, ossia l’assenza di un corrispettivo che concorre a fondare il giudizio di liceità – secondo il Tribunale – del «negozio», così come viene qualificato per distinguerlo da un contratto oneroso. Per superare l’ostacolo dell’indisponibilità degli *status*, il Tribunale ritiene il concetto di «maternità meramente portante» estraneo alla disciplina codicistica e in particolare all’originario criterio di attribuzione della maternità, vale a dire l’art. 269, in ciò riscontrandosi un’analogia di vedute con la posizione della Cassazione<sup>73</sup>, che ritiene non applicabile alla fecondazione eterologa l’art. 235 cod. civ. Non sono ritenuti d’ostacolo i limiti agli atti di disposizione del proprio corpo di cui all’art. 5 cod. civ.: sono escluse la diminuzione permanente dell’integrità fisica e la contrarietà al buon costu-

<sup>70</sup> Trib. Roma, ord. 14 febbraio 2000, in G. BALDINI, G. CASSANO, *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milano, 2002, 313.

<sup>71</sup> Negozio che, come accordo di solidarietà, sarebbe quindi improduttivo di obbligazioni secondo l’opinione di M. DOGLIOTTI riferita da F.D. BUSNELLI, *Diritto privato e bioetica*, cit., 119.

<sup>72</sup> Muove in tal senso una critica all’apparato motivazionale della pronuncia F.D. BUSNELLI, *Diritto privato e bioetica*, cit., 117, secondo cui solo il principio della «tutela sin dall’inizio della vita umana» (art. 1, legge 194 del 1978) avrebbe potuto giustificare l’accoglimento della richiesta degli attori.

<sup>73</sup> Per un’analisi dell’*iter* giurisprudenziale sulla fattispecie v. *supra*, par. precedente.

me e all'ordine pubblico, per la non corrispettività<sup>74</sup> della vicenda e per l'irrelevanza del principio di indisponibilità degli *status*.

## 5.2. La maternità surrogata nella legge 40. Al confine con la procreazione eterologa: lo scambio di embrioni. Cenni

A differenza della fecondazione eterologa in linea femminile, nessuna esplicita norma è dedicata a disciplinare le conseguenze del divieto di maternità surrogata, divieto che a sua volta non è nemmeno posto esplicitamente ma si ricava dall'art. 12, comma 6 che sanziona penalmente «chiunque realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità». Sempre diversamente dalla fecondazione eterologa, le (pesanti) sanzioni penali si applicano anche alla coppia committente.

Se dalla norma incriminatrice si rafforza ulteriormente la tesi della nullità<sup>75</sup> del contratto (o negozio) di surrogazione di maternità, a prescindere a questo punto dalla non onerosità e dalle ragioni solidaristiche<sup>76</sup>, nessuna indicazione perviene circa i criteri di attribuzione dello *status* di madre all'infuori dell'originario criterio dell'identità del figlio con il bambino partorito (art. 269 cod. civ.).

La «questione di fondo»<sup>77</sup> della maternità surrogata è proprio quella dell'attribuzione dello *status* che, stavolta analogamente alla fecondazione eterologa, il divieto posto non può eludere come non può “cancellare” il soggetto che ne è senza colpa scaturito, né pregiudicarne i diritti<sup>78</sup>.

Non appare allo scopo pertinente il richiamo all'art. 9, comma 3 da cui non è ricavabile la conferma che la maternità è attribuita a colei che ha partorito, indipendentemente dall'origine dei gameti e dalla volontà espressa, e meno che mai che tale norma «risolva in radice»<sup>79</sup> le delicate questioni di *status* sollevate.

Infatti la suddetta disposizione si riferisce esplicitamente alle «tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3» e a donazioni di gameti, trovando applicazione appunto nei casi di fecondazione eterologa (sia in linea maschile che femminile che bilaterale). Nella surrogazione di maternità vi può certamente essere donazione di gameti – si pensi all'ipotesi (cfr. *supra*, par. 5.1, *sub d*) di scissione tra “madre” genetica, “madre” portante e “madre committente” – ma si tratta di

<sup>74</sup> Per l'ammissibilità della sola maternità surrogata a titolo gratuito anche alla luce dell'art. 5 cod. civ., *ante* legge 40 cfr. L. FERRAJOLI, *La questione dell'embrione. Il problema morale e il ruolo del diritto*, in G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2001, 26, ora anche in *Id.*, *La questione dell'embrione tra diritto e morale*, in *Notizie di Politeia*, 65, 2002, 161. Ritiene superfluo il riferimento all'art. 5 cod. civ., in seguito all'emanazione della legge 40, F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, 105.

<sup>75</sup> Già espressa da Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit.

<sup>76</sup> Nel senso che le ragioni di solidarietà rafforzano la meritevolezza di tutela (*ex art.* 1322, comma 2 cod. civ., si deve ritenere) invece si era espresso Trib. Roma, ord. 14 febbraio 2000, cit.

<sup>77</sup> Così G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 442.

<sup>78</sup> Cfr. V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti*, cit., 4352 e *supra* nota 32 sulla ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità nei casi di figli incestuosi di mala fede.

<sup>79</sup> Per questa tesi v. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Enc. giur.*, 2004, 10.

un'eventualità e non di un elemento necessario. Non si può certo considerare "donazione"<sup>80</sup> l'utilizzo dei gameti della coppia committente o addirittura la consegna dell'embrione (concepito *in vitro*) per l'impianto nel corpo della gestante.

*A fortiori* l'art. 9 non è riferibile alla surrogazione propriamente detta (cfr. *supra*, par. 5.1, sub c) in cui la madre portante è anche madre genetica.

Appare invece rilevante la disposizione di cui all'art. 9 c. 2 che vieta alla «madre» del nato a seguito di tecniche di PMA di avvalersi della facoltà di non essere nominata di cui all'art. 30 c. DPR 3 novembre 2000 n. 396. La norma non distingue tra PMA omologa ed eterologa e deve ritenersi di portata generale. Certo si può osservare che la disposizione impone un divieto a un soggetto senza preoccuparsi, almeno in caso di surrogazione, di determinare i criteri di individuazione dello stesso<sup>81</sup>. per cui la si potrebbe tacciare di circolarità. Se però la si interpreta nel senso di riferire il divieto alla partoriente (come sembra più logico d'altronde), allora bisogna concludere che esce rafforzata la sopravvivenza del criterio del parto di cui all'art. 269 cod. civ. Tale (non) soluzione approntata dalla legge 40 appare poco soddisfacente<sup>82</sup> e alimenta la critica già espressa anteriormente all'emanazione della legge per cui «proclamare madre colei che ha partorito è una misura di dissuasione e non di giustizia»<sup>83</sup>. La rigida soluzione della preferenza accordata alla donna partoriente consegue il risultato di fornire la medesima risposta a situazioni obiettivamente diverse come la surrogazione in senso stretto e la locazione di utero. A tacer d'altro, infatti, in quest'ultima il legame tra committente e nato si caratterizza per la discendenza genetica che invece manca nella prima. Il caso della "contesa" del nato, che è l'ipotesi più spinosa, necessita di correttivi al rigido criterio dell'art. 269<sup>84</sup>, sulla scia delle discipline di altre esperienze<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Nel senso contrario per cui nell'affitto di utero «colei che partorisce ha sicuramente ricevuto una donazione di gameti» v. R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 164. L'assunto è smentito *ipso facto* nel caso in cui alla gestante venga impiantato un embrione generato *in vitro* con gameti della coppia committente, ma anche nell'ipotesi di *Fivet* (cfr. *supra*, par. 2) applicata alla gestante sempre con gameti dei committenti sembra controfattuale parlare di "donazione".

<sup>81</sup> L'acuta osservazione è di V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti*, cit., 4359.

<sup>82</sup> Definisce «improponibile l'applicazione di una norma che identifichi integralmente la maternità, la relazione tra madre e figlio, con il fatto del parto», sebbene con specifico riferimento ai casi di errore e scambio di embrioni al momento dell'impianto, S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in S. MAZZARESE, A. SASSI, (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, vol. II, 743.

<sup>83</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 197.

<sup>84</sup> Nonostante l'emanazione della legge 40 persiste la situazione di «dover affrontare i *nova* dell'avanzata della scienza [...] con i *vetera*, cioè con gli strumenti necessariamente invecchiati dei nostri ordinamenti giuridici»: così F.D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale: la giurisprudenza in trincea*, in G. BISCONTINI, L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2001, 109 (corsi dell'Autore).

<sup>85</sup> Così lo *Human Fertilisation and Embriology Act* inglese del 1990, pur fissando alla *sect.* 27.1 il criterio per cui viene considerata madre la donna che «ha o ha avuto la gravidanza di un figlio a seguito della deposizione nel suo grembo di un embrione o di seme ed ovociti e nessun'altra», stabilisce alla *sect.* 30 che il giudice può emettere un'ordinanza in forza della quale il figlio della madre surrogata viene considerato figlio della coppia committente qualora siano stati utilizzati gameti della coppia appartenenti ad almeno uno dei suoi membri. Viene così mantenuto il criterio della gravidanza, ma si dà ingresso anche alla maternità genetica per il tramite dell'ordinanza del giudice, novello «Salomone»: così P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 197.

A parte le difficoltà pratiche di assicurare applicazione<sup>86</sup>, il divieto alla madre di avvalersi della facoltà di non essere nominata potrebbe, peraltro, avere l'ulteriore finalità di impedire l'elusione del divieto delle tecniche di maternità surrogata previsto dalla stessa legge: «va in effetti ricordato<sup>87</sup> che nel silenzio legislativo la surrogazione di maternità sarebbe stata in concreto produttiva di effetti se la madre partorienti avesse dichiarato la volontà di non essere nominata e il nato fosse stato riconosciuto dal marito della coppia disposta all'accoglienza e successivamente adottato, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera b), L. 4 maggio 1983, n.184 dalla moglie»<sup>88</sup>. La giurisprudenza *ante* legge 40 ha vagliato questo complesso schema asserendo la piena legittimità dell'adozione *ex art. 44, lettera b)* a favore della moglie del padre naturale del nato a seguito di inseminazione artificiale di madre surrogata anonima<sup>89</sup>. Tale "espediente" sembra oggi difficilmente praticabile in virtù dell'esplicita sanzione penale di cui all'art. 12, comma 6 che non risparmia committenti, madri surrogate e «chiunque [altro] ed in qualsiasi forma» sia a vario titolo implicato nella surrogazione di maternità. Non sembra che la specifica incriminazione penale muti nella sostanza la soluzione della giurisprudenza sopra riportata che, accogliendo la *distinctio* tra questione della liceità della pratica e *status* del nato, conclude per la legittimità dell'adozione speciale a prescindere dall'illiceità della surrogazione. Mentre il divieto di avvalersi della facoltà di non essere nominata non preclude il meccanismo di riconoscimento e adozione speciale, ma rende molto più agevole di fatto l'individuazione di pratiche di surrogazione penalmente rilevanti e l'esperimento di dichiarazioni giudiziali di maternità nei confronti delle partorienti.

Viene così accentuato il disfavore dell'ordinamento verso la surrogazione di maternità come deviazione dall'ordine naturale<sup>90</sup>.

La frammentaria disciplina della legge 40, specie riguardo alla surrogazione maternità, è di recente venuta alla ribalta nel c.d. "caso Roma", in cui un embrione fecondato con gameti di una coppia è stato per errore impiantato nel grembo di un'altra donna che ha poi portato a termine la gestazione. Si è quindi instaurata una controversia circa la titolarità del rapporto filiazione tra i "genitori genetici" da cui provengono i gameti e i "genitori biologici", ossia la coppia formata dalla donna che ha portato a termine la gestazione e il *partner*.

<sup>86</sup> Una tra tutte: come rendere edotto l'ufficiale di stato civile che la nascita è conseguente a PMA? Sarebbe necessario annotare la circostanza sull'atto di nascita? L'elenco dei nati da PMA di cui all'art. 11 legge 40 avrebbe tale scopo? Si tratta di questioni analoghe e logicamente dipendenti da quelle sollevate dal meccanismo di attribuzione della filiazione dall'art. 8: *status* attribuito *ex lege* o regime ordinario?

<sup>87</sup> Come aveva già fatto incidentalmente Trib. Monza, 27 ottobre 1989, cit., a chiusura e rafforzamento della motivazione.

<sup>88</sup> Come osserva U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Annali del Seminario Giuridico*, Vol. IV (2002-2003), Milano, 2004 – ora anche in *Famiglia*, I, 2004, 503 – ripreso da M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (26 maggio 2005), secondo la quale «[a]ncora la madre committente (e genetica) potrebbe esperire l'accertamento della maternità fornendo la prova ematologica e genetica».

<sup>89</sup> Cfr. in tal senso App. Salerno, 15 novembre 1991 e App. Salerno, 25 febbraio 1992 richiamate da R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 168 n. 34.

<sup>90</sup> G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., 72-73 ne rinviene la ragione in «una impostazione empirico-deduttiva in base alla quale il diritto attinge dalla natura l'idea e il fondamento degli *status*, poi li recepisce e canonizza rivestendoli infine di piena dignità giuridica».

Il contenzioso in sede cautelare è stato risolto a favore dei genitori biologici sulla base di molteplici argomentazioni<sup>91</sup>, non scevre da dubbi circa la fondatezza<sup>92</sup>.

I ricorrenti in particolare avanzavano questione di costituzionalità dell'art. 269 cod. civ., nella parte in cui – secondo l'interpretazione corrente come *supra* riportato – afferma essere madre colei che partorisce, nonché dell'art. 239, comma 1 che, nella logica del *favor legitimitatis* subordinato all'interesse del minore, preclude(rebbe) la legittimazione all'azione di disconoscimento della paternità.

Senza affrontare *funditus* il merito della questione, che sottende non poche implicazioni circa la disciplina della filiazione, si intende in questa sede mettere in luce due passaggi della (difficile) decisione del giudice attinenti all'oggetto della presente indagine.

Sin troppo ottimistico appare l'assunto per cui il legislatore della riforma della filiazione del 2013 abbia lasciato immutato l'art. 269 cod. civ. «nella piena consapevolezza [...] dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od “uterina” potesse non identificarsi con la madre genetica»<sup>93</sup>; basta osservare infatti che tra i principi e i criteri direttivi della legge delega<sup>94</sup> non figurava l'adeguamento dell'art. 269, riguardando la riforma il superamento delle residue discriminazioni, ragion per cui non può da ciò desumersi una conferma del criterio del parto.

Inoltre il giudice, nel dare prevalenza ai genitori “biologici”, ritiene di poter superare l'obiezione circa l'esposizione all'azione di disconoscimento di paternità, seppur nel ristretto termine previsto del riformato art. 244 cod. civ., ritenendo «pienamente applicabili nel caso di specie i principi che hanno indotto la Corte di Cassazione nel 1999 a ritenere non legittimato a proporre l'azione di disconoscimento di paternità chi avesse dato il consenso alla fecondazione eterologa»<sup>95</sup> e di conseguenza gli artt. 6 e 9 della legge 40/2004.

L'estensione in ragione di una pretesa interpretazione adeguatrice<sup>96</sup> di queste disposizioni dettate per la procreazione eterologa al caso in esame appare però forzato e in ultima analisi inconferente: difetta infatti il requisito del consenso alla procreazione richiesto dal principio di responsabilità, richiamato nella giurisprudenza di legittimità del 1999 ed accolto negli artt. 6 e 9 citt.; consenso alla procreazione che non può ritenersi surrogato dal «consenso alla gravidanza e all'iscrizione anagrafica del figlio come proprio». Basta osservare che un eventuale dissenso del padre (ammesso che tale sia nel caso di specie il *partner* della gestante) alla continuazione della gravidanza sarebbe del tutto ininfluenza secondo la disciplina sull'aborto<sup>97</sup> e che la formazione dell'atto di nascita segue e non precede la procreazione.

<sup>91</sup> Trib. Roma, ord. 8 agosto 2014, giud. Albano, su [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>92</sup> V. in senso critico L. D'ANGELO, *Non desiderare i figli d'altri?* e B. DE FILIPPIS, *Dov'è finito il “principio di verità” in materia di filiazione?*, entrambi in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (ultima consultazione 5 settembre 2014).

<sup>93</sup> Trib. Roma, ult. dec. cit.

<sup>94</sup> V. art. 2 legge 10 dicembre 2012, n. 219.

<sup>95</sup> Trib. Roma, ult. dec. cit.

<sup>96</sup> La sentenza aggiunge che «[u]na diversa interpretazione degli artt. 6 e 9 della L. 40 si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione».

<sup>97</sup> La legge n. 174 del 1978 prevede all'art. 5, comma 1: «Il consultorio e la struttura socio sanitaria [...] hanno il compito di esaminare con la donna e con il padre del concepito, *ove la donna lo consenta*, le possibili soluzioni dei problemi proposti». Ancora il comma 2: «Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi [...] valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, *ove la donna lo consenta*, nel rispetto della dignità e

Pare di poter affermare che anche in questo caso la frammentaria regolamentazione unita, alla peculiarità della vicenda, confermano l'osservazione per cui di fronte a tali ardui problemi «l'atteggiamento di vietare per non regolare non è sempre la via per un più fermo rispetto dei valori»<sup>98</sup>.

*The Station Law no. 40/2004*

---

della riservatezza della donna e della persona indicata come concepito, [...] le circostanze» (corsivo aggiunto). Tali norme che estromettono il padre dalla decisione relativa all'interruzione volontaria di gravidanza sono state giudicate costituzionalmente non illegittime da Corte cost. 31 marzo 1988, n. 389, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1988, 723.

<sup>98</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 202.