

Scambio di embrioni, genitorialità e *status filiationis*: tra verità genetica e appartenenza biologica

Eleonora Luzi, Chiara Centola, Mariassunta Crusco*

EMBRYOS EXCHANGE, PARENTHOOD AND *STATUS FILIATIONIS*: GENETIC TRUTH AND BIOLOGICAL BELONGING

ABSTRACT: The well-known embryo transfer matter, which has been regulated by the Court of Rome with an order and the lack of a specific regulation concerning this particular case “by error” and similar particular cases, turns on the debate about the ownership of the filial relationship between “genetic parents” and “biological parents” and the status *filiationis* definition. By studying the current regulation concerning *filiationis* and using the analogy interpretive tool, the authors examine this particular case making observations about the adequacy of the current regulation concerning such filial relationships, noticing that the filial relationship and the consequent right to personal identity has gradually diversified itself by the naturalistic criterion of genetic membership to stress the voluntary aspect of the behavior meant as responsibility of the procreation and new principle of *filiationis*.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; Parenthood; Embryos Exchange; Filial Relationship; *Status Filiationis*.

SOMMARIO: 1. Infertilità come patologia di rilevanza sociale – 2. Genitorialità e nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita – 3. Eterologa “da errore” e *status filiationis*: la problematica soluzione normativa – 4. La volontarietà del comportamento – 4.1. La volontarietà del comportamento come assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità – 4.2. La volontarietà del comportamento come nuovo principio su cui fondare la filiazione.

1. Infertilità come patologia di rilevanza sociale

Lo sviluppo delle tecnologie mediche e delle loro finalità terapeutiche è da sempre espressione del progressivo evolvere dei bisogni della società e di coloro che vi appartengono. Sono note alla comunità scientifica le difficoltà psicologiche che caratterizzano la condizione dell’infertilità, riconosciuta da tempo come “crisi di vita”¹ che coinvolge sia l’individuo che la stessa coppia.

* Eleonora Luzi: PhD, Giurista e Professore a contratto, Università La Sapienza di Roma. Chiara Centola: Dottore in Giurisprudenza. Mariassunta Crusco: Dottoranda di ricerca, Università La Sapienza di Roma.

¹ B.E. MENNING, *The infertile couple: a plan for advocacy*, in *Child Welfare*, 54, 1975, 454- 460.

Anche le stime fornite dall'ultimo World Fertility Report² edito dal Dipartimento di Affari Economici e Sociali delle Nazioni Unite, hanno evidenziato, a riguardo, un profondo cambiamento socio-antropologico, sottolineando come oggi si tenda a ritardare il momento della ricerca della maternità. Secondo i dati forniti dal Centro Studi Investimenti Sociali (Censis) e dal Institut Biochimique SA (Ibsa) in un recente rapporto³, l'assenza di concepimento in Italia coinvolge all'incirca il 20-30% delle coppie, vale a dire una coppia su cinque ed anche per questo motivo l'infertilità viene oramai riconosciuta come una vera e propria patologia⁴.

L'indagine condotta dal Censis sulla fertilità in Italia descrive lo stato preoccupante in cui verserebbe il nostro Paese dal punto di vista sia della natalità che della fertilità di coppia. Nonostante i progressi della medicina, si constata che nel nostro, così come nella maggior parte dei Paesi industrializzati, i problemi di infertilità e sterilità siano notevolmente aumentati rispetto al passato.

Esaminando i dati europei forniti dall'Eurostat in materia di fertilità, si osserva che nell'anno 2012 il tasso di fecondità nel nostro Paese si è collocato al di sotto della media europea (rispettivamente 1,42 e 1,60) rimanendo superiore soltanto a 8 Paesi, tra questi la Germania (1,38), la Spagna (1,32), il Portogallo (1,28)⁵.

Come rimedio alla infertilità della coppia si guarda molto alla Procreazione Medicalmente Assistita (PMA). Gli ultimi dati ufficiali disponibili dicono che nell'anno 2012 le coppie che in Italia hanno scelto di fare ricorso alla procreazione medicalmente assistita sono state 54.458 rispetto alle 30.749 del 2005, con un aumento del 77% lungo un arco di sette anni. Le percentuali di successo tuttavia non sono confortanti (alla gravidanza si arriva soltanto nel 23,2% dei casi) e solo in questi ultimi anni cominciano a registrarsi significativi segnali di incoraggiamento, visto che i neonati concepiti in provetta venuti alla luce nel 2012 sono stati 9.818 (+169% rispetto ai 3.649 del 2005)⁶.

Riflettere sullo sviluppo e sul progresso, e comprendere la modernizzazione tecnico-scientifica significa, come già sottolineato sul tema nel primo documento del Comitato Nazionale di Bioetica⁷, accompagnare questi processi a valutazioni socio culturali che siano volte a «sollecitare atteggiamenti connotati dalla fiducia minima necessaria a non oscillare acriticamente tra le ansie che il nuovo porta con sé e le suggestioni positive di futuro»⁸.

² UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, POPULATION DIVISION (2014). *World Fertility Report 2013: Fertility at the Extremes* (United Nations publication) ST/ESA/SER.A/331.

³ www.fondazioneibsa.org/attivita/14/rassegna.pdf (ultima consultazione 22 aprile 2016).

⁴ T.G. COOPER, E. NOONAN, S. VON ECKARDSTEIN, J. AUGER, H.W. GORDON BAKER, H.M. BEHRE, T.B. HAUGEN, T. KRUGER, C. CHRISTINA WANG, M.T. MBIZVO, K.M. VOGELSONG, *World Health Organization reference values for human semen characteristics*, in *Hum Reprod Update*, 16, 2010, 231-245.

⁵ CENTRO STUDI INVESTIMENTI SOCIALI, *elaborazione Censis su dati Eurostat, Demography*, in C.M. VACCARO (a cura di), *Diventare genitori oggi. Indagine sulla fertilità/infertilità in Italia*, Roma, 2014, 1-66.

⁶ www.fondazioneibsa.org/attivita/14/rassegna.pdf (ultima consultazione 22 aprile 2016).

⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Parere del C.N.B. sulle tecniche di fecondazione assistita. Sintesi e Conclusioni*, 17 giugno 1994: il documento è consultabile all'indirizzo internet <http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/16.pdf> (ultima consultazione 27 aprile 2016).

⁸ G. Baldini, M. SOLDANO (a cura di), *Tecnologie riproduttive e tutela della persona: Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, 199.

2. Genitorialità e nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita

Da una prima lettura della nuova espressione «procreazione medicalmente assistita»⁹ si coglie quel riferimento implicito al sostegno e all'attenzione che la comunità scientifica rivolge alla cura della patologia dell'infertilità.

Infatti, il legislatore ha ritenuto opportuno sottolineare, proprio tramite l'uso dell'avverbio "medicalmente", l'assistenza che deve essere garantita agli aspiranti genitori. Una vigilanza medico professionale che, dal momento della diagnosi fino a quello dell'effettivo impiego delle tecniche previste, sia idonea a coprire tutte le fasi del delicato *iter* intrapreso.

La PMA, dunque, è un'attività complessa che, prendendo le mosse dall'atto fecondativo, rende la fase della riproduzione una vera e propria scelta voluta, consapevole e determinata, discostata dal fattore meramente casuale e naturale.

Nelle linee guida pubblicate dal Ministero della Salute si legge «per tecniche di procreazione medicalmente assistita si intendono tutti quei procedimenti che comportano il trattamento di ovociti umani, di spermatozoi o embrioni nell'ambito di un progetto finalizzato a realizzare una gravidanza»¹⁰.

Per la complessità delle metodiche utilizzate e per la comprensibile sensibilità dei valori umani coinvolti, non si può non considerare come il ricorso a questa procedura abbracci, oltre ai diritti dei soggetti che ad essa fanno ricorso, anche quelli del nascituro, incidendo significativamente sulla costruzione del legame intergenerazionale e sulle relazioni sociali¹¹.

Si osserva, in particolare, come «l'accesso a nuove tecniche di procreazione un tempo impensabili abbia inciso in maniera determinante sul concetto stesso di genitorialità, mettendo in luce l'esigenza di un ripensamento del modello tradizionale, ricostruito in termini di unitarietà»¹².

Il caso concreto oggetto di riflessione ha inizio alla fine del 2013, quando due coppie con problemi di infertilità per realizzare il loro desiderio di genitorialità, in conformità di quanto previsto dal sistema giuridico all'epoca dei fatti, ricorrono alle tecniche di procreazione assistita omologa.

A causa di un evento verificatosi in laboratorio, successivamente alla creazione degli embrioni *in vitro*, rispettivamente appartenenti ai componenti di ciascuna delle coppie, le provette sono scambiate e gli embrioni impiantati nell'utero della donna diversa da quella geneticamente destinatavi.

⁹ Legge 19 Febbraio 2004, n. 40, «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», in *Gazzetta Ufficiale*, 45, 24 febbraio 2004.

¹⁰ D.M. Salute 1 luglio 2015, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Gazzetta Ufficiale*, 161, 14 luglio 2015.

¹¹ COMMISSIONE NAZIONALE D'ETICA PER LA MEDICINA, *La procreazione con assistenza medica. Considerazione etiche e proposte per il futuro*, 12 dicembre 2013: il documento è consultabile all'indirizzo internet <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html?lang=it&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0N TU042I2Z6ln1ah2oZn4Z2qZpnO2YUq2Z26gpJCLfX55gWym162epYbg2c JkKbNoKSn6A--> (ultima consultazione 27 aprile 2016).

¹² M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 198.

Soltanto per una delle due coppie la procedura si è conclusa con esito positivo, per l'altra, invece, è mancato il proposito sperato. Ciò malgrado, accertato l'avvenuto scambio di embrioni entrambe le coppie rivendicano la potestà genitoriale sui nascituri seppure sul diverso titolo genetico e biologico. Con il presente lavoro si analizzano alcuni profili della normativa vigente disciplinante l'istituto giuridico della filiazione, così come riformato con D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154¹³. Lo scopo sarà quello di definire, nell'assenza di una disciplina specifica, avvalendosi anche dello strumento interpretativo di tipo analogico, il principio giuridico più congruo alla soluzione della questione sulla titolarità del rapporto di filiazione tra "genitori genetici" da cui provengono i gameti e "genitori biologici" ovvero la donna che ha partorito e il suo partner, e il conseguente *status filiationis*, implicato dalla vicenda in oggetto.

3. Eterologa "da errore" e *status filiationis*: la problematica soluzione normativa

La delicata vicenda in esame ha sollevato problematiche di seria complessità che spaziano dallo *status* giuridico dei nati¹⁴ fino alla possibilità per i genitori di disconoscere i nascituri che presentano caratteristiche genetiche incompatibili con le loro.

Di fatto, «ci si trova di fronte un'eterologa "da errore" (la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner) o una surroga materna "da errore" (i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione) con una procedura priva di consenso»¹⁵.

L'assenza di una normativa ad hoc alla quale ricondurre la fattispecie ha ingenerato una delicata questione di difficile soluzione, avente ad oggetto i diritti dei genitori, i diritti dei nascituri e, conseguentemente, il loro equo bilanciamento.

Una prima riflessione dalla quale è possibile prendere le mosse è costituita proprio dalla normativa vigente, tra l'altro richiamata dal Tribunale di Roma¹⁶, secondo cui la maternità è sempre attribuita a colei che partorisce¹⁷, mentre si presume che il marito di lei, se il figlio è nato in costanza di matrimonio, ne sia il padre, sino a prova contraria¹⁸.

Eppure, non appare del tutto irragionevole chiedersi «se, per il caso in esame, questo principio non crei più problemi di quanti ne risolve»¹⁹, dato che, a seguito dello scambio, «tanto la certezza assolu-

¹³ Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, « Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. (14G00001)», in *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale, 5, 8 gennaio 2014.

¹⁴ G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, in *CORRIERE DELLA SERA* (a cura di), *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, 2005, 145-148.

¹⁵ Trib. Roma, sez. I civ., ordinanza 8 agosto 2014 (Giud. Silvia Albano).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ L'art. 269, co. 3 c.c. afferma che «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

¹⁸ L'art. 231 c.c., così come modificato dal d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, sostiene infatti che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

¹⁹ C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (Riflettendo sul caso di scambio di embrioni)*, in www.confronticostituzionali.eu (5 maggio 2014).

ta della maternità, quanto la presunzione *juris tantum* della paternità sono a priori sconfessate dai risultati del test del DNA»²⁰.

C'è il rischio, quindi, che «la consanguineità diventi un dato completamente irrilevante»²¹ e, per quanto essa non sia un elemento totalizzante, specie se la famiglia viene intesa come «luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo»²², occorre, prima di escluderla completamente, riflettere accuratamente.

Nel caso di specie infatti, sono proprio gli elementi caratterizzanti e che rendono la vicenda anomala nella sua configurazione giuridica, a porre un freno alla possibilità di risolvere la stessa per la via analogica.

E' indubbio innanzitutto sottolineare come col richiamo al concetto di stato, il legislatore abbia inteso affermare l'unicità del rapporto che lega il figlio al gruppo familiare in cui si colloca²³.

Ciò premesso, abbiamo che la particolare normativa civilistica riguardante l'azione di reclamo e di contestazione dello stato di figlio è strettamente connessa alla realizzazione dell'ipotesi tipica di reato disciplinata dall'art. 567 c.p., che contempla due fattispecie criminose: l'alterazione di stato mediante sostituzione e l'alterazione di stato mediante falsità²⁴.

In materia penale integra alterazione di stato «ogni dichiarazione resa in sede di formazione dell'atto di nascita, con la quale si attribuisce al figlio riconosciuto una discendenza che non gli compete secondo natura»²⁵.

Come ha chiarito la Cassazione²⁶, se nell'ipotesi della sostituzione di neonato già denunciato allo stato civile «l'interesse tutelato è quello, della collettività e del neonato, alla conservazione dello stato civile acquisito in forza dell'iscrizione»²⁷, nell'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 567 c.p., concernente l'alterazione dello stato civile del neonato mediante falsità, «tutelato è l'interesse a che il neonato non acquisti uno stato civile difforme da quello a lui spettante in conformità coi suoi dati costitutivi reali»²⁸ o quando ciò non sia possibile, in conformità con la disciplina sostitutiva prevista negli artt. 75, 77 e 77 bis. Ord. St. civ.

Si potrebbe pensare di sussumere la fattispecie dello scambio di embrioni sotto l'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 567 c.p., disciplinante l'alterazione di stato che si configura mediante la sostituzione materiale, ossia attraverso lo scambio di un neonato con un altro.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Trib. Roma, ordinanza 8 agosto 2014, cit.

²³ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2014, 2-37.

²⁴ Art. 567 c.p. Alterazione di stato. «Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità».

²⁵ A. CADOPPI, *Trattato di diritto penale*. Parte speciale, Torino, 2010, 185.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 1994, n. 1123.

²⁷ F.G. CATULLO, *Diritto penale e della famiglia*, Assago, 2012, 171.

²⁸ *Ibidem*.

L'impiego dell'espressione "neonato" da parte del legislatore, tuttavia, «impone di restringere la portata applicativa della fattispecie allo scambio di soggetti nelle prime settimane di vita»²⁹ ed è evidente l'inapplicabilità di tale ipotesi al caso di cui si discute, dato che «lo scambio di embrioni è avvenuto in epoca a dir poco antecedente rispetto alla futura nascita»³⁰.

E neppure è possibile riportare la fattispecie in esame alla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 567 c.p.: nell'atto di registrazione presso l'Ufficio anagrafe non si è verificata alcuna condotta falsificatoria, dato che la madre è, per legge, colei che partorisce.

Diversa considerazione potrebbe farsi avendo riguardo all'ipotesi, tra l'altro espressamente vietata nel nostro ordinamento, della "surrogazione di maternità" o "gestazione per altri" (GPA) impropriamente nota come "utero in affitto"³¹ indicante in sostanza «il ruolo che ricopre la donna, madre portante, che assuma l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il nascituro»³².

La pratica della surrogazione di maternità presuppone la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero della donna. Se ne distinguono due ipotesi diverse:

a) c.d. madre portante: è il caso della donna che porta a termine una gravidanza ottenuta con gameti a lei estranei, generalmente appartenenti alla coppia committente, con l'obbligo di consegnare alla stessa coppia committente il nascituro al termine della gravidanza;

b) surrogazione in senso stretto: è il caso della donna che porta a termine una gravidanza ottenuta dalla fecondazione di ovociti propri col seme del partner della coppia committente ovvero di un soggetto donatore.

La maternità surrogata costituisce un'ipotesi di reato presa in esame dal legislatore del 2004, che la vieta espressamente, sanzionando la condotta che in qualsiasi forma, sia diretta alla realizzazione, all'organizzazione e alla pubblicizzazione a fini commerciali, di gameti o di embrioni ovvero alla surrogazione di maternità³³.

Nonostante il divieto questa pratica è abbastanza diffusa, sicché il problema che si pone sta nel capire se il conflitto che si viene a creare tra madre "committente" e madre "surrogata" possa essere risolto dai principi che regolano la filiazione naturale³⁴ o invece dai principi che regolano la filiazione

²⁹ M. ROSSETTI, *Scambio di embrioni: la difficile soluzione da trovare. Analisi ragionata della normativa italiana su chi vanta dei diritti sui nascituri*, in *Focus Giuridici. Redazione fatto&diritto*, <http://www.fattodiritto.it/scambio-di-embriani-la-difficile-soluzione-da-trovare/> (27 aprile 2014).

³⁰ *Ibidem*.

³¹ C. CIERI, *Tecniche di procreazione umana: aspetti medici*, in A. BUCELLI (a cura di), *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, Firenze, 2005, 69-104.

³² G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia. Il diritto a nascere sani, la maternità surrogata, la fecondazione artificiale eterologa*, Milano, 2000, 154.

³³ Art. 12, co. 6 della legge n. 40/2004 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³⁴ Con riferimento in particolare all'art. 269, co. 3 c.c.

artificiale³⁵. Si afferma in proposito che in materia di maternità surrogata non possa operare il criterio della filiazione artificiale previsto dall'art. 8 della legge n. 40, data l'inefficacia del consenso manifestato dalle parti³⁶, con la conseguenza che il conflitto si risolverebbe applicando i principi previsti dal codice civile in tema di filiazione naturale, quindi ai sensi dell'art. 269, comma 3 c.c., a favore della madre surrogata.

L'attuazione del contratto di maternità surrogata, oltre che determinare la violazione della norma sopra citata, pone anche problemi di coordinamento con il delitto di alterazione di stato. Ed infatti, l'attribuzione della maternità del neonato ad una donna diversa da colei che l'ha concepito integrerebbe l'ipotesi del reato di alterazione di stato, così come ipotizzato nell'art. 567 comma 2 c.p.³⁷. Precisamente, proprio la difformità tra lo stato reale del neonato e quello derivante dalla falsa dichiarazione della madre contrattuale all'ufficiale di stato civile realizzerebbe, in concreto, questa tipica fattispecie di reato³⁸.

Guardando però alla vicenda in questione, è chiaro che non si può parlare di maternità surrogata, per il semplice fatto che, nel momento in cui la gestante ha dato inizio alla procedura di procreazione assistita, ha espresso e sottoscritto uno specifico consenso allo scopo preciso di una fecondazione assistita di tipo omologo. Manca, al caso in esame, il dato determinante della collaborazione di una donna estranea che volontariamente s'impegna a mettere a disposizione il proprio utero, a provvedere alla gestazione e a consegnare, al termine di questa, il nascituro alla coppia committente, coloro cioè che hanno manifestato la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale nei confronti del nato. In alcun modo, infatti, si potrebbe riscontrare nel caso in questione l'elemento tipizzante la maternità surrogata, vale a dire un chiaro intento iniziale da parte della donna gestante della volontà di avere una gravidanza da embrioni geneticamente non propri nonché della volontà di rinunciare all'esercizio di ogni possibile diritto sugli stessi. La gravidanza, invero, lungi dall'essere ricondotta ad una chiara manifestazione di volontà in tal senso espressa, rappresenta piuttosto l'effetto e la conseguenza dell'altrui condotta colposa.

Una fattispecie che sembrerebbe invece richiamare il caso in esame è quella che prevede la donazione di gameti o di un embrione già formato, che la recente pronuncia della Corte Costituzionale³⁹ ha attualmente reso praticabile.

A ben vedere, è ancora e sempre la totale assenza da parte dei genitori genetici di una volontà idonea a giustificare l'involontaria donazione di fatto verificatasi⁴⁰, a rappresentare la barriera che impedirebbe anche siffatta configurazione.

³⁵ L'art. 8, della legge n. 40/2004 sottolinea che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art.6».

³⁶ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Riv. di BioDiritto*, 2014, 2, 157-183.

³⁷ D. CARCANO, *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale, Milano, 2010, 1425.

³⁸ D. CARCANO, op. cit., 1424-1425.

³⁹ Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 26, 18 giugno 2014.

⁴⁰ L. D'ANGELO, *Non desiderare i figli d'altri? (nota a Tribunale Civile di Roma, ordinanza 8 agosto 2014, Giud. S. Albano)* in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (11 agosto 2014).

Non si può trascurare di riaffermare che entrambe le coppie, nel momento in cui hanno scelto di intraprendere il percorso della fecondazione assistita, hanno prestato il proprio consenso per una procedura di tipo omologo. In alcun modo è quindi riconducibile alla loro volontà la procreazione eterologa venutasi a determinare in conseguenza dell'errore altrui.

Pur volendo infatti non considerare il dato che ambedue le coppie, alla scoperta dell'errore, hanno espresso l'intenzione di voler comunque assumere la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri, si ha che anche la disciplina di cui all'art. 9 della legge n. 40/2004, con cui il legislatore introduce il divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato da parte della madre, per quelle situazioni in cui, volontariamente e consapevolmente, si ponga in essere un'eterologa, non sarebbe perfettamente applicabile al caso in esame⁴¹.

Il consenso informato del paziente ha, come è noto, ben altro scopo, che è quello di fornire l'assenso a subire un trattamento terapeutico «legittimando l'azione del medico altrimenti illecita»⁴². Il fine è dunque quello di promuovere l'autonomia o la libertà di scelta dell'individuo nell'ambito delle decisioni mediche, in ottemperanza a quanto previsto dall'ordinamento vigente. L'art. 32 Cost. al secondo comma prevede, infatti, che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge».

In materia di procreazione medicalmente assistita il consenso della coppia che consapevolmente decide di sottoporsi al trattamento, e per questo informato, così come in ogni altro trattamento medico, presenta delle particolarità aggiuntive rispetto alle usuali informazioni che connotano in generale il consenso: si osserva che «oltre a documentare il consenso degli interessati ad un particolare trattamento sanitario e a manifestare la volontà di procreazione, integra il momento di perfezionamento del contratto tra gli aspiranti genitori e la struttura autorizzata»⁴³.

Affinché possano concorrere alla formazione di una volontà perfettamente consapevole, il legislatore ha considerato i pazienti come le parti meritevoli di maggiore protezione rispetto alla struttura medica, che essendo invece la parte in possesso delle competenze di assistenza sanitaria specialistiche, ha l'obbligo indispensabile di colmare le lacune della controparte⁴⁴.

⁴¹ Art. 9, co. 1 e 2 della legge n. 40/2004 Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre.

«Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396».

⁴² G. CASCIARO, P. SANTESE, *Il consenso informato*, Milano, 2012, 5-15.

⁴³ E. MANDRIOLI, *Il contratto di procreazione medicalmente assistita: alcuni aspetti problematici*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORLETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Atti della Giornata di Studio. Milano, 30 settembre 2009*, Milano, 2010, 58-60.

⁴⁴ L'art. 6, della legge n. 40/2004 specifica nel dettaglio le modalità di prestazione del consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, testualmente il legislatore afferma:

Considerato dunque il valore vincolante che il fattore consensuale assume in ogni singola fase del percorso che porta alla procreazione medicalmente assistita, è innegabile affermare che, giuridicamente parlando, nessuna fra le ipotesi prospettate è perfettamente applicabile alla fattispecie oggetto di riflessione.

4. La volontarietà del comportamento

4.1. La volontarietà del comportamento come assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità

In realtà, l'art. 8 della legge n. 40/2004 stabilisce che: «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6».

La particolare disciplina dettata dall'art. 6 della legge n. 40/2004, in materia di rilascio e raccolta del consenso alle tecniche di fecondazione assistita determina infatti la presunzione che chi ad esse abbia deciso di far ricorso, abbia piena coscienza e determinazione di compiere (e portare a termine)

«1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.

3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.

5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge».

ciò che sta facendo. «La volontà di procreare è, in queste circostanze, assolutamente evidente, e si può, dunque, ritenere già definitivamente manifestata»⁴⁵.

Non è illogico, quindi, che in un'ottica di tutela del minore, al consenso prestato per l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, si riconnetta, *ex lege*, anche il riconoscimento del nato, differenziandosi, così, l'ipotesi in oggetto da quella naturale, anche sotto il profilo degli effetti giuridici implicati.

È per tale automatico riconoscimento che secondo alcuni⁴⁶ la legge n. 40 avrebbe introdotto la nuova categoria dei « figli naturali riconosciuti per legge ».

Al contrario, vi è chi continua sostenere⁴⁷ che dall'art. 8 della legge in questione non sia stata ricavata alcuna modifica alle regole sull'acquisizione dello *status del nato*, dato che è sempre necessario il riconoscimento da parte dei genitori o l'azione di stato promossa dal figlio, sia in virtù dei principi generali che disciplinano il riconoscimento⁴⁸, sia stando alle norme che stabiliscono le modalità di formazione dell'atto di nascita.

Ad ogni modo, lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)⁴⁹ in accordo col legislatore del 2004 evidenzia come «sotto l'aspetto sia etico, che giuridico, nell'individuazione della maternità, come della paternità, a seguito della PMA eterologa acquisisce rilievo il concetto di volontarietà del comportamento necessario per la filiazione, così da attribuire la maternità e la paternità a quei genitori che, indipendentemente dal loro apporto biologico, abbiano voluto il figlio, accettando di sottoporsi alle regole deontologiche e giuridiche che disciplinano la PMA».

Data l'impossibilità di individuare una soluzione di equilibrio che possa essere considerata eticamente accettabile, si pone come necessaria l'esigenza di impostare la questione su un piano che allontanandosi da un'ottica funzionale al soddisfacimento dell'interesse delle parti alla genitorialità, si concentri invece sul prevalente interesse dei minori, che come interesse costituzionalmente rilevante, sia assunto a criterio di bilanciamento dei diritti coinvolti.

4.2. La volontarietà del comportamento come nuovo principio su cui fondare la filiazione

Guardando alla disciplina che si occupa della delicata materia della filiazione, tenendo conto anche delle modifiche recentemente apportate, è innegabile che l'intero assetto della costituzione dei

⁴⁵ C. CAVAJONI, *Procreazione assistita e status filiationis*, in M. DOSSETTI, M. LUPO, M. MORETTI (a cura di), *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Atti della Giornata di Studio. Milano, 30 settembre 2009*, Milano, 2010, 103.

⁴⁶ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione Assistita*, Torino, 2004, 87.

⁴⁷ M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in *La filiazione verso un unico status. Atti del Convegno tenuto a Como il 23-24 giugno 2006, AIAF Quaderno, 2 (Suppl.)*, 2006, 89.

⁴⁸ L'art. 258, co. 1 c.c. così come sostituito dall'art. 1, legge 10 dicembre 2012, n. 219, in relazione agli effetti dell'atto di riconoscimento afferma «Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso».

⁴⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 Luglio 2014: il documento è consultabile all'indirizzo internet http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/Considerazioni_scambio_involontario.pdf (ultima consultazione 29 aprile 2016).

rapporti affettivi nel nostro ordinamento risulti imperniato sul principio cardine che collega la maternità ad ogni singola fase dello sviluppo fetale nel periodo gestazionale e all'evento storico del parto: è questo infatti a determinare la maternità naturale.

Si osserva che «tale principio, pur essendo stato introdotto in un'epoca in cui non era chiaro che la maternità potesse scindersi tra una madre biologica ed una genetica, è stato ritenuto dal legislatore del 2013 ancora adeguato per la regolamentazione dei rapporti di filiazione sul versante materno, anche in un contesto sociale caratterizzato dalla comprovata possibilità scientifica di ricorrere ad ipotesi di procreazione eterologa implicanti necessariamente, in alcune ipotesi, tale distinzione tra i due aspetti di maternità»⁵⁰.

Analogamente lo stesso orientamento giurisprudenziale corrente supera il criterio naturalistico in favore del principio di responsabilità della filiazione⁵¹.

Potendosi avere, con l'avvento delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure a vario titolo genitoriali che possono nei fatti non coincidere fra di loro, il rapporto di filiazione ed il conseguente diritto all'identità personale «si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall'appartenenza genetica»⁵², per dare centralità alla «volontarietà del comportamento necessario per la filiazione»⁵³, che si manifesta come «assunzione di responsabilità in ordine alla genitorialità»⁵⁴.

D'altronde in linea con le più recenti pronunce giurisprudenziali nel panorama europeo ed in quello internazionale⁵⁵, la soluzione che si ricava in via interpretativa dall'applicazione del suddetto principio al caso di specie, e la cui fondatezza è peraltro confermata in alcuni recenti studi riportati da autorevole letteratura scientifica^{56,57,58} «è quella che meglio si concilia [...] con gli interessi dei minori coinvolti, anche in relazione al loro diritto ad essere cresciuti nella famiglia, intesa come comunità degli affetti, che li ha accolti»⁵⁹.

⁵⁰ M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, cit., 207-208.

⁵¹ Corte cost., sentenza 28 novembre 2002, n. 494, in *Gazzetta Ufficiale*, prima serie speciale, 37, 4 dicembre 2002.

⁵² Trib. Roma, ordinanza cit.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Si vedano la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77 e la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione per quanto riguarda il contesto europeo; la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991, per quanto riguarda invece il contesto internazionale.

⁵⁶ D. TUDEHOPE, M. VENTO, Z. BHUTTA, P. PACHI, *Nutritional requirements and feeding recommendations for small for gestational age infants*, in *J Pediatr*, 162, 2013, S81-89.

⁵⁷ B. EIGNER, *The role of playful interactions in the development of the early mother-child relationship factors of risk and protection*, in *Psychiatr Hung*, 30, 2015, 35-49.

⁵⁸ S. KIM, P. FONAGY, J. ALLEN, S. MARTINEZ, U. IYENGAR, L. STRATHEARN, *Mothers who are securely attached in pregnancy show more attuned infant mirroring 7 months postpartum*, in *Infant Behav Dev.*, 37, 2014, 491-504.

⁵⁹ Trib. Roma, ordinanza cit.

Il concetto stesso di famiglia nel corso del tempo si è andato liberando dal dato biologico e genetico dei singoli componenti, per essere concepita a sua volta «come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo»⁶⁰.

È l'*affectio* che sorregge l'intera relazione familiare a divenire l'elemento determinante per lo sviluppo psico-sociale dell'individuo, e la sua valenza è tale da eclissare la mera corrispondenza genetica coi genitori.

Dunque, nel bilanciamento degli interessi in conflitto «il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela del diritto allo status ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica»⁶¹, con la conseguenza che anche nella ricostruzione della figura paterna al figlio nato a seguito di tecniche riproduttive con donazione di gamete, laddove pure manca un legame significativo fra quella figura e il nascituro, simile a quello che innegabilmente si instaura nell'utero materno tra nascituro e madre gestante, e dove un simile legame è «ancora tutto da costruire»⁶², l'automatismo derivante dalla presunzione *juris tantum* di paternità di cui all'art 231 c.c. determinerebbe la prevalenza, non sempre condivisa⁶³, della paternità legale su quella genetica.

In conclusione, all'interno della peculiare fattispecie esaminata (fecondazione eterologa definita "da errore" perché priva dell'elemento consensuale) la normativa civilistica vigente, che attribuisce la maternità a colei che partorisce e presume la paternità al marito di questa quando il figlio è nato in costanza di matrimonio, risulterebbe la disciplina che meglio si adatta alla individuazione della titolarità del rapporto di filiazione tra "genitori genetici" e "genitori biologici" e alla definizione dello stesso *status filiationis* che ne deriva.

Tale normativa infatti, pure in un mutato contesto sociale, caratterizzato dalla comprovata possibilità scientifica di ricorrere ad ipotesi di procreazione eterologa implicanti inevitabilmente una scissione delle figure genitoriali, parrebbe tuttora appropriata alla regolamentazione di quei rapporti di filiazione che ne maturano ed in questo senso può dirsi sicuramente attuale. Tra l'altro la soluzione che si ricava dall'applicazione del suddetto principio al caso di specie, è anche quella che sembra meglio conciliarsi con gli interessi dei minori coinvolti in relazione al loro diritto ad essere cresciuti nella famiglia che li ha accolti quale nucleo essenziale al loro sviluppo psicologico, sociale e relazionale.

L'analisi della normativa vigente e della corrente giurisprudenza riconferma pertanto come il rapporto di filiazione ed il conseguente diritto all'identità personale si sia progressivamente allontanato dal criterio naturalistico dell'appartenenza genetica per dare rilievo invece alla volontarietà del comportamento intesa come responsabilità per la procreazione e come nuovo principio su cui fondare la filiazione.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² M.G. CABITZA, *Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali*, op. cit., 211.

⁶³ M.G. CABITZA, op. cit., 211-215.