

## CAPITOLO TERZO

### LA PATERNITÀ NELLA DISCIPLINA SULLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La liberalizzazione della p.m.a. e i precedenti giurisprudenziali quali indicatori di nuovi valori. - 3. La nuova disciplina e i requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a.: “matrimonio” e “convivenza”. Esiste un diritto alla bigenitorialità del concepito e un diritto alla paternità fin dal concepimento? - 4. L’individuazione della paternità secondo lo *status filiationis* del nato da tecniche di fecondazione artificiale di tipo omologo. Il divieto dell’anonimato materno. - 5. L’attribuzione della paternità nella p.m.a. di tipo eterologo. Il divieto, lo *status* del nato, il terzo donatore. - 6. La paternità e il consenso al concepimento.

#### 1. Premessa.

Si è detto come l’accertamento della paternità nella procreazione secondo natura sia in un certo senso “governato” dalla categoria dogmatica dello *status*.

Si è, altresì, cercato di porre in luce come tale sistema non riesca a funzionare pienamente sia in ragione del fatto che lascia, per così dire, priva di tutela la “situazione” della paternità prenatale, sia per il fatto che nell’interpretazione dominante di dottrina e giurisprudenza, affida alla madre il “privilegio” di decidere se far emergere la paternità vuoi del marito - nella filiazione legittima - vuoi del compagno - nell’ipotesi di riconoscimento del nascituro.

La conclusione raggiunta, quindi, impone o di mantenere lo *status* quale modalità privilegiata ed esclusiva di accertamento della paternità, modificando *de iure condendo* alcuni profili della disciplina delle azioni di stato di guisa da tutelare “fin dal concepimento” la situazione del coautore dell’atto procreativo, ovvero di ipotizzare, accanto all’accertamento dello *status*, una modalità alternativa di “riconoscimento” della paternità che preceda e prescindendo la formazione del titolo dello stato in capo al figlio.

Le stesse azioni di stato, in particolare l’azione di disconoscimento della paternità legittima e l’azione di accertamento della paternità naturale, nell’evoluzione subita ad

opera della giurisprudenza rivelano che, in un certo senso, una “condizione” di padre - fuori dallo *status* - viene sempre in rilievo per l’ordinamento positivo, di guisa che è plausibile sostenere come, in parallelo allo *status*, sussista non di meno, una “qualità”<sup>1</sup> giuridicamente rilevante che connota la paternità fuori dallo *status*.

A ciò si aggiunga come la stessa efficacia preclusiva dello *status*, nell’accezione tradizionalmente accolta, abbia subito una decisiva scalfittura derivante dalla valorizzazione del principio costituzionale di responsabilità per la procreazione, in ragione del quale rimane sempre possibile - ed è costituzionalmente garantito - al figlio, nel confronti del padre, accertare la verità del concepimento in contrasto con quanto risulta dall’atto di nascita<sup>2</sup>.

Se a ciò può agevolmente ribattersi che tale accertamento - se pure condotto in via incidentale - “vale” nella prospettiva di soddisfare l’interesse patrimoniale e personale del figlio, è plausibile affermare come il riconoscimento del diritto costituzionale di procreare secondo natura suggerisca di configurare anche nella prospettiva dell’autore “invisibile” del concepimento il risultato - costituzionalmente garantito *ex art. 30*, comma 4° Cost. - della paternità della procreazione quale condizione giuridica esistenziale della persona<sup>3</sup>.

In tale scenario, di per sé delicato e complesso<sup>4</sup>, deve essere calato, “lo specchio”<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> In senso atecnico, cioè non coincidente con la nozione di *status*.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, Capitolo II, paragrafo 7.

<sup>3</sup> Cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 6.

<sup>4</sup> Non si nascondono le perplessità cui conducono questi discorsi nelle ipotesi estreme di violenza sessuale perpetrata ai danni di una donna cui segue una “infelice” gravidanza. Riconoscere che anche in tali ipotesi, l’autore dell’atto procreativo possa accertare la propria condizione di padre e partecipare all’evoluzione verso la vita del concepito, oltre che dopo la nascita, sarebbe una forzatura esistenziale che il diritto non può condividere. La gravità dell’ipotesi in tali casi, richiede un immediato soccorso della legislazione penale che sia in grado di paralizzare gli effetti civili dell’accertamento della paternità. (Come del resto accade in ipotesi di provvedimenti di decadenza della potestà parentale a seguito di condanna penale).

<sup>5</sup> P. ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in *Famiglia e diritto a vent’anni dalla riforma*, Cedam, Padova, 1996, p. 91 ss. ove l’a. invita a “giocare” con la procreazione assistita fungendola da specchio per cogliere gli interessi sottesi alla procreazione naturale. In particolare l’a. rileva come “lo specchio della concezione assistita rivela l’inconsistenza di una pretesa alla paternità fondata solo sulla derivazione biologica. Nelle legislazioni esistenti in materia, il donatore di seme non ha titolo a essere preso in considerazione come padre. Non vuole la paternità, ma se la volesse gli sarebbe preclusa; ciò implica un passaggio logico precedente, una premessa diversa circa la paternità che non guarda a un modello (chi genera è padre) ma si chiede se una specifica esperienza crei

della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita (d'ora innanzi p.m.a.).

E' di tutta evidenza, infatti, come l'introduzione di una regolamentazione normativa di rango primario<sup>6</sup> in materia di procreazione medicalmente assistita, capace di

---

un interesse meritevole a divenire padre". A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 497 ss., il quale rileva come per effetto della procreazione artificiale, "ora viene posto il problema di definire le stesse figure di paternità e maternità come valori giuridici. Superata - o quasi - quella che prima era la più grave difficoltà conoscitiva (cioè la derivazione naturale), si presenta al giudizio - e ciò anche in presenza di certezze biologiche - la determinazione delle figure di paternità e di maternità".

<sup>6</sup> Si tratta, come è noto, della L. n. 40 del 19 febbraio 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale, Serie generale*, n. 45 del 24 febbraio 2004, ed entrata in vigore il 10 marzo 2004. Ad essa, sono seguiti, secondo la previsione dell'art. 7 della stessa legge, i decreti ministeriali 21 luglio 2004, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale, Serie generale*, n. 191 del 16 agosto 2004, recante le "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita"; 4 agosto 2004, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale, Serie generale*, n. 200 del 26 agosto 2004 recante "Norme in materia di procreazione assistita"; nonché il decreto interministeriale 16 dicembre 2004, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale, Serie generale* n. 42 del 21 febbraio 2005. Tali decreti contengono le Linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita che sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate e vengono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica. Nel parlare delle novità introdotte dalla Legge, relativamente al tema che occupa la presente indagine, non si potrà non tenere conto di tali provvedimenti.

Indicazioni bibliografiche sui primi commenti alla Legge n. 40/2004: P. STANZIONE, G. SCIANCALEPORE, (a cura di), *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano, 2004; R. VILLANI, *Procreazione assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da P. Zatti, VII, *Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 249; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Rassegna parlam.*, 2005, p. 351 ss.; L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *Familia*, 2004, I, p. 1097 ss.; U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2004, I, p. 514 ss.; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti un uno stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, II, p. 793 ss.; S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 1244 ss.; G. DOSI, *Procreazione assistita, finalmente una legge: ma quanti limiti!*, in *Dir. e giust.*, 2003, 46, p. 12; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 168 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 628 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, p. 575 ss.; ID., *Procreazione assistita e diagnosi genetica reimpianto: la Corte costituzionale salva "pilatescamente" il divieto*, in *Studium iuris*, 2007, p. 127 ss.; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2004; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 117 ss.; ID., *Le "Linee guida" del Ministro della salute sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 508 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 810 ss.; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione*

“positivizzare modalità e limiti di esercizio delle moderne tecniche riproduttive”<sup>7</sup>, ponga, inevitabilmente, numerose problematiche - anche<sup>8</sup> - di ordine giuridico connesse al tema della procreazione secondo natura e - per quanto ci occupa - al problema dell'accertamento della paternità<sup>9</sup>.

E' stato posto in luce in dottrina come la pratica della fecondazione assistita, in particolare modo se si considera quella di tipo eterologo, attui un “indebolimento” della figura paterna per il riflesso che questa tecnica attua sulla dimensione *simbolica* della paternità<sup>10</sup>.

---

*medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss.; C. CAMPIGLIO, *Procreazione assistita: regole italiane e internazionali a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 531 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 523 ss.; M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 1005 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 99 ss.; in *Rassegna parlam.*, 2005, p. 331 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 329 ss.; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlam.*, 2005, p. 361 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il “consenso” alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 705 ss.; M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 7 ss.

<sup>7</sup> L. ARNAU, *La procreazione medicalmente assistita e il diritto costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 1999, I, p. 132.

<sup>8</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, *op. cit.*, p. 169 ove l'a. si pone il dubbio “del se e del come possa o debba essere disciplinata una materia così intrinsecamente aliena da ogni tecnicismo giuridico, qual é quella della vita creata artificialmente”.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione dell'iter storico che ha portato all'approvazione della legge, cfr. ampiamente, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 23 ss.; C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, II, p. 489 ss.; prima dell'intervento legislativo, si ricordano le due proposte di legge della Commissione Santosuosso, istituita con d.m. 31 ottobre 1984, rispettivamente dal titolo, *Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito*, e *Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni*, in *Giur. it.*, 1986, 4, 57 ss.; cfr., altresì, A. PIRAINO LETO, *I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 1325 ss., il quale ricorda come già la decisione del Trib. di Roma 30 aprile 1956 avesse auspicato l'intervento “indilazionabile” del Legislatore!

<sup>10</sup> F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, Giappicchelli, Torino, 1998, p. 309 ss., il quale ritiene che tale indebolimento si trasmetta sullo *status* stesso del figlio nato da fecondazione assistita. Secondo l'a. la fecondazione assistita pone a rischio la stessa permanenza del *nome del padre*, svuotandone dal di dentro la stessa identità e rafforzando simmetricamente i vincoli che intercorrono tra il figlio e la madre la quale resta nei confronti del figlio la sola che può propriamente rivendicare una genitorialità obiettiva. Emblematico è l'ipotesi della fecondazione assistita di tipo eterologo della donna sola. L'a. si chiede se gli apporti dell'etica e del diritto sulle ipotesi di fecondazione assistita riescano a garantire “semplicemente una figura sociale (la cui rilevanza è peraltro fuori di dubbio), ma non quella *figura paterna* che è essenziale al costituirsi dell'io”[il corsivo è dell'a.].

L'indagine condotta attraverso l'esame della disciplina dettata in tema di procreazione medicalmente assistita avrà ad oggetto in particolare quelle disposizioni della Novella volte a definire i requisiti soggettivi della figura genitoriale, lo *status* giuridico del figlio nato grazie alle tecniche consentite (o vietate) dall'ordinamento al fine di addivenire ad una conclusione sul presupposto della paternità.

E' certo, infatti, che l'analisi del meccanismo artificiale scelto dal Legislatore nella disciplina della p.m.a. permetterà di capire più propriamente il meccanismo naturale della procreazione naturale ed il fondamento ultimo della paternità in generale.

Si è già precisato, tuttavia, come la procreazione naturale e la procreazione artificiale operino su due piani differenti e come tali non si possano assimilare.

Se, infatti, può condividersi la preoccupazione del legislatore, il quale ha inteso immediatamente precisare la finalità "terapeutica"<sup>11</sup>, sussidiaria, residuale, progressiva del rimedio *de quo*<sup>12</sup>, si deve altrettanto immediatamente chiarire che il risultato cui vuole condurre lo strumento della fecondazione artificiale è lo stesso della procreazione naturale, cioè l'esistenza di un essere umano la cui posizione nel vivere civile abbisogna di essere precisata e universalmente uniformata dal punto di vista giuridico dall'ordinamento interno<sup>13</sup> e, si potrebbe auspicare, oltre gli stessi confini nazionali<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> In senso critico, F. GAZZONI, *op. cit.*, rileva come per quanto l'O.M.S. classifichi la sterilità come malattia, essa non viene affatto superata dal procedimento artificiale che non ha quindi funzione terapeutica. Secondo l'a., infatti, se la fecondazione artificiale fosse un metodo terapeutico, come dice la legge 40/2004 all'art. 1 n. 2, il consenso informato dovrebbe essere sempre revocabile liberamente secondo l'art. 5 della *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* del 1996, ratificata in Italia con L. n. 145 del 2001, citata anche come Convenzione di Oviedo. Diversamente, invece, la legge n. 40/2004 prevede all'art. 6 n. 3 che tale consenso possa essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

<sup>12</sup> L'art. 1, comma 2° della Legge prevede che "il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentita qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità"; nonché all'art. 4, comma 1° e 2°: "il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico". Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minor invasività; b) consenso informato da realizzare ai sensi dell'art. 6".

<sup>13</sup> G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *op. cit.*, p. 111 rileva, infatti, come non a caso il legislatore abbia scelto l'espressione "procreazione" medicalmente assistita, atteso che "ciò che si intende

## 2. La liberalizzazione della p.m.a. e i precedenti giurisprudenziali quali indicatori di nuovi valori.

Se ora pare complicato addivenire ad una soluzione interpretativa unanimemente condivisibile in merito alle disposizioni legislative volte a disciplinare la procreazione medicalmente assistita, prima dell'entrata in vigore della Novella la situazione era ancora più confusa, atteso che la mancanza di qualsivoglia regolamentazione *favoriva* il ricorso alla fecondazione assistita sia dal punto di vista sostanziale, per l'assenza di

---

“assistere” è la procreazione - cioè la nuova nascita - non la (sola) fecondazione, anche rivolta ad altri fini”.

<sup>14</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, è opportuno ricordare come la materia *de qua* trovi a livello europeo una regolamentazione affatto differenziata nelle scelte fondamentali. In Austria, la materia è disciplinata con legge federale 1° luglio 1992 n. 293, ove si consente l'accesso alla p.m.a. a coppie eterosessuali sposate o conviventi, si ammette la fecondazione eterologa mentre si vieta la surrogazione di maternità ed è ammesso l'accesso ai dati del donatore; in Francia, la disciplina concernente la procreazione medicalmente assistita è divisa tra codice della salute pubblica e codice civile. In particolare quest'ultima fonte, tratteggia nei profili generali le linee fondamentali della p.m.a. eterologa consentita, prevedendo che in caso di p.m.a. con terzo donatore non vi possa essere alcun legame tra il nato e il terzo donatore né alcuna azione di responsabilità (art. 311-19); che il consenso della coppia richiedente la p.m.a. eterologa con terzo donatore sia dato davanti al giudice o al notaio (art. 311-20 comma 1); inoltre che colui che ha prestato il consenso sia giudizialmente dichiarato padre ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 328 e 331. cfr. estensivamente, L. BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, op. cit., p. 1097 ss.; in Germania, la disciplina è regolata dalla legge 13 dicembre 1990 che ammette l'inseminazione omologa ed eterologa per le coppie sposate. Si vieta l'inseminazione *post mortem* e l'utero in affitto; in Gran Bretagna, il *Surrogacy Arrangements Act* in vigore dal 16 luglio 1985, consente la surrogazione della maternità a condizione che l'accordo sia a titolo gratuito. A tale documento è seguito nel 1990 lo *Human Fertilisation And Embryology Act* che disciplina la fecondazione artificiale e la tutela dell'embrione ammettendo il ricorso alle tecniche sia alle coppie che a donne sole; in Spagna, vige la legge n. 35 del 22 novembre 1988 modificata dalla legge n. 45 del 21 novembre 2003; la normativa consente la fecondazione eterologa, vieta la surrogazione di maternità e consente la p.m.a. *post mortem* alla duplice condizione che essa avvenga entro sei mesi dal decesso e che risponda ad una precisa volontà del defunto anche espressa nel testamento. Per questi ed ulteriori riferimenti comparatistici, cfr. R. VILLANI, *Procreazione assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, op. cit., p. 253 ss.; S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, op. cit., p. 1246 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 16 ss.; S.A.R. GALLUZZO, *Il “pendolo” delle scelte negli altri ordinamenti*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida al dir.*, Dossier, 2004, 3, p. 24 ss.; A. GENTILUOMO, A. PIGA, S. TIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, Giuffrè, Milano, 2005.

limiti e divieti, sia sotto il profilo formale per la carenza di una procedura di tipo autorizzativo come quella prevista dall'art. 6<sup>15</sup>.

Invero, prima dell'entrata in vigore della Legge n. 40/2004, la materia della procreazione medicalmente assistita e la sua disciplina, erano affidate alle scelte interpretative - spesso in conflitto - della giurisprudenza, chiamata di caso in caso, a risolvere delicate e inusuali situazioni umane attraverso il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico, specie di quelli dettati a proposito di filiazione<sup>16</sup>.

Anche la dottrina che si occupava delle problematiche sottese alla tecnica artificiale di procreazione si divideva tra coloro che ritenevano di estendere alla fattispecie *de qua* la disciplina dettata a proposito della filiazione da procreazione naturale e coloro che consideravano il silenzio del legislatore come vera e propria lacuna da colmare attraverso il ricorso all'analogia<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Così testualmente, M. G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 88.

<sup>16</sup> Oltre che alle norme deontologiche, quale insieme dei principi e delle regole che ogni medico deve osservare e cui deve ispirarsi nell'esercizio della professione, che valgono solo per l'apparato medico sanitario, cfr., A. BELLELLI, *Codice deontologico medico e tutela del paziente*, in *Le fonti di autodisciplina*, a cura di P. Zatti, Cedam, Padova, 1996, p. 111 ss.

<sup>17</sup> U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 489 ss.; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, op. cit., p. 352 rileva come anche oggi che si ha finalmente una legge volta a disciplinare la materia de qua, "il vizio più vistoso di tecnica legislativa ...consiste nel dettare una disciplina senza alcun tentativo di coordinamento con l'integralità del sistema, anzi nella evidente consapevolezza (sarebbe peggio dire: nella colpevole ignoranza) di determinate frizioni o conflitti con istituti altrimenti operanti o con categorie giuridiche consolidate" di guisa che oggi, più di prima, rimane il problema metodologico di compatibilità della disciplina della Novella con i principi tradizionali, le categorie dogmatiche propri della filiazione da procreazione naturale. Per un inquadramento delle numerose problematiche sulla fecondazione artificiale prima dell'intervento legislativo, AA.VV., *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Cedam, Padova, 1987; G. FERRANDO, (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Cedam, Padova, 1989; G. BALDINI, *Diritto di procreare e fecondazione artificiale tra libertà e limiti*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, I, p. 343 ss.; G. ALPA, *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, (Note introduttive), in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 941 ss.; C. M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 955 ss.; F.D. BUSNELLI, *Norme per la tutela sociale della maternità, disciplina dell'adozione e problematica dell'inseminazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 989 ss.; A.M. CAPRON, *Quali norme per la procreazione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 507 ss.; A. PIRAINO LETO, *I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 1325 ss.; A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1996, I, p. 183; V. LOJACONO, voce "Inseminazione artificiale (dir. civ.)", in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 751 ss.; A. GORASSINI, voce "Procreazione (dir. civ.)", in *Enc. del dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 944 ss.

Le problematiche emergenti dalle applicazioni giurisprudenziali si possono schematizzare in una duplice prospettiva.

Da un lato, si discute se l'attribuzione della paternità sia compatibile con gli istituti propri della procreazione naturale (rapporto paternità, azione di disconoscimento della paternità di cui all'art. 235 c.c.); dall'altro se sia possibile formulare un concetto *sui generis* di maternità nel ricorso alle pratiche di maternità surrogata<sup>18</sup>.

La presente indagine si limita ad analizzare il profilo relativo alla posizione del padre nelle scelte adottate dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore della Legge n. 40/2004, tralasciando la problematica sottesa alla maternità.

La dottrina è solita ricordare la decisione del Tribunale di Roma del 1956<sup>19</sup> quale primo precedente giudiziario occupatosi del rapporto tra fecondazione artificiale eterologa e principi in tema di filiazione secondo natura; della citata pronuncia, colpisce ancor prima del merito della soluzione prospettata, l'*incipit* del Collegio capitolino il quale evidenzia come la "sopravvenuta diffusione delle pratiche in questione, di cui recano frequente notizia le pubblicazioni scientifiche e la stessa stampa quotidiana" auspicasse - *illo tempore* - una indilazionabile regolamentazione della materia.

Invero, al di là dei rilievi critici sulle lungaggini del Legislatore italiano<sup>20</sup>, è opportuno soffermarsi sulla decisione richiamata per la chiarezza della posizione espressa sul fondamento del rapporto di filiazione e, per quanto ci occupa, del consequenziale titolo della paternità.

La pronuncia riconosce la legittimazione ad agire in disconoscimento di paternità al marito affetto da *impotentia generandi*, il quale aveva prestato il consenso all'inseminazione artificiale della moglie con seme di un terzo donatore, atteso il principio dell'irrelevanza del consenso precedentemente prestato dal marito alla

---

<sup>18</sup> Trib. Roma, 17 febbraio 2000 (Giudice Schettini), in *Fam. e dir.*, 2000, p. 151 ss. con note di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO; in *Dir e giust.*, 2000, 8, p. 75 ss. con nota di F. UCCELLA, *Al futuro del figlio è stato preferito il presente dei genitori biologici*; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, I, p. 377 ss.

<sup>19</sup> Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Foro it.*, 1956, I, 1212; in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 217 con nota di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*; in *Giust. civ.*, 1956, I, 1612 con nota di V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*.

<sup>20</sup> Ma che descrivono perfettamente il contesto culturale della pronuncia in esame, nonché le lungaggini del Legislatore italiano a fronte di una materia tanto delicata quanto significativa nell'esperienza esistenziale della coppia.



fecondazione eterologa sul presupposto che la paternità giuridica non può essere disgiunta dalla paternità biologica.

Secondo il giudice romano, anche nell'ambito della fecondazione artificiale cui debbono applicarsi i medesimi principi sulla filiazione in generale, "la volontà e il consenso dei soggetti intervenuti all'operazione non hanno alcuna incidenza sull'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione che deriva all'opposto esclusivamente dalla discendenza biologica dalla donna che ha partorito e dall'uomo che ha dato il seme fertile"<sup>21</sup>.

In tal senso, infatti, sono stati considerati decisivi due istituti nella vigenza della normativa allora esistente, da un lato, l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, la quale ha in ogni caso come fondamento il rapporto biologico, dall'altro, il riconoscimento dei figli naturali, alla cui impugnativa per difetto di veridicità sono legittimati tutti coloro che vi hanno interesse, compreso l'autore del riconoscimento, atteso che "la conformità del rapporto biologico a quello giuridico è voluta dal legislatore per soddisfare interessi superiori, che prescindono dalle posizioni psicologiche e dalle eventuali responsabilità dei soggetti"<sup>22</sup>.

Il principio espresso dal Tribunale romano testualmente chiarisce nel passaggio conclusivo della sentenza come il consenso "non è assolutamente idoneo di per sé a stabilire sul piano giuridico un rapporto di filiazione che manchi del substrato naturale".

In sostanza, per quanto concerne i rapporti giuridici di filiazione, va attribuita rilevanza esclusiva all'appartenenza del seme, giacché dal punto di vista biologico il rapporto di procreazione ha la sua essenza nell'impiego di un determinato seme generatore attraverso il quale si trasmettono al nato quelle qualità e quei caratteri dell'autore in cui si concreta la paternità come rapporto di sangue.

Dello stesso avviso si pone parecchi anni dopo la pronuncia del Tribunale di Cremona, 17 febbraio 1994<sup>23</sup>, la quale sostanzialmente conferma la decisione romana, ritenendo ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità del figlio procreato

---

<sup>21</sup> A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 222.

<sup>22</sup> Trib. Roma, 30 aprile 1956, cit.

<sup>23</sup> Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1576; in *Corr. giur.*, 1994, p. 631 con nota di G. SCIANCALEPORE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 541 con nota di G. FERRANDO, *Procreazione artificiale, consenso del marito e disconoscimento di paternità*; in *Giur. it.*, 1994, 997 ss. con nota di G. FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*.

dalla propria moglie a seguito di inseminazione artificiale eterologa, anche se precedentemente consentita dal marito.

Le argomentazioni sviluppate dal tribunale di Cremona si possono succintamente esporre in questi termini: a) “*consensus non facit filios*”: il nostro ordinamento giuridico non contempla alcun rapporto giuridico di filiazione che sia svincolato dal presupposto di un corrispondente rapporto biologico di sangue, eccettuato l’istituto dell’adozione speciale che disciplina una differente ipotesi fattuale; ne discende, pertanto, che solo la diretta derivazione genetica e non anche il semplice consenso è idoneo a costituire un vero e proprio rapporto giuridico di filiazione. b) Le azioni relative agli *status* sono indisponibili; pertanto, l’eventuale rinuncia preventiva all’azione di disconoscimento, “*siccome relativa ad un’azione di stato, sarebbe comunque inefficace*”; c) il dovere di fedeltà che discende dal vincolo matrimoniale non attiene solamente alla sfera sessuale, ma comprende, altresì, la sfera generativa, di guisa che il consenso all’inseminazione artificiale eterologa è illecito perché contrario ai doveri che discendono dal matrimonio; d) non esiste alcuna norma, nel nostro ordinamento, che vieti il disconoscimento a seguito del consenso in precedenza prestato alla inseminazione artificiale eterologa; anzi l’art. 235 c.c. al punto 2) contempla espressamente l’impotenza, anche solo di generare, quale ipotesi che legittima il rimedio dell’azione di disconoscimento della paternità<sup>24</sup>.

Infine, è intervenuto il Tribunale di Napoli che, con ordinanza del 2 aprile 1997, ha ritenuto di sottoporre la questione di costituzionalità dell’art. 235 c.c. per paventata lesione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. sull’assunto che l’ammissibilità della predetta azione di disconoscimento della paternità nelle ipotesi ricordate, lederebbe il minore, nato a seguito di fecondazione assistita di tipo eterologo - preventivamente assentita dal padre - del diritto al nome, all’identità personale, ad essere educato, mantenuto, istruito<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> La pronuncia del Tribunale di Cremona è stata poi confermata dalla Corte d’Appello di Brescia, 10 maggio 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, I, p. 116; in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 48 con nota di G. CATTANI; G. FERRANDO, *Consenso del marito, fecondazione eterologa e disconoscimento di paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 167 ss.

<sup>25</sup> Trib. Napoli, 14 marzo 1997, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 261 ss. con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito all’inseminazione eterologa*; in *Foro it.*, 1997, I, 2677 con nota di E. BRUNETTI.

La Corte Costituzionale, nella decisione n. 347/1998<sup>26</sup> ha ritenuto inammissibile la questione sottoposta in quanto la norma impugnata concerne “*esclusivamente le ipotesi in cui la generazione segua ad un rapporto adulterino*”<sup>27</sup>.

Nella medesima decisione, tuttavia, il Giudice delle Leggi, ha avuto modo di evidenziare la allora esistente presenza di una lacuna normativa nella materia in esame, nonché la necessità che, in ogni caso, si salvaguardino in via “preminente” le garanzie per il nuovo nato.

Sulla scia della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315<sup>28</sup>, nel definire la questione già decisa dal Tribunale di Cremona e dalla Corte d’Appello di Brescia, ha affermato che “il preventivo libero e valido consenso del marito all’inseminazione eterologa della moglie ha carattere impeditivo della successiva azione di disconoscimento della paternità. Legittimare la soluzione opposta, vorrebbe dire consentire che il minore sia privato *della doppia figura genitoriale, eludendo i precetti costituzionali di cui agli artt. 2, 30, e 31 Cost.*; lo stesso minore, poi, sarebbe privato del diritto di essere assistito, mantenuto e curato “*da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglierlo quale padre di diritto, in ossequio ad un parametro di prevalenza del favor veritatis, che è privo di valore assoluto*”.

---

<sup>26</sup> Corte Cost., 26 settembre 1998, n. 347 in *Vita not.*, 1999, p. 35 ss. con nota di G. CASSANO, *Pater incertus est: una pronuncia sibillina della Consulta sul disconoscimento di paternità a seguito di fecondazione eterologa*; in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 11 ss. con note di L. D’AVAK, *Fecondazione eterologa assistita: l’evanescente, sibillina decisione della Consulta*; P. MOROSINI, *Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale*; G. CIANI, *Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 1998, p. 405 ss. con nota di G. SCIANCALEPORE, *L’interesse del minore tra esercizi di formalismo giuridico e legalità costituzionale*. Vedi anche M. FINOCCHIARO, *Fecondazione artificiale tra diritto vivente, Corte costituzionale e prospettive de jure condendo*, in *Vita not.*, 1998, p. 1481.

<sup>27</sup> Se la Corte ha dedotto l’estraneità della fattispecie concreta alla disciplina dell’azione di disconoscimento di paternità per la mancanza del suo presupposto rappresentato dall’adulterio, ci si chiede cosa dovrebbe accadere ora che la stessa Corte è intervenuta sulla disciplina dell’azione *de qua* oltrepassando la necessità della previa dimostrazione dell’adulterio?

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, II, 1058, con note di A. GUARNERI, *Un figlio, due padri* e di G. CASSANO, *I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l’art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)*; in *Fam. e dir.*, 1999, p. 233 ss. con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*.

### **3. La nuova disciplina e i requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a.: “matrimonio” e “convivenza”. Esiste un diritto alla bigenitorialità del concepito e un diritto alla paternità fin dal concepimento ?**

L'art. 5 della Legge 40/2004, la cui rubrica è intitolata “*requisiti soggettivi*” testualmente prevede che “fermo restando quanto stabilito dall'art. 4, comma 1<sup>o</sup><sup>29</sup>, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

Si richiede, pertanto, *a)* che la coppia sia composta da persone maggiorenni, ma di età non superiore a quella “potenzialmente fertile”; *b)* di sesso diverso; *c)* coniugati o conviventi; *d)* viventi, cioè non con seme prelevato da uomo dopo la sua morte, oppure solo utilizzato dopo la sua morte<sup>30</sup>.

La dottrina pronunciata a ridosso della promulgazione della novella ha giustificato tali requisiti nel quadro della tutela di un prevalente interesse non patrimoniale del “minore”, nato da procreazione medicalmente assistita, a crescere in un modello di famiglia c.d. “normale”, perché composto da una madre ed un padre similmente a quanto, di regola, accade nella filiazione da procreazione naturale<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Il quale menziona il “presupposto fondamentale” di accesso alla p.m.a., cioè “la sterilità o l'infertilità del richiedente”, cfr., F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in *Procreazione assistita* (a cura di) P. Stanzione-G. Sciancalepore, *op. cit.*, p. 57.

<sup>30</sup> Così testualmente, F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 47. In particolare, per quanto concerno il requisito di cui al punto d), l'a. rileva come in effetti sia possibile che il padre venga a mancare per altre circostanze nella vita del figlio, ma “la differenza nell'ipotesi che qui si prospetta (come anche nella precedente ipotesi di figlio richiesto da una donna sola) sta nel fatto che il figlio viene concepito secondo un consapevole programma voluto nel momento in cui è già carente la figura paterna. Egli sarebbe già orfano di padre fin dal suo concepimento”, p. 50.

<sup>31</sup> F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 47, rileva come “possono quindi accedere alle predette tecniche le “coppie”, e non le persone sole, perché si vuole dare rilevanza decisiva non tanto alla volontà di due soggetti da cui derivano le cellule vitali, quanto di riconoscere e garantire il prevalente diritto del minore ad avere una famiglia normale, nella quale cioè egli possa essere allevato e guidato alla presenza amorevole di due genitori, di sesso diverso, che si assumono la responsabilità della procreazione”; in senso critico, F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, *op. cit.*, p. 58 ss.; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, p. 541 il quale sottolinea come le ragioni di queste scelte non abbiano alcun aggancio al tema della procreazione in sé, “quanto poggiano sull'idea che esista un ordine familiare da proteggere: il modello assunto a parametro è peraltro distante anni luce dalle trasformazioni inarrestabili che la vita quotidiana ha

Lo stesso Codice deontologico medico, da cui il Legislatore sembra aver attinto tali prescrizioni, pone al centro di tali divieti la preoccupazione di tutelare “anche l’interesse del bene del nascituro”<sup>32</sup>.

E’opportuno soffermarsi, preliminarmente, al requisito della “coppia coniugata o convivente” tralasciando, per chiarezza espositiva, il riferimento agli altri aspetti.

Le osservazioni seguite alla promulgazione della legge in merito all’interpretazione di questo requisito sono numerose<sup>33</sup>; in particolare, per quanto

---

impresso a tale fenomeno (oltre che da taluni aspetti già accolti nell’ordinamento)”. In sostanza, l’a. rileva come il tradizionale principio secondo cui la coppia è il modello di genitorialità, è stato posto in discussione da alcuni rilevanti segnali della giurisprudenza costituzionale, quali ad esempio la nota sentenza della Corte costituzionale n. 341/1990 la quale subordina l’accertamento della genitorialità all’interesse del minore da valutarsi in concreto caso per caso; A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 209 ricorda, a tale proposito l’art. VI della Dichiarazione dei diritti del fanciullo approvata all’ONU il 20 novembre 1959 “per il quale il nascituro o il bambino hanno diritto, per quanto possibile, ad una famiglia stabile, con la doppia figura genitoriale, che assicuri il loro equilibrato sviluppo fisico e psichico”. In giurisprudenza, si ricorda l’ordinanza del Trib. Bologna, 9 maggio 2000 (G.I. Sardo), in *Famiglia*, 2001, II, p. 468 ss., con nota di I. CORTI, *Procreazione assistita e diritto alla maternità*, confermata dal Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 614 ss. con nota di G. CASSANO, *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*.

<sup>32</sup> Ci si riferisce al Codice deontologico medico del 25 giugno 1995 successivamente confermato da quello del 3 ottobre 1998 il quale all’art. 42 pone al medico il divieto di praticare fecondazioni assistite al di fuori di coppie eterosessuali stabili, in donne in menopausa non precoce, nonché forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner (ora art. 44 del Codice di Deontologia medica del 16 dicembre 2006); R. VILLANI, *Procreazione assistita*, op. cit., p. 287 per il quale “la vicinanza di contenuto tra il codice deontologico medico e la nuova norma è, anzi, così forte che sembra potersi affermare che con l’art. 5 si sia inteso recepire, pressoché testualmente, il contenuto del precetto deontologico”.

<sup>33</sup> Critica il requisito della “convivenza” nella spoglia accezione richiesta dalla L. 40/2004, F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, op. cit., rispetto all’adozione nella quale il requisito del triennio di pregressa convivenza *more uxorio*, deve essere accertata in termini di stabilità e continuità dal Tribunale per i minorenni (art. 6 l. 184/1983) e non fatto oggetto di autocertificazione come prevede l’art. 12, n. 3 della l. p.m.a.; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, cit., il quale evidenzia come siano i conviventi a dichiarare di essere tali senza alcun controllo sostanziale. Inoltre, non si richiede che la convivenza debba essere stabile e duratura né che debba essere iniziata da un certo tempo, “è una delle rare volte in cui la famiglia di fatto assume una decisiva rilevanza giuridica in un ordinamento come il nostro ancora privo, a differenza della maggior parte degli Stati europei, di una disciplina *ad hoc*”; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 49; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 633 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, LVI, Milano, Giuffrè, 2007, p. 23; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, op. cit., p. 102 ss.; ritiene si tratti di una convivenza *more uxorio* intesa come legame durevole esclusivo affettivo - sessuale con permanente coabitazione, quindi “stabile” per definizione, per quanto si critichi la scelta di includere

concerne la “convivenza”, non vi è autore che non abbia rilevato come il presupposto della convivenza appare del tutto generico e imprecisato, non essendo specificata la “stabilità” della stessa ovvero la “durata minima” o ancora, la circostanza che si tratti di una convivenza iniziata da un certo tempo, né è indicata la modalità con cui è possibile accertare la convivenza che non sia la mera dichiarazione proveniente dalla coppia richiedente di cui all’art. 12, comma 3° l. n. 40/2004<sup>34</sup>.

In relazione al requisito che richiede una coppia “coniugata”, si è rilevato come il Legislatore non abbia ritenuto di ancorare il rapporto di coniugio all’inesistenza di una separazione personale tra i coniugi, in atto o imminente al momento della fecondazione, o quanto meno all’inesistenza di una separazione di fatto tra gli stessi<sup>35</sup>.

---

la convivenza di fatto in generale, dovendo diversamente sussistere tra la coppia il solo matrimonio, C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, op. cit.*, p. 518 ss.

<sup>34</sup> Diversamente, M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita, op. cit.*, p. 7 ss.; l’a. in particolare, avendo fatto parte del corpo legislativo, ricorda come per quanto le proposte legislative menzionassero vuoi il requisito della “stabilità”, vuoi un termine minimo di durata della “convivenza”, la discussione finale si sia concentrata sull’“estensione del diritto di fare accedere a questo tipo di procreazione i conviventi, cioè di andare oltre l’ambito della famiglia legittima”. Secondo, l’a., infatti, il concetto di stabilità della convivenza era già acquisito alla legge: “[...] dal dibattito complessivo emerge chiaramente e in modo sostanzialmente unanime l’idea che condizione per accedere alla procreazione assistita sia una “convivenza stabile”; ed ancora, l’a. rileva come a differenza della filiazione naturale, ove il carattere della stabilità della convivenza è meramente occasionale, nonché “accidentale”, nella p.m.a. il carattere della stabilità assurge a requisito di una fattispecie che integra l’elemento soggettivo della procreazione assistita. Tale diversità si evidenzia nelle ipotesi prese in esame dall’a. dell’assegnazione della casa familiare e della sopravvenienza di figli avuti da un convivente con una terza persona; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche, op. cit.*, p. 68 la quale ipotizza la stabilità come *in re ipsa* nella definizione della fattispecie come convivenza *more uxorio*; critica l’estensione del ricorso alla p.m.a. alla convivenza in generale pur ritenendola necessariamente “stabile”, C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, op. cit.*, p. 518 ss.; M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita, op. cit.*, p. 1044 ss., per il quale “L’apertura propone l’interrogativo se il dato, legale e reale, della stabilità della convivenza sia ancora un criterio di responsabilità della filiazione”.

<sup>35</sup>F. NADDEO, *Accesso alle tecniche, op. cit.*, p. 67 ha evidenziato come “la mancata previsione delle conseguenze della separazione personale costituisce, dunque, una grave lacuna legislativa”.

Il legislatore, sembra richiedere, quindi, l'esistenza di un rapporto di convivenza o di coniugio al momento della richiesta di accesso alla p.m.a., documentato nella dichiarazione proveniente dalla stessa coppia<sup>36</sup>.

Segnatamente, se nell'interpretazione prevalente della *ratio legis*, i requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a. si giustificano alla luce dell'esigenza preminente di tutelare il nascituro, in linea con l'enunciazione della legge - il cui art. 1, comma 1° pone tra gli obiettivi la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito<sup>37</sup> -, nello specifico, per quanto concerne la "convivenza" o il "coniugio", la dottrina è solita ricondurre la presenza di un rapporto "qualificato" tra i genitori all'esigenza di assicurare al minore il diritto alla c.d. "bigenitorialità"<sup>38</sup>.

A tal proposito, infatti, è stato affermato come attraverso i requisiti soggettivi del rapporto di convivenza, connotato dalla stabilità, e dall'esistenza di un matrimonio, il

---

<sup>36</sup> Cfr. Le Linee guida, *sub* art. 14, "Crioconservazione degli embrioni, Indicazioni procedurali": "i requisiti previsti dal comma 3° dell'art. 12 vengono accertati dal medico che raccoglie l'autocertificazione dello stato di matrimonio o di convivenza della coppia".

<sup>37</sup> L'art. 1, comma 1° della L. n. 40/2004, recita testualmente "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". E' noto come sull'interpretazione di tale comma si sia dibattuta la migliore dottrina ora nella prospettiva del riconoscimento al concepito della soggettività giuridica, ora nel senso di negare ad esso la soggettività giuridica, ora attraverso la prospettazione di soluzioni intermedie capaci di accordare tutela al valore del "concepito" pur senza attribuire la tradizionale soggettività giuridica incentrata sulle due figure della capacità giuridica e della capacità d'agire; sulla qualificazione del concepito cfr. *ex multis*, F. D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 533 ss.; N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, *op. cit.*; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, *op. cit.*; ID., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *op. cit.*; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 149 ss.; ID., *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 112 ss.

<sup>38</sup> M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, *op. cit.*, p. 11; F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, *op. cit.*, p. 72, la quale rileva come la soluzione normativa vada rispettata non in virtù dell'esigenza di tutelare un preteso diritto costituzionalmente garantito alla bigenitorialità, ma in forza del principio fondamentale di certezza dei rapporti familiari e del correlativo diritto di ciascuno di conoscere le proprie origini; diversamente, G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 338 ss. per cui in tali valutazioni il peso prevalente va ascritto alla considerazione che "le scelte relative alla procreazione sono essenzialmente personali ed appartengono alla sfera di autonomia della persona"; ID., *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 815, ove l'a. ribadisce come "non esiste, dunque, nel nostro ordinamento, il principio assoluto della tutela della doppia figura genitoriale".

nascituro “si apre alla vita con entrambi i soggetti che la natura destina alla sua crescita e al suo sviluppo, il padre e la madre”<sup>39</sup>.

Ad una analisi più approfondita del dato normativo, tuttavia, si può rilevare come, in realtà, la legge sulla p.m.a. non arrivi ad assicurare il diritto del minore alla bigenitorialità nell’esistenza ma solamente nella fase della fecondazione<sup>40</sup>.

Ai fini del discorso che ci occupa, è opportuno premettere due considerazioni attinte dal dato normativo.

Da un lato, la legge n. 40/2004 prescrive che il consenso - di entrambi, ma anche di uno solo dei componenti della coppia - può essere revocato fino al momento della fecondazione dell’ovulo (art. 6, comma 3° L. n. 40/2004).

Dall’altro, nella citata normativa, non è richiesto che il rapporto di coniugio o di convivenza persista nel tempo<sup>41</sup>. In altre parole, non vi è nella legge alcuna sanzione per l’ipotesi di rottura “anticipata” della relazione di coppia né alcun controllo *super partes* in ordine al permanere del vincolo di coniugio o di convivenza al fine di garantire il diritto alla bigenitorialità del concepito durante la gestazione, al momento del parto e dopo la nascita.

L’idea di bigenitorialità, che presupporrebbe la necessaria compresenza di una coppia di genitori lungo tutto l’arco dell’esistenza del figlio, è ad un tempo assicurata e limitata dal requisito soggettivo della presenza iniziale di una coppia coniugata o convivente<sup>42</sup>.

Invero, posto che ai sensi della citata normativa, il consenso alla p.m.a. può essere revocato fino al momento della fecondazione dell’ovulo, è di tutta evidenza che

---

<sup>39</sup> M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, op. cit., p. 11.

<sup>40</sup> Del resto, si potrebbe obiettare che a tale risultato già provvede la recente disciplina normativa sull’affidamento condiviso (L. 8 febbraio 2006, n. 54 “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*”, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 50 del 1° marzo 2006).

<sup>41</sup> M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, op. cit., p. 16, per quanto riconosca quasi come “implicito” il requisito della stabilità della “convivenza”, l’a. rileva come “la stabilità della convivenza, elemento necessario per accedere alla procreazione assistita, non ha alcuna forma di tutela per quanto attiene alla sua permanenza”.

<sup>42</sup> G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, op. cit., p. 107, rileva come l’esigenza di assicurare una “doppia figura genitoriale” vada oltre il semplice venire ad esistenza e “riguarda il senso umano e sociale della vita, la qualità dell’esistenza”.



anche il requisito soggettivo della convivenza o del coniugio dovrà certamente esistere almeno a partire dal momento in cui il consenso è divenuto irrevocabile.

Fino a tale momento, cioè fino a quando, se pure in astratto, è consentita la “monogenitorialità”, l’esistenza di una coppia coniugata o convivente non incide sul diritto alla bigenitorialità del *concepturus*.

Segnatamente si può affermare che il diritto alla bigenitorialità viene assicurato preminentemente al momento della fecondazione dell’ovulo<sup>43</sup>.

Diversamente, nella fase successiva della “gestazione” ed ancor più in quella della nascita, quando ancora l’elemento della bigenitorialità dovrebbe “assistere” il nascituro, la legge non garantisce la perdurante stabilità della convivenza o l’integrità del rapporto matrimoniale di coppia.

Si deve concludere che la legge riconosce in capo al concepito l’esistenza di un diritto alla bigenitorialità solo al momento della fecondazione.

Perciò non corrisponde al vero l’assunto - se pure è auspicabile sia attuato tale principio - che la norma tuteli il concepito nel senso che “il nuovo nato si apre alla vita con ambedue i genitori”.

Ciò non è affatto garantito dato che al momento della nascita, tanto i coniugi quanto i conviventi potrebbero essere separati legalmente o di fatto.

Tali considerazioni indurrebbero a negare che il “concepito” abbia un diritto alla bigenitorialità subordinato all’evento della nascita, atteso che esso trova maggiore forza e tutela proprio e solo nella fase anteriore ad essa. In tal modo si contraddice il principio consolidato espresso dall’ art. 1, comma 2° c.c. a tenore del quale “i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, op. cit., p. 14, rileva come anche il diritto all’affidamento della casa familiare esista già al momento del concepimento atteso che nella p.m.a. la casa familiare può essere identificata sin dal momento in cui si avvia la procedura prevista dalla legge n. 40/2004, o meglio nel momento in cui la richiesta dei genitori diventa irrevocabile, cioè all’atto della fecondazione.

<sup>44</sup> N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, op. cit., p. 357 per il quale “il generico riferimento al “concepito” come soggetto coinvolto non può quindi indurre né a revocare la previsione normativa di cui all’art. 1 del codice civile né a costruire una necessaria qualificazione unificante del soggetto”.

Né appare coerente sostenere che un diritto venga ad esistenza e sia azionabile solo con l'evento della nascita del suo titolare e nello stesso tempo ipotizzarne l'esistenza solo nel momento anteriore del concepimento<sup>45</sup>.

Nella p.m.a. sembra "contare" più il concepito che il nato quanto al diritto di avere un padre e una madre.

Viceversa sembra più realistico ammettere che i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, quali l'esistenza di una coppia di coniugi o di conviventi<sup>46</sup>, si riferiscano piuttosto agli altri soggetti, la madre e il padre, nella prospettiva di assicurare proprio a questi ultimi *sin dall'inizio del processo procreativo* il diritto di partecipare fattivamente, responsabilmente, alla realizzazione del proprio interesse a divenire genitori, ferma restando la possibilità, come nell'ipotesi diversa di procreazione naturale, che il rapporto di coniugio o convivenza subisca delle fratture, anche irreversibili, durante la gestazione<sup>47</sup>.

Considerazioni analoghe, si possono svolgere riguardo alla previsione legislativa che pone tra i requisiti soggettivi di accesso alla p.m.a., l'esistenza "in vita" di ambedue le figure genitoriali (art. 4, "entrambi viventi"). Non è dato capire con esattezza in quale momento della procedura di p.m.a. sia necessario il rispetto di tale requisito e cosa debba succedere nell'eventualità, per nulla remota, che nelle more del procedimento di autorizzazione (art. 6, l. p.m.a.), o lungo il periodo di gestazione, il coniuge o il convivente muoia<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Senza contare del fatto che quelle tutele accordata al concepito "implicano modalità attuative di tipo oggettivo, comunque necessariamente legate all'interesse di altri soggetti o della collettività in quanto tale", così, N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, op cit., p. 358.

<sup>46</sup> M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1409, il quale conclude analogamente per quanto concerne il requisito della presenza in vita di entrambi i membri della coppia al momento della fecondazione dell'ovulo.

<sup>47</sup> In giurisprudenza, cfr. Trib. Bologna, 26 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 614 ss., con nota di G. CASSANO, *Impianto degli embrioni ed autodeterminazione nelle scelte procreative*.

<sup>48</sup> Prima della Novella sulla p.m.a. si ricorda il noto precedente del Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 52 ss. con nota di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione post mortem e intervento del giudice di merito*; ivi, p. 384 ss. con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*; in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 226 ss. con nota di A. MIRANDA, "Tragic choice" in Italy: *brevi note in tema di esecuzione post mortem del contratto di procreazione medicalmente assistita* e di G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*; in *Foro it.*, 1999, I, 1654, con nota di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*; in *Nuova giur. civ. comm.*,

#### **4. L'individuazione della paternità secondo lo *status filiationis* del nato da tecniche di fecondazione artificiale di tipo omologo.**

Sotto una diversa prospettiva, la vigente disciplina in materia di procreazione artificiale consente forse di configurare una situazione di tutela della paternità garantita dal legislatore in quel momento temporale che è giuridicamente indefinito e indefinibile della fecondazione dell'ovulo.

Si è detto come l'attribuzione della paternità nella procreazione secondo natura sia tradizionalmente ancorata al sistema di *status* che si costituisce in capo al figlio, e quindi risulti giuridicamente accertata - quantomeno in linea teorica - solo a seguito della nascita di quest'ultimo.

Nella disciplina della p.m.a., al di là del fatto che il legislatore si è preoccupato di dettare alcune previsioni volte a qualificare la condizione del figlio nato a seguito dell'applicazione di queste tecniche, la "peculiarità" stessa del procedimento artificiale consentirebbe, secondo un orientamento interpretativo, di rilevare l'accertamento della paternità molto prima della nascita del figlio.

Ma è possibile dimostrare nell'istituto in esame un nesso tra l'accertamento della paternità mediante lo *status* e l'individuazione di una paternità prenatale?

In primo luogo, ci si deve chiedere come opera il sistema di costituzione ed accertamento dello *status* in relazione al nato da p.m.a. secondo le indicazioni che provengono dal legislatore.

Si tratta di capire se il "meccanismo" di attribuzione dello *status* nella p.m.a. sia il medesimo di quello adottato nella procreazione secondo natura, salve le eccezioni previste dalla legge n. 40/2004, o se, diversamente, si tratti di una modalità alternativa di attribuzione dello *status* in ragione della peculiarità propria della tecnica *de qua*.

Il problema non è di immediata soluzione anche in considerazione del fatto che la citata Novella ha dedicato solo poche e lacunose norme al riguardo: sembra ad una prima lettura che si introducano rilevanti peculiarità rispetto alle previsioni disciplinanti la filiazione da procreazione naturale.

---

1999, I, p. 221 ss., con nota di E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole il ricorso ai principi*, con Postilla di F. D. BUSNELLI.

Le norme della legge n. 40/2004 che coinvolgono questo profilo sono sostanzialmente due, l'art. 8 (*Stato giuridico del nato*) e l'art. 9 (*Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*), inserite nel Capo III contenente "Disposizioni concernenti la tutela del nascituro"<sup>49</sup>.

Come è noto, tali prescrizioni generali concernono le fattispecie di filiazione da procreazione artificiale di tipo omologo ed eterologo<sup>50</sup>.

Limitiamoci, per il momento, a focalizzare l'attenzione sulla disciplina dello *status* del nato da procreazione assistita omologa, che rimane ad oggi l'unica tecnica consentita dalla legge (art. 4, comma 3°, l. p.m.a. nonché *infra*).

L'art. 8, proclama 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".

L'art. 9, comma 2°, prevede, senza alcuna ulteriore precisazione, che "la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata" nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30 comma 1, del regolamento di cui al d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396<sup>51</sup>.

In sostanza, la disciplina della filiazione da procreazione assistita di tipo omologo afferma che il figlio conseguirà lo *status* di figlio legittimo o naturale e che la madre, sia essa coniugata o convivente, non potrà avvalersi dell'anonimato.

---

<sup>49</sup> M. FINOCCHIARO *Dopo il consenso impossibile disconoscere la prole*, in *Le prospettive della famiglia. Dalla procreazione assistita alle coppie di fatto*, in *Guida al dir., Dossier*, 2004, 3, p. 36 ss., il quale rileva come le disposizioni degli artt. 8 e 9 siano diretti alla tutela del già nato più che del nascituro, cioè di chi ancora nato non è, trattando in via generale dello *status* del figlio nato da p.m.a.

<sup>50</sup> Come è noto la differenza sostanziale tra queste tecniche sta nell'utilizzo di materiale genetico (gameti) dei soli componenti la coppia di coniugi o conviventi richiedenti la p.m.a. ovvero nell'utilizzo se pure parziale, di materiale genetico di un soggetto estraneo alla coppia. Per una breve ma dettagliata panoramica sulle tecniche di fecondazione artificiale esistenti cfr., S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, *op. cit.*, p. 1245 ss.

<sup>51</sup> Anche se tale comma è inserito in un contesto normativo che si riferisce essenzialmente alle conseguenze dell'elusione del divieto del ricorso alla fecondazione di tipo eterologa, sembra evidente che il divieto dell'anonimato valga per tutte le madri che hanno fatto ricorso alla procreazione assistita, comprese quelle, quindi, che si sono poste nei limiti dettati dal legislatore. In tal senso, depone la formulazione letterale della disposizione che si riferisce genericamente alla "madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita".

In relazione alla disposizione di cui al citato art. 8, è noto come la formulazione della stessa abbia creato due differenti correnti di pensiero quanto alla modalità di attribuzione al nato da p.m.a. dello *status* di figlio naturale; ma è di tutta evidenza che le differenti soluzioni prospettabili involgano anche il profilo della costituzione dello *status* di figlio legittimo<sup>52</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria<sup>53</sup>, infatti, la norma citata attribuisce ai nati da coppia non coniugata ma convivente, lo stato di figli naturali riconosciuti senza che - secondo la dizione letterale della norma - debba intervenire un formale atto di riconoscimento in tal senso, bastando diversamente il preventivo atto di consenso alle tecniche di procreazione manifestato nelle forme prescritte<sup>54</sup>. L'interpretazione letterale dell'art. 8, indurrebbe, infatti, a ritenere che l'attribuzione dello *status* in capo al nato sia automatica senza che vi sia bisogno di un formale atto di riconoscimento.

In tale prospettiva, si è detto che il consenso alla p.m.a. acquista una particolare forza espansiva, rappresentando, esso stesso, una modalità del riconoscimento del figlio naturale che sia nato con l'ausilio delle predette tecniche<sup>55</sup>.

A tale indirizzo si contrappone un'altra linea di pensiero per la quale l'indicazione contenuta nell'art. 8 avrebbe solo valore "programmatico", non potendosi conseguire automaticamente lo *status* di figlio legittimo o naturale senza applicare i principi e le modalità di attribuzione propri della filiazione da procreazione naturale, cioè, ad esempio, prescindendo dal formale riconoscimento del figlio naturale<sup>56</sup>. La disposizione richiamata, pertanto, imporrebbe in ogni caso al fine della costituzione del rapporto tra padre e figlio, un riconoscimento paterno *ex art. 250 c.c.* In mancanza di questo, la volontà dell'uomo espressa per atto scritto di accedere alle tecniche di fecondazione assistita, potrebbe, al più, costituire elemento decisivo ai fini

---

<sup>52</sup> Invero, per quanto l'attribuzione dello *status* di figlio legittimo sia "automatica" nella procreazione secondo natura, la madre può prevenire tale attribuzione di *status* dichiarando il figlio naturale altrui.

<sup>53</sup> G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit.

<sup>54</sup> C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 521 ss., "L'art. 8, invece, stabilisce un automatismo della filiazione "naturale": non c'è bisogno di un atto di riconoscimento successivo al concepimento; il rapporto di filiazione con i relativi doveri nasce dal consenso alla procreazione medicalmente assistita".

<sup>55</sup> Cfr., A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 515 ss.

<sup>56</sup> M. FINOCCHIARO, *Dopo il consenso impossibile disconoscere il nato*, op. cit., p. 36 ss.

dell'accoglimento della domanda di accertamento giudiziale della paternità eventualmente proposta dal nato *ex art. 269 c.c.*<sup>57</sup>.

Secondo il primo indirizzo interpretativo poc'anzi accennato, la legge in esame superando il principio volontaristico nell'accertamento della genitorialità,- come dimostra la preclusione espressa per la madre a manifestare la volontà di non essere nominata nell'atto di nascita *ex art. 9, comma 2°*,- potrebbe garantire "un'attribuzione *ex lege* dello *status* di figlio naturale *ex latere patris* sì che il padre naturale non è onerato dal riconoscimento secondo il regime generale della filiazione naturale", di guisa che "potrebbe ritenersi che il legislatore abbia inteso dedurre - in via generale e secondo un automatismo indefettibile - dalla volontà di accedere alla pratica, manifestata dal partner della donna, il riconoscimento antenatale del figlio che da tale pratica nascerà"<sup>58</sup>.

Si è sostenuta addirittura l'idea che tale disposizione contenga una finzione di *status*<sup>59</sup> in quanto la disciplina sulla p.m.a. attribuirebbe al nato da p.m.a., cui ha fatto ricorso una coppia di conviventi, uno stato - un vero e proprio *status* di figlio legittimo o naturale<sup>60</sup> - che non è possibile acquistare con lo stesso automatismo nella parallela ipotesi di filiazione naturale.

La questione, a ben vedere, è più complessa di quella che, *prima facie*, può apparire<sup>61</sup>. Si tratta di stabilire se debbano applicarsi alla filiazione da p.m.a. i medesimi

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione, op cit.*, per il quale "tale riconoscimento si configurerebbe pertanto come effetto normativo necessario del consenso alla fecondazione e - forse in termini dogmatici - verrebbe ad integrare un mero atto giuridico, anziché un negozio". In tale prospettiva, l'a. ricorda le prevedibili difficoltà pratico-operative dell'ufficiale di stato civile incaricato della redazione dell'atto di nascita; costui, infatti, per rendere efficace tale automatismo nell'attribuzione dello stato di figlio naturale cioè per essere legittimato ad inserire l'indicazione del padre naturale nell'atto di nascita in mancanza di un riconoscimento formale dovrebbe essere reso edotto circa la qualità del figlio di nato da fecondazione assistita e della qualità di convivente propria del partner della donna che ha partorito.

<sup>59</sup> A. PALAZZO, *La filiazione, op. cit.*, p. 21.

<sup>60</sup> M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi, op. cit.*, p. 117 ss., il quale evidenzia come tale disciplina crei un terzo *status* di filiazione, quella nata a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Secondo l'a. si potrebbe ipotizzare *de iure condendo*, una presunzione di nascita del figlio nella convivenza con facoltà di prova contraria mediante azione di disconoscimento; in tal modo si "colmerebbe una ancor vistosa differenza di *status* fra prole legittima e naturale".

<sup>61</sup> Rileva l'"impatto sovvertitore" della procreazione assistita sul senso originario, tradizionale, naturale ed umano della fecondazione, della procreazione e della filiazione auspicando una "rilettura" - di

principi e criteri attributivi dello *status* del nato da procreazione naturale, secondo le modalità dell'ordinamento di stato civile, oppure se l'attribuzione dello *status* al nato da p.m.a. segua un percorso tutto suo, al momento sfornito di un articolato supporto normativo<sup>62</sup>.

Il problema non è “puramente teorico” o “di principio”, come si suole dire, ma involge un profilo pratico di decisiva rilevanza.

Se, infatti, lo *status* risulta prevalentemente ed in ultima analisi dall'atto di nascita, che è ad un tempo titolo dello stato e prova della filiazione, è alla modalità di formazione di tale documento che si dovrà porre attenzione per dirimere la questione.

Chiunque sia il soggetto legittimato alla dichiarazione di nascita - in ipotesi gli stessi soggetti di cui all'art. 30, comma 1° dell'ordinamento di stato civile - potrà indicare all'ufficiale di stato civile competente le generalità del padre e della madre<sup>63</sup> del nuovo nato e l'ufficiale ricevente dovrà *necessariamente* inserire tali nomi nell'atto di nascita del figlio senza rispettare, in particolare per quel che concerne la filiazione naturale, la prescrizione di cui alla seconda parte del comma 2° dell'art. 29 dell'ordinamento citato<sup>64</sup>.

Per quanto concerne la madre coniugata, essa non potrà dichiarare la nascita di un figlio naturale concepito con persona diversa dal marito, pur essendo tale ultima ipotesi certamente ipotizzabile anche nella p.m.a.

Se, quindi, con la nascita, il figlio acquisterà automaticamente e necessariamente lo *status* di figlio legittimo o naturale della coppia che ha espresso il consenso, risulta evidente come nella “normalità” delle ipotesi, l'attribuzione della paternità del marito o convivente, per quanto risulti formalmente dopo la nascita del figlio, risalga

---

trabucchiana memoria - del diritto positivo di famiglia, G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, op. cit., p. 329.

<sup>62</sup> M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, op. cit., p. 13; l'a. ritiene che non a tutta la vicenda della procreazione assistita possa essere integralmente applicata la disciplina della filiazione naturale, atteso che “la procreazione assistita è un fenomeno del tutto nuovo, completamente diverso dalla procreazione naturale, sicché alcune regole non trovano applicazione proprio per la diversità delle situazioni concrete”.

<sup>63</sup> Si rinvia per il momento la questione dell'anonimato di cui a breve.

<sup>64</sup> L'art. 29, comma 2°, seconda parte, dell'ordinamento di stato civile si riferisce alla necessità, per la filiazione naturale, che l'ufficiale inserisca il nominativo dei genitori solo se questi rendono personalmente la dichiarazione di nascita, ovvero se vi è un atto pubblico contenente il consenso espresso del genitore ad essere inserito nell'atto di nascita del figlio.

sostanzialmente al momento del consenso irrevocabilmente prestato nelle forme richieste; cioè al concepimento, in senso lato.

Secondo tale prospettiva, quindi, il consenso alla fecondazione dato nelle forme richieste dalla legge dà fondamento allo *status* del nascituro, ancorché esso possa non riflettere la veridicità dell'atto naturale della procreazione benché si tratti di p.m.a. omologa.

Ma sussiste davvero, anche prima della nascita, una condizione di padre legittimo o naturale giuridicamente rilevante in virtù del consenso?

La ricostruzione sin qui tratteggiata per quanto pregevole nel valorizzare l'elemento volontaristico e l'assunzione di responsabilità da procreazione sin dal concepimento, evidenzia, tuttavia, rilevanti antinomie del sistema e va, pertanto, respinta.

In primo luogo, si potrebbe obiettare che se l'attribuzione dello *status* fosse automatica non si riuscirebbe a spiegare la norma che vieta l'anonimato della madre (art. 9, comma 2° l. p.m.a.). Infatti, tale divieto sarebbe sempre "superato" dall'automatico riscontro della maternità del nato.

In secondo luogo, tale modalità di attribuzione dello *status*, benché si riveli forse più accettabile nella filiazione legittima<sup>65</sup>, suscita forti perplessità per quanto concerne la filiazione naturale di coppia convivente. Infatti, l'ufficiale di stato civile, se è vero che non occorre il riconoscimento formale proveniente dal o dai genitori, dovrebbe essere messo in grado di conoscere, al momento della redazione dell'atto di nascita, che il soggetto è nato da p.m.a. e che colui che si dichiara "padre" è il convivente stabile della partorientente<sup>66</sup>.

Si potrebbe fondatamente ribattere che tutto ciò risulta dall'atto di consenso e di accettazione di cui agli artt. 8 e 9 della legge ai sensi del disposto dell'ultimo comma

---

<sup>65</sup> In ragione del divieto di anonimato della madre di cui all'art. 9, comma 2°, senza il quale la madre potrebbe, avvalendosi della facoltà di non essere nominata, paralizzare l'accertamento della paternità legittima, della prova del matrimonio, del "meccanismo" presuntivo (salva sola la facoltà della donna di dichiarare il figlio naturale altrui).

<sup>66</sup> Cfr. *supra*, nota (58).



dell'art. 6 l. n. 40/2004<sup>67</sup>, ma è legittimo rivelare al momento della redazione dell'atto di nascita, o meglio della c.d. denuncia di nascita, la circostanza che il figlio è nato da procreazione artificiale?

Si può ammettere che l'accertamento dello *status filiationis* da p.m.a. (e, quindi, per quanto ci interessa, l'individuazione della paternità) sia automatico sul presupposto dell'iniziale consenso informato prestato nella fase di accesso alla procedura, là dove tale accertamento rimarrebbe affidato al volere della madre nella ipotesi di procreazione naturale?

Ragioni di ordine logico e sistematico consigliano di accogliere la seconda soluzione prospettata, quella della non automaticità del meccanismo di attribuzione dello *status*. Per quanto dall'interpretazione letterale della norma sembri conseguire una "certezza automatica" nella costituzione dello *status*, è verosimile che si debba tener conto dei principi generali di cui all'ordinamento di stato civile, là dove la stessa legge n. 40/2004 non ne dispone una deroga espressa.

In primo luogo, non sembra logico prevedere il divieto dell'anonimato, se non si ritiene implicitamente di applicare la disciplina di cui all'ordinamento di stato civile.

In tale prospettiva, quindi, si può ipotizzare che quando la coppia coniugata o convivente avrà prestato validamente il consenso nelle forme prescritte dall'art. 6, il figlio potrà acquistare lo stato di figlio legittimo o naturale riconosciuto secondo le indicazioni del d.p.r. n. 396/2000, e non certamente un diverso ed ulteriore *status filiationis*.

In altre parole, lo *status* del figlio nato da p.m.a. sarà costituito ed accertato attraverso il medesimo meccanismo dell' "atto di nascita" del figlio nato da procreazione naturale, con la precisazione che in tale documento non possono inserirsi indicazioni circa il fatto che il soggetto è nato da p.m.a., e l'individuazione della paternità seguirà le peculiarità proprie della filiazione da procreazione naturale salve l'eccezione di cui all'art. 9, comma 2° della legge.

Nel caso di coppia coniugata che abbia fatto ricorso a tale tecnica, quindi, il marito conseguirà la qualità di padre legittimo in forza della presunzione di paternità

---

<sup>67</sup> L'art. 6 ult. comma recita testualmente, "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'art. 8 e all'art. 9 della presente legge".

(art. 231 c.c.) confluita nell'atto di nascita del figlio, sempre che la madre non abbia dichiarato il figlio come figlio naturale altrui.

Nella ipotesi di coppia convivente, invece, il padre sarà accertato attraverso il suo stesso "riconoscimento volontario" ovvero a seguito dell'accertamento giudiziale della paternità naturale.

Si può fondatamente ritenere che il riferimento contenuto nel comma 2° dell'art. 9 del d.p.r. n. 396/2000, conduca ad una prima conclusione: al nato da p.m.a. di tipo omologo si applicano i medesimi principi in tema di filiazione legittima e naturale riconosciuta ed il medesimo d.p.r. n. 396/2000 di guisa che la costituzione e l'accertamento dello *status* del figlio seguirà le regole proprie di tale disciplina, salve l'eccezioni espressamente previste dalla stessa legge n. 40/2004 (art. 9, comma 2°).

Se, quindi, si assume che i criteri di costituzione dello *status* del nato da p.m.a. siano gli stessi del nato da procreazione naturale, rimane da capire come incida la mancata facoltà di scelta dell'anonimato della madre nell'attestazione di avvenuta nascita secondo la previsione legislativa (art. 9, comma 2° l. p.m.a.).

Ed ancor più, ci si chiede, che valore assume il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale posto che questo non incide direttamente sull'attribuzione dello *status* del figlio.

Nella filiazione "naturale", si è detto come la scelta dell'anonimato della madre al momento del parto rileva in una diversa prospettiva a seconda che si tratti di filiazione legittima o naturale.

Nella prima ipotesi, infatti, l'anonimato scelto dalla madre esclude l'attribuzione automatica della paternità legittima in capo al marito non contenendo l'attestazione di nascita alcuna indicazione relativa alla madre<sup>68</sup>; nella seconda, invece, la scelta dell'anonimato della madre naturale al momento del parto non incide sull'accertamento della qualità di padre naturale in capo all'autore dell'atto di riconoscimento volontario della filiazione naturale effettuato dopo la nascita.

---

<sup>68</sup> Nella ipotesi di scelta dell'anonimato della madre, atteso che l'attestazione di nascita non conterrà indicazioni relative alla puerpera, ciascuno dei soggetti legittimati alla dichiarazione di nascita non potrà indicare le generalità della madre paralizzando l'operatività della presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c.; si potrebbe sostenere, tuttavia, che il marito potrà non di meno effettuare una dichiarazione di riconoscimento del figlio acquistando conseguentemente lo stato di padre naturale del figlio nato nel matrimonio.

In buona sostanza, si può ritenere che l'anonimato della madre nella procreazione naturale si converte nell'impossibilità per il figlio adottato di risalire alle proprie origini biologiche o, se non ancora in possesso di uno *status* di figlio adottivo altrui, di risalire all'identificazione del soggetto verso cui proporre l'azione di accertamento della maternità naturale.

Se ciò accade nel procedimento di attribuzione di *status* nella filiazione da procreazione naturale, si può verificare come incide il divieto di anonimato nella disciplina sulla p.m.a.

Prospettato che - per il resto - a tale procreazione artificiale si applicano i medesimi principi della filiazione naturale, è evidente che in nessun modo si potrà avere una attestazione di avvenuta nascita c.d. "in bianco", cioè non contenente le generalità della puerpera o attestante la volontà della madre di non essere nominata.

Tuttavia, tale indicazione della madre non potrà avere l'effetto di accertare automaticamente la qualità di madre legittima, nella filiazione legittima, o di quella naturale nella filiazione naturale da p.m.a.

In particolare, nel caso di coppia sposata, per quanto l'attestazione di nascita contenga l'indicazione della partoriente, ben potrebbe accadere che la madre al momento della denuncia di nascita dichiari il figlio come figlio naturale nato da una relazione extraconiugale, escludendo l'operatività della presunzione di paternità<sup>69</sup>.

Anche nella procreazione m. a. di tipo omologo, infatti, atteso che il requisito della infertilità o sterilità si riferisce in senso lato all'infertilità della coppia, nel senso che uno solo dei coniugi potrebbe essere fertile<sup>70</sup>, nulla impedisce che la moglie

---

<sup>69</sup> Per l'ipotesi di filiazione legittima, tuttavia, il divieto di anonimato della madre, farà sì che la madre sarà sempre certa, e sarà legittima o naturale riconosciuta.

<sup>70</sup> La *sterilità* è intesa come l'incapacità della *coppia* di ottenere una gravidanza dopo un anno di rapporti sessuali potenzialmente fecondanti; la *infertilità*, invece, è l'incapacità da parte di una *coppia* di portare avanti una gravidanza fino all'epoca che garantisce la sopravvivenza del feto, cfr. *sub* nota (68), C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 523. Sulla necessità di una nozione più ampia di "sterilità" della coppia attraverso un'interpretazione adeguatrice riferibile anche a "coloro che si trovano, in pratica, nella stessa situazione pur se non sterili in senso stretto" cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 530.

concepisca un figlio con un terzo uomo e nello stesso tempo si sottoponga alla tecnica utilizzando il materiale genetico del marito<sup>71</sup>.

Così, nel caso di coppia convivente, per quanto la madre debba indicare le proprie generalità nell'attestazione di avvenuta nascita, ben potrà la stessa non voler procedere al riconoscimento del figlio naturale.

L'argomento più persuasivo, a tale proposito è il seguente: il divieto di anonimato non sembra sia di per sé sufficiente a creare una disparità di trattamento a favore del figlio naturale nato da p.m.a. Il legislatore non ha inteso privilegiare il figlio nato da p.m.a. quanto al "diritto ad avere una madre".

Il divieto dell'anonimato materno, significa piuttosto che al nato da p.m.a. sarà sempre consentito conoscere l'*identità* della propria madre, vuoi nel caso di seguita adozione, vuoi nel senso più completo dell'accertamento della maternità naturale atteso che il consenso dato a tale pratica comporta la certezza di essere esposti, *ex latere matris*, alla identificazione.

In questa prospettiva, il divieto dell'anonimato nella p.m.a. non si converte in una maternità "*per tabulas*" sotto il profilo dell'accertamento dello *status* (salva una azione di accertamento della maternità naturale proposta dal figlio) ma incide sulla facoltà del nato di conoscere con certezza la propria derivazione biologica e, quindi, di tutelare l'identità della persona<sup>72</sup>.

*Quid iuris* quanto alla posizione del padre?

Si può sostenere che per esso non esistendo nella procreazione naturale una "evidenza" della paternità da poter nascondere - diversamente da ciò che avviene per la madre, nella gestazione e nel parto per la quale si è sancita la "facoltà dell'anonimato"-, non è indispensabile alcun istituto volto a tutelare il riserbo dell'uomo.

Di conseguenza, mentre per la madre nella p.m.a., c'era bisogno di vietare l'anonimato, disapplicando la disciplina generale sul punto - atteso che, diversamente, la tutela del riserbo mediante il ricorso all'anonimato materno sarebbe stato in contrasto con il consenso iniziale alla fecondazione m.a.-, in riferimento al padre, coniuge o convivente, si deve ritenere che tale qualità biologica sia rivelata dallo stesso consenso

---

<sup>71</sup> Ipotesi che presuppone la non riuscita della tecnica artificiale.

<sup>72</sup> Per quanto si ritiene assai remota l'ipotesi della donna che sottopostasi alle tecniche artificiali intenda non riconoscere il figlio nato a seguito delle stesse.

prestato e confermato nella fase di accesso alla p.m.a., di guisa che nel caso di mancato riconoscimento paterno sarà comunque individuabile senza difficoltà il legittimato passivo di una azione di accertamento giudiziale di paternità proposta dal figlio, ovvero dalla madre nell'interesse del nato.

E' di tutta evidenza come il diverso atteggiarsi del sistema di costituzione dello *status* in capo al nato da p.m.a. di tipo omologo, secondo le linee interpretative prospettate, conduca a differenti soluzioni sostanziali quanto all'identificazione della figura paterna.

In conclusione la teoria più accreditata nella dottrina afferma che il consenso dato - nelle forme richieste dalla legge - alla fecondazione, ad un tempo fonda il sistema dello *status* e consente l'identificazione della paternità prima della nascita ma non riesce a giustificare la previsione espressa del divieto dell'anonimato e pone fondati dubbi di legittimità rispetto al trattamento riservato alla filiazione da procreazione naturale.

Viceversa, l'interpretazione più aderente ai principi della filiazione naturale svincola l'attribuzione della paternità dalla costituzione dello *status*, consentendo al figlio il diritto di identificare il proprio genitore - padre grazie al consenso irrevocabile alla tecnica di inseminazione da questo prestato.

In un caso, si può concludere, è il consenso che governando lo *status* identifica la paternità del nato nella forma più ampia e certa; nell'altro, il consenso al concepimento per quanto non operi direttamente sullo *status filiationis*, individua non di meno la paternità del nato quale elemento giuridicamente rilevante dell'identità personale del figlio.

##### **5. L'attribuzione della paternità nella p.m.a di tipo eterologo. Il divieto, lo *status* del nato, il terzo donatore.**

Se in relazione alla p.m.a. di tipo omologo si è detto come l'attribuzione della paternità sia garantita vuoi dall'accertamento dello *status*, vuoi, ancor prima, dal consenso irrevocabile dato alla procreazione nelle forme prescritte dalla legge, sul presupposto del fondamento biologico del rapporto genitoriale, in relazione alla

identificazione della paternità nella p.m.a di tipo eterologo<sup>73</sup>, la situazione pare più complessa per la peculiarità della tecnica richiesta<sup>74</sup>, in ragione della quale la disposizione di cui all'art. 4, punto 3 della legge 19 febbraio 2004, contiene testualmente il divieto - espresso in forma chiara e senza limiti - di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo<sup>75</sup>.

Nel prosieguo del discorso, non potrà non tenersi conto, quindi, che - in Italia - la p.m.a. di tipo eterologo è considerata una "pratica" illecita se non, - si è detto, - costituzionalmente illegittima<sup>76</sup>.

Senza alcuna pretesa di entrare nel merito della soluzione legislativa adottata, pare evidente che la scelta di vietare il ricorso alla fecondazione eterologa si ponga nella prospettiva - costituzionalmente garantita alla luce degli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost. - secondo la quale il nascituro avrebbe diritto ad un padre che sia tale non solo dal punto di vista legale, ma anche biologico in ragione della "pretesa" corrispondenza tra identità sociale e identità genetica della persona<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Per chiarezza espositiva, si vuole dar conto che tra le varie tipologie di tecniche accomunate sotto tale dicitura, ci si riferisce esclusivamente alla pratica che utilizza la donazione di gameti maschili estranei alla coppia, escludendosi, la pratica della c.d. maternità surrogata.

<sup>74</sup> Per una dettagliata descrizione del panorama sulle tecniche esistenti si veda, ancora, S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 1245 ss.

<sup>75</sup> "E' vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo"; salvo a precisare nel successivo art. 12 comma 8 che "non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche di cui ai commi 1, 2, 4 e 5" tra cui rientrano le tecniche di p.m.a. di tipo eterologo.

<sup>76</sup> A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, *op. cit.*, p. 208; evidenzia come l'unica certezza emergente dalle norme *de quibus* sia il carattere illecito dell'applicazione delle tecniche con seme di donatore estraneo alla coppia, S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, *op. cit.*, 2004, p. 1254 ss. Si ricorda, altresì, come la disposizione normativa sia stata oggetto di referendum abrogativo; si rinvia sul punto a E. LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 195 ss.

<sup>77</sup> M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1405 ss. il quale rileva come "il divieto legislativo della fecondazione eterologa potrebbe manifestare, quindi, il rifiuto dell'ordinamento di consentire la creazione di un "falso" rapporto di discendenza, cosicché il divieto medesimo troverebbe un fondamento nell'art. 2 Cost., qualificando la corrispondenza tra identità genetica e identità sociale della persona quale originario diritto della personalità". In tale prospettiva, dunque, l'a. evidenzia l'incoerenza della legge la quale da un lato pone il divieto e dall'altro attribuisce al nato lo *status* di figlio legittimo del marito o naturale del convivente ed impedisce il formarsi di relazioni col donatore "frustando così l'unico possibile fondamento razionale del divieto, che è quello di assicurare il diritto all'identità genetica della persona"; C. CASINI, M.L. DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, 2004, II, p. 498

Volendo addivenire ad una valutazione in positivo del disposto legislativo, si può condividere il pensiero di quanti ritengono che la previsione del divieto assuma il significato del “riconoscimento del ruolo strutturale della figura paterna fondata sul rapporto di discendenza genetica”, per quanto la bontà di tale conclusione sia immediatamente sovvertita dalla disciplina delle conseguenze dell’elusione del divieto<sup>78</sup>.

La previsione del divieto condurrebbe alla conclusione che fondamento imprescindibile del rapporto di paternità è la corrispondenza biologica tra i due soggetti della relazione genitoriale.

Si è detto, tuttavia, come la legge sulla p.m.a. detti (alcune delle) le conseguenze cui soggiacciono coloro che, non ostante il divieto normativo, facciano ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Come è noto, l’ipotesi non è puramente teorica, verificandosi con frequenza il caso della coppia italiana che, al fine di aggirare il divieto normativo, ricorre alla p.m.a. in quei paesi in cui la pratica è variamente consentita<sup>79</sup>.

Ancora una volta l’evanescenza delle previsioni legislative pone delicate questioni di interpretazione.

La disciplina contenuta nell’art. 9, in maniera espressa, prevede alcune indicazioni che consentono di addivenire alla determinazione dello *status* del nato da procreazione assistita vietata dall’ordinamento italiano.

Se, quindi, l’accertamento della paternità può conseguirsi con la maggiore ampiezza attraverso la costituzione e l’accertamento dello *status* del figlio, è a tale disciplina che si dovrà preliminarmente porre attenzione.

---

ss. rileva come il divieto in esame (nonché quello relativo alla maternità surrogata) si pongano nella prospettiva di garantire al figlio il diritto e l’interesse ad avere una madre e un padre che “siano tali sotto ogni profilo (genetico, affettivo, legale)”. Gli a. citati rammentano come secondo le ricerche più recenti, la certezza anche biologica della genitorialità sia “la condizione prioritaria per la strutturazione della propria identità personale”, p. 515.

<sup>78</sup> U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 494.

<sup>79</sup> Diversamente, è considerata una tecnica lecita anche se subordinatamente a differenti condizioni, in Austria, Francia, Germania, Gran Bretagna, Norvegia, Svizzera, Svezia, Spagna, Stati Uniti.

Occorre, cioè, stabilire alla luce dell'interpretazione della legge in esame e dei principi generali del diritto di famiglia, quale sia lo *status* del figlio procreato dalla tecnica di tipo eterologo.

L'individuazione dello *status*, o meglio, la modalità di costituzione dello stesso in capo al nato da procreazione m.a., consentirà all'interprete di risalire all'accertamento della qualità di padre, secondo la originaria ipotesi di cui si è detto nel capitolo che precede.

A tal proposito, il primo problema che l'interprete si trova a dirimere si traduce nel quesito se lo *status* del nato da p.m.a. di tipo eterologo sia evincibile dall'art. 8 ovvero dall'art. 9 della Legge; ci si chiede, pertanto, se l'art. 8 che si riferisce alla "coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6", valga rigorosamente per la coppia che ha rispettato tutti i requisiti oggettivi, soggettivi, di consenso informato, prescritti dalla Novella, ovvero per ogni ipotesi di figlio nato a seguito di una procedura di fecondazione artificiale.

Il problema, in questo caso, è quello di capire se la disposizione sia applicabile anche alle fattispecie del nato a seguito di p.m.a. di tipo eterologo vietata dalla legge<sup>80</sup>.

Due sono le alternative percorribili; secondo la prima, atteso che la disposizione di cui all'art. 8 ha valenza generale, anche il nato da p.m.a. di tipo eterologo - benché vi sia violazione della legge e non sia attuata la procedura di cui all'art. 6, - "consegue lo *status* di figlio legittimo o figlio riconosciuto della coppia in forza dell'art. 8"; su tale primo risultato, si innesta, la disciplina "specificata" prevista al comma 1, 2 e 3 dell'art. 9.

A favore di tale interpretazione si porrebbe l'esigenza preminente di tutelare la posizione del nascituro "incolpevole"<sup>81</sup> attuata attraverso il superamento dell'interpretazione strettamente letterale del dato normativo che richiede l'esistenza di una "coppia" intesa come coppia di genitori biologici ed il consenso da questa espresso secondo precise formalità.

---

<sup>80</sup> V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 269 ss. si chiede "Lo stato dei figli nati da fecondazione omologa consentita e quello dei figli nati da fecondazione eterologa vietata è assolutamente uguale? La legge si esprime in termini molto diversi a proposito delle due "categorie" di figli. I figli nati da pratica omologa "conseguono lo stato", mentre per quelli nati da pratica eterologa coloro che hanno acconsentito non possono contestare lo stato. Tale differenza o ha significato o non ne ha [...]".

<sup>81</sup> Si ricorda, infatti, che il titolo III è dedicato alla "Tutela del nascituro".



Secondo l'altra teoria, potrebbe invece sostenersi che mentre l'art. 8 si riferisce esclusivamente allo *status* del nato da procreazione di tipo omologo, la filiazione da tecniche di tipo eterologo soggiace ad una differente e limitata disciplina desumibile direttamente o implicitamente dall'art. 9<sup>82</sup>.

In tal senso, deporrebbe la valorizzazione del requisito della "coppia" intesa come coppia di genitori biologici di cui all'art. 8 che giocoforza mancherebbe ontologicamente in tale accezione nel caso di procreazione di tipo eterologo; infatti, si può parlare di coppia solo allorquando da entrambi i soggetti del rapporto procreativo proviene il materiale genetico.

In tale ultima prospettiva, lo *status* del nato da p.m.a. di tipo eterologo sarebbe desumibile esclusivamente dall'art. 9, integrato dai principi generali in tema di filiazione secondo natura.

Ma in questa diversa ipotesi - ci si chiede - vi è spazio per l'attribuzione automatica dello *status* argomentando dalle previsioni del legislatore, come taluna dottrina sembra sostenere?

Si può ritenere che il riferimento alla preclusione dell'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità e all'impugnativa di cui all'art. 263 c.c. (art. 9, comma 1°), consenta di ritenere, in buona sostanza come *presupposta*, ma, altresì, come *automatica*, la qualità di legittimo o naturale del figlio nato da p.m.a. vietata?<sup>83</sup>

A ben vedere, nell'ipotesi di p.m.a. eterologa, sia che si ritenga estensivamente applicabile l'art. 8, sia che si preferisca adottare il solo art. 9, è certo che l'interpretazione conduce - inequivocabilmente - ad attribuire al nato la stessa qualità di figlio legittimo o naturale riconosciuto e non un terzo *status filiationis*.

Invero, per quanto concerne questo tipo di tecnica, il dubbio riguarda la *modalità*<sup>84</sup> di costituzione dello *status* in capo al figlio, ovvero se possa ritenersi che l'acquisto dello *status* sia "automatico", come si è sostenuto per la p.m.a. omologa,

---

<sup>82</sup> In tal senso sembra orientato il pensiero di G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, op. cit.

<sup>83</sup> R. VILLANI, *Procreazione assistita*, op. cit., p. 324, il quale per tale profilo, riconosce ai nati da p.m.a. di tipo eterologo lo stato di figli legittimi o naturali della coppia che vi è ricorsa.

<sup>84</sup> V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 267.

ovvero se questo sia rimesso alla “volontà” del genitore<sup>85</sup>, salvi gli effetti derivanti dalla disciplina speciale<sup>86</sup>.

A tale proposito, infatti, è ragionevole ritenere che le perplessità manifestate a proposito della p.m.a. di tipo omologo, si ripropongano - con maggiore insistenza - quando la tecnica utilizzata sia (quantomeno) illecita.

Pare opportuno, innanzitutto, partire dall’esame della disciplina positiva sul punto.

Fermo il divieto espresso di ricorrere a queste tecniche, la (sola) disposizione dell’art. 9, comma 1°, chiarisce che qualora si ricorra a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare, rispettivamente, l’azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall’art. 235 comma 1°, numeri 1) e 2), - nelle ipotesi di mancata coabitazione con la partoriente nel periodo in cui si presume avvenuta la fecondazione o quando nel medesimo periodo il coniuge era affetto da impotenza, - nonché l’impugnazione per difetto di veridicità di cui all’art. 263 c.c.

La *ratio* di questa preclusione è stata ravvisata nella necessità di tutelare il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale - se pure per fatti concludenti - e di evitare che attraverso l’esercizio di tali azioni sia possibile aggirare la responsabilità che si è intesa assumere con l’iniziale consenso<sup>87</sup>.

Ma la preclusione è tale da condurre direttamente ad un accertamento automatico della filiazione? La risposta sembra negativa per quanto si dirà nelle considerazioni che seguono.

La stessa norma, innanzitutto, lascia desumere *a contrariis* come nell’ipotesi di coppia coniugata, l’azione di disconoscimento della paternità sia consentita al coniuge,

---

<sup>85</sup> Espressione non precisa, in quanto si dovrebbe differenziare la situazione di filiazione legittima e naturale da p.m.a. di tipo eterologo.

<sup>86</sup> G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, op. cit., p. 103, ritiene che nel caso di p.m.a. eterologa, non vi sia riconoscimento *ex lege*, atteso che questo è limitato ai nati da “coppia”; i nati da p.m.a. eterologa non hanno lo stato di figli legittimi o riconosciuti dai genitori biologici ma o lo stato (presunto) di figli legittimi della coppia di coniugati (salvo disconoscimento da parte del coniuge che non abbia dato l’assenso) o nessuno stato nei rapporti con genitori non conviventi (salvo il divieto di anonimato della madre e salvo il volontario riconoscimento come figlio naturale).

<sup>87</sup> U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, op. cit., p. 500.

presunto padre<sup>88</sup>, nel caso previsto dal n. 3 comma 1° dell'art. 235 c.c., cioè qualora egli dimostri che nel periodo del concepimento, la madre ha commesso adulterio o ha celato la propria gravidanza e la nascita del figlio, ed è sempre esperibile in tutti i casi di cui all'art. 235 qualora manchi il consenso del coniuge "ricavabile da atti concludenti"<sup>89</sup>, oltre che senza alcuna preclusione riguardo al figlio.

Ciò significa che, se pure il coniuge ha dato il consenso alla p.m.a., ma ricorre per qualsivoglia ragione il *fumus* di una infedeltà della moglie, il marito potrà non di meno agire in disconoscimento della paternità del nato senza limiti.

La legge, quindi, sembra non presupporre - a tutti i costi - la fedeltà del rapporto coniugale e ciò determina, comunque, una elasticità nel procedimento di attribuzione dello stato, affinché si possa tener conto, in qualche modo, del concepimento avvenuto per opera di un uomo diverso dal marito o dal convivente<sup>90</sup>.

A tale osservazione, si può, altresì, aggiungere la considerazione che nella simmetrica ipotesi di coppia convivente non è mai consentita l'azione per difetto di veridicità al convivente che ha dato il consenso anche se in tale fattispecie potrebbe - parimenti - verificarsi un concepimento da c.d. rapporto adulterino.

Né pare sostenibile l'assunto per il quale solo nel matrimonio sussiste il dovere di fedeltà, atteso che, in questo frangente, non si discute di rapporti tra coniugi, ma del diritto costituzionalmente garantito allo *status* del figlio.

---

<sup>88</sup> O alla madre, ma nella generalità delle ipotesi si è visto come il soggetto coinvolto da tale preclusione sia il coniuge o convivente presunto padre del soggetto nato da p.m.a. di tipo eterologo.

<sup>89</sup> G. SCIANCALEPORE, *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, in *Procreazione assistita*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Giuffrè, Milano, 2004, p. 128 per il quale "Atteso che lungo il crinale del consenso desumibile da *facta concludentia* va tracciata la linea di confine del contesto in cui sarà esperibile l'azione di cui all'art. 235 c.c. Ne consegue, - in definitiva - che la sola "assenza di volontà permetterà di accedere alla fase della disconoscibilità della paternità del nato".

<sup>90</sup> Su tale conclusione, tuttavia, è pertinente chiedersi come incida il recente intervento della Corte Costituzionale 6 luglio 2006, n. 266 (cfr., *supra*, Capitolo secondo, paragrafo 4) che ha modificato l'art. 235 comma 1, n. 3, consentendo al soggetto che agisce in disconoscimento di non dover fornire la prova preliminare dell'adulterio e di ricorrere immediatamente alle prove genetiche ematologiche. E' chiaro, infatti, che se tale modifica fosse estensibile senza limiti alla p.a., il coniuge potrebbe sempre e per definizione superare il consenso dato alla p. m. a. di tipo eterologo, attraverso la prova dell'incompatibilità genetica - ematologica (visto che la fecondazione è di tipo eterologo), a meno che non si richieda - come sembra preferibile - che tale "incompatibilità" sia da rapportarsi anche al terzo donatore di gameti e non solo al coniuge. A tal proposito cfr., S. DELLA BELLA, *Procreazione medicalmente assistita: prime note sulla legge della discordia*, *op. cit.*, p. 1261

Se, quindi, i coniugi hanno fatto ricorso a tale tecnica e vi è un consenso risultante in tale senso, il nato - con la dichiarazione di nascita correlata dall'attestazione di nascita che conterrà le indicazioni della partoriente - acquisterà *ipso iure* lo *status* di figlio legittimo della coppia ed il coniuge maschio per effetto della presunzione di paternità, conseguirà lo *status* di padre legittimo.

Ma, a tale proposito, ci si chiede: potrebbe la madre coniugata, nella denuncia di nascita dichiarare il nato come figlio naturale altrui, paralizzando l'attribuzione dello *status* legittimo del figlio e della paternità legittima in capo al marito?

In questa fattispecie, si può affermare che per quanto sia certo che la madre non potrà avvalersi dell'anonimato, giusto il disposto del comma 2° dell'art. 9, nulla le impedirebbe, *de iure condito*, di dichiarare il figlio come naturale altrui escludendo l'automatico acquisto dello *status* di legittimo del figlio, così come si è detto che il presunto padre legittimo, nonostante il consenso, potrà agire in disconoscimento nell'ipotesi di adulterio.

Analogamente, nel caso di coppia di conviventi, la circostanza che la legge vieti l'impugnativa per difetto di veridicità ai conviventi consenzienti, non implica *sic et simpliciter* che vi sia un automatico acquisto dello *status* di figlio naturale riconosciuto.

Si può ritenere, infatti, che la previsione del divieto di impugnazione *ex art. 263* non significhi che lo *status* di figlio naturale in capo al nato sia attribuito automaticamente, ma che una volta conseguito tale *status* nelle forme consuete, sarà impossibile per i conviventi consenzienti disfarsi della responsabilità genitoriale attraverso la strumentalizzazione della non corrispondenza della verità biologica a quella legale.

A conferma di tale impostazione, infatti, si pone *a contrariis* la considerazione per la quale l'impugnativa *de qua* resterebbe sempre esperibile dal figlio e da chiunque abbia interesse con la conseguenza che la verità biologica non diventa - in assoluto - irrilevante.

Se, - diversamente - si ritenesse automatico l'acquisto dello *status* al figlio naturale nel caso di coppia convivente che sia ricorsa alla p.m.a. vietata, al momento della dichiarazione di nascita proveniente da soggetti diversi dalla coppia, l'ufficiale ricevente dovrebbe essere posto in condizione di conoscere che il soggetto è nato da p.m.a. eterologa, al fine di disapplicare l'art. 29, comma 2° del d.p.r. n. 396/2000 ed

inserire automaticamente le generalità della coppia convivente nell'atto di nascita del figlio.

Ma, cosa che più si pone quale elemento ostativo all'automatismo prospettato, al momento della denuncia di nascita, i soggetti legittimati dovranno - oltre che dichiarare la modalità "illecita" del concepimento, - fornire la prova dell'esistenza di un consenso dato dalla coppia, il quale, si è detto, è ricavabile anche per atti concludenti e quindi, come tale, potrebbe non essere immediatamente desumibile attraverso la sola esibizione documentale dovendo essere integrato, per esempio, da prove testimoniali.

E' evidente, infatti, volgendo lo sguardo alla disciplina dello *status* di chi è nato da fecondazione di tipo omologo, che la forza dell'(ipotetico) automatismo dello *status* è tratta prevalentemente, se non esclusivamente, dal consenso dato dalla "coppia" alla fecondazione, espresso secondo le prescrizioni della legge.

Solo il consenso, infatti, può giustificare l'automatismo e quindi la disparità di trattamento negli effetti tra filiazione da procreazione artificiale e naturale<sup>91</sup>.

Se, quindi, sembra ragionevole ritenere che analogo consenso non possa essere richiesto nella pratica *contra legem*, si dovrebbe quantomeno esigere la prova del consenso comunque ricavabile per atti concludenti... al momento della denuncia di nascita, a meno che non si voglia ipotizzare l'eventualità che un soggetto non consenziente alla tecnica eterologa o addirittura ignaro della stessa, perché ad esempio coniuge o convivente "fuori sede", si trovi ad essere giuridicamente padre, senza legame genetico col figlio, né alcun accordo con la madre in tal senso<sup>92</sup>.

A tal proposito, infatti, ci si chiede se l'esistenza di rimedi giuridici esperibili *ex post* - come l'azione di disconoscimento della paternità legittima, ad esempio - giustifichi l'automatica imposizione dello *status* di padre nel bilanciamento con l'interesse del figlio ad avere tendenzialmente una figura paterna, anche se solo per un periodo di tempo circoscritto.

---

<sup>91</sup> Si pone l'interrogativo, G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, op. cit., p. 331 "E' ammissibile che nella procreazione naturale non si produca, nei riguardi del figlio e nel rapporto tra genitori, un effetto di tutela che si produce nella procreazione assistita? La risposta è chiaramente negativa e di qui altro problema di costituzionalità. E non vi è da sorprendersene".

<sup>92</sup> E' ben vero che in tale ipotesi, il coniuge potrebbe disconoscere la paternità legittima ovvero impugnare lo *status* del nato *ex art.* 263 c.c., ma nel frattempo a quali e quante lesioni di valori fondamentali della persona come singolo e come coppia si troverebbe coinvolto?

Nell'ipotesi di fecondazione eterologa di coppia coniugata, nemmeno l'applicazione dei principi sulla filiazione da procreazione naturale "salverebbe" il coniuge- presunto padre legittimo dall'attribuzione della paternità, dovendosi prevedere, *de iure condendo*, la possibilità di sospendere, la formazione dell'atto di nascita mediante una sorta di opposizione del coniuge non volente la procreazione eterologa, in forza della quale solo la prova positiva del consenso eventualmente prestato da quest'ultimo autorizza l'ufficiale ricevente ad inserire nell'atto di nascita l'indicazione della paternità legittima.

Nessun automatismo quindi, sembra consentito nella p.m.a. di tipo eterologo, ma una attribuzione di *status* che segue le regole proprie della filiazione<sup>93</sup>, da integrare attraverso la previsione del divieto di anonimato materno.

Per quanto concerne l'incidenza del divieto dell'anonimato materno sull'accertamento della paternità ci si richiama alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente sul presupposto conseguito che nell'ipotesi di p.m.a. di tipo eterologo lo *status filiationis* non sia "automatico", ma soggiaccia al principio volontaristico.

Seguendo l'ipotesi iniziale che fa dipendere l'attribuzione della paternità dalla previa costituzione dello *status filiationis*, rimane da capire come si configuri la posizione del terzo donatore di gameti nell'ambito di un sistema che tendenzialmente persegue l'obiettivo di attuare una coincidenza tra verità naturale e verità legale negli effetti del rapporto procreativo.

Se, infatti, lo *status* deve rispecchiare la verità del concepimento<sup>94</sup>, come si concilia tale affermazione con la circostanza che nella procreazione m.a. eterologa sussiste per definizione ed a priori una distanza non sanabile tra lo *status* del figlio, il corrispondente *status* di padre e la verità del concepimento, cioè in altre parole, tra verità materiale e verità giuridica?

Segnatamente, la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 9, afferma che "in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3°, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale

---

<sup>93</sup> Le quali, a loro volta, abbisognano di una modifica legislativa, come si è detto.

<sup>94</sup> A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, op. cit., p. 201, il quale ritiene sussistente "il diritto inviolabile della persona umana di conseguire uno *status filiationis* corrispondente alla reale derivazione biologica (*diritto alla paternità ed alla maternità biogenetica*)".

con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

Come è noto, il problema relativo alla qualificazione giuridica del donatore di gameti<sup>95</sup>, ed in via generale, alla identificazione della figura paterna in questo tipo di tecnica procreativa non è nuovo.

A tale proposito, la dottrina pronunciata prima dell'intervento normativo si è divisa tra coloro per i quali la semplice donazione di gameti non era sufficiente a fondare il rapporto di paternità<sup>96</sup> mancando proprio l'ulteriore elemento volontario dell'assunzione di responsabilità; coloro che, all'opposto, ritenevano fondamentale ed esclusivo l'apporto genetico al fine di fondare il rapporto di paternità<sup>97</sup>; e coloro che, adottando una soluzione intermedia, sostenevano che “la paternità dovesse essere ascritta al donatore nonostante una sua diversa volontà, ogni qual volta egli avesse consapevolmente posto in essere atti inequivocabilmente idonei a rendere possibile la procreazione (quali ad esempio la donazione del seme), mentre non avrebbe dovuto esserlo nelle ipotesi in cui [...] il seme fosse stato utilizzato a sua insaputa o prelevato a scopi diversi [...] o ancora il soggetto si fosse espressamente riservato di decidere circa la sua utilizzazione (a fini procreativi o a fini di ricerca)”<sup>98</sup>.

E' di tutta evidenza come il problema prospettato concerna il fondamento stesso dell'idea di paternità, se cioè sia sufficiente a fondare il rapporto genitoriale *ex latere*

---

<sup>95</sup> L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova, 1993, p. 107 ss., “prendono il nome di *gameti* le cellule germinali, sia quelli maschili (spermatozoi) sia quelli femminili (ovociti). Essi hanno la caratteristica, comune anche alle altre cellule che costituiscono il corpo umano, di contenere tutte le informazioni genetiche di una persona, o in altre parole il suo genoma, che è costituito di acido desossiribonucleico, in sigla DNA”.

<sup>96</sup> A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, op. cit., p. 500; M. MANTOVANI, *Presupposti della legittimità. La presunzione di concepimento*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 30.

<sup>97</sup> L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, op. cit., p. 289 per il quale “sono pertanto giunto alla conclusione secondo la quale la nuova creatura - il cui patrimonio genetico è un derivato dei genomi di ciascuna delle cellule germinali che gli hanno dato origine - è sempre ascrivibile alle persone dai cui corpi provengono i gameti che si sono fusi a formarla, e soltanto ad esse; è *resta loro ascrivibile*, almeno in astratto, quand'anche abbiano alienato i gameti, nonostante l'intesa che tale atto avrebbe avuto l'effetto di liberarli dalla suddetta ascrivibilità”.

<sup>98</sup> Così testualmente R. VILLANI, *Procreazione assistita*, op. cit., p. 321 ss., il quale si riferisce a T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, *Quadrimestre*, 1986, 1, p. 49 ss.

*patris* la sola derivazione biologica o se questa componente abbisogni di essere integrata dall'elemento volontaristico ovvero sia del tutto scalzata da quest'ultima, similmente a quanto accade nell'istituto dell'adozione<sup>99</sup>.

L'interpretazione letterale della disposizione suggerisca l'idea per la quale la donazione del seme non è mai omologabile all'atto di responsabilità che dovrebbe qualificare il concepimento, di guisa da ritenere che in nessun caso il terzo donatore può acquistare la paternità del procreato; tale conclusione, pertanto, varrebbe anche nell'ipotesi in cui manchi del tutto il consenso del coniuge o convivente al ricorso alla procreazione di tipo eterologo della moglie o convivente<sup>100</sup>.

Nell'ipotesi di p.m.a. di tipo eterologo, senza consenso del coniuge o convivente, quindi, non potendo per le ragioni sopra dette attribuirsi al nato lo *status* di figlio legittimo del coniuge della madre o di figlio naturale del convivente della stessa, (ovvero, secondo la diversa interpretazione, potendo in ogni caso tali soggetti disconoscere la paternità legittima o agire *ex art. 263 c.c.* ai sensi del comma 1 dell'art. 9), si realizzerebbe un'ipotesi di filiazione - *ex lege* - senza padre.

A diversa conclusione, invero, si potrebbe giungere nel caso in cui si interpretasse il disposto dell'ultimo comma dell'art. 9 nel senso di ritenerlo applicabile solo nell'ipotesi in cui risulti il consenso della coppia alla fecondazione di tipo eterologo, se pure per fatti concludenti<sup>101</sup>.

In questa prospettiva, se sussiste il consenso della coppia alla p.m.a. eterologa, integrata dall'accertamento dello *status* di legittimo o naturale del figlio (attraverso una regolare formazione dell'atto di nascita di questo, vuoi nel caso di coniugi attraverso la mancata volontà della donna di dichiarare il figlio naturale altrui, vuoi nel caso di

---

<sup>99</sup> Per una analisi circa il rapporto tra l'istituto dell'adozione e la p.m.a., cfr., L. GRASSO, M. ROBERTI, *In tema di rapporto tra l'istituto dell'adozione e la procreazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, II, p. 1266 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 211 ss.

<sup>100</sup> T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 248 secondo il quale al "donatore di seme non è mai attribuita la paternità" anche nel caso in cui la donna si sia sottoposta alla pratica senza il consenso del marito o del convivente.

<sup>101</sup> U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 511 nota (38). L'ultimo comma dell'art. 9 testualmente recita: "In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3°, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".



conviventi attraverso il congiunto riconoscimento volontario della genitorialità), è del tutto evidente che il terzo donatore non può avere alcuna pretesa di paternità “prevalente” sull’interesse del figlio alla certezza del proprio *status*; ma in tale ipotesi, è plausibile ritenere che il figlio sia legittimato *ex art. 279 c.c.* all’accertamento *incidenter tantum* della paternità naturale nei confronti del terzo donatore al solo fine di soddisfare l’interesse personale e patrimoniale al mantenimento, all’istruzione, all’educazione, se pure subordinatamente alla mancanza dei genitori legali?

Diversamente, quando manchi del tutto il consenso di un coniuge o convivente alla p.m.a. o questo sia stato revocato senza che se ne sia tenuto conto, è plausibile ammettere che il terzo donatore di gameti effettui un riconoscimento volontario, nel caso di donna nubile o anche di donna coniugata, prima che si formi l’atto di nascita di figlio legittimo, oppure renderlo soggetto passivo di un’azione diretta all’accertamento giudiziale della paternità biologica, se non, almeno, legittimo contraddittore<sup>102</sup>?

Si sarebbe portati a ritenere che anche la donazione di gameti presupponga un consenso informato e l’assunzione di una qualche giuridica responsabilità che, come tale, abbisogna di essere bilanciata con i diversi interessi configgenti ma non può - per ciò solo - scomparire dall’orizzonte giuridico<sup>103</sup>.

Per quanto si continui a dubitare che l’apporto del terzo donatore di gameti si possa tradurre nella costituzione di un *status* di paternità quale modalità “la più certa e completa” di individuazione del rapporto genitoriale, è del tutto evidente - in una prospettiva *de iure condito* - come la verità materiale del concepimento continui ad affiorare quale veicolo giuridico fondamentale dell’identità personale di ogni individuo.

## **6. La paternità e il consenso al concepimento.**

---

<sup>102</sup> M. DI NARDO, *L’accertamento giudiziale della filiazione naturale*, nel *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, Giuffrè, Milano, 2002, p. 340.

<sup>103</sup> Si pone l’interrogativo, G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, *op. cit.*, p. 100 in questi termini “quale è, in rapporto a tutte queste domande, il ruolo della responsabilità di chi, a uno o altro titolo, interviene nel processo della procreazione? Quale, in particolare, il rapporto tra responsabilità per il concepimento o per la fecondazione e vita futura?”.

Le riflessioni tratteggiate lungo il crinale dello *status filiationis* del nato dalle tecniche artificiali secondo le indicazioni provenienti dal legislatore, hanno evidenziato la presenza di una variabile peculiare e dirimente nella procreazione artificiale rappresentata dal “consenso” della coppia.

La circostanza non dovrebbe stupire più di tanto attesa la natura dichiaratamente “terapeutica” della tecnica (art. 1, comma 2° l. p.m.a.) in ragione della quale il consenso del paziente rappresenta oramai, nell’ambito dei trattamenti medici sanitari, una garanzia di libertà costituzionalmente protetta<sup>104</sup>.

Per quanto esulino dal presente lavoro considerazioni sui contenuti delle informazioni e sulle modalità di acquisizione del consenso ai trattamenti medici in generale, è di tutta evidenza che la previsione della legge n. 40/2004 sul tale aspetto è alquanto dettagliata quasi a voler investire il “consenso” del paziente nella p.m.a. di un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla nozione di “consenso informato al trattamento medico”.

L’art. 4, comma 2°, punto b) della legge p.m.a., infatti, annovera tra i principi in base ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistite<sup>105</sup>, il “consenso informato” da realizzare ai sensi dell’art. 6<sup>106</sup>.

E l’art. 6 contiene una sorta di decalogo delle informazioni che il medico deve offrire alla coppia richiedente la p.m.a. al fine di garantire la formazione di una “volontà consapevole e consapevolmente espressa”(art 6 punto 1 ultima parte) senza, tuttavia, soffermarsi sulle conseguenze che derivano per il nato, vuoi da una mancata, lacunosa o errata informazione da parte dell’operatore sanitario, vuoi da un consenso comunque viziato o simulato prestato dalla coppia<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Così testualmente, L. R. CARLEO, *Le informazioni per il “consenso” alla procreazione assistita*, in *Famiglia*, I, 2004, p. 705.

<sup>105</sup> Nel Capo II della legge intitolato “Accesso alle tecniche” ed in un articolo (art. 4) la cui rubrica reca il medesimo titolo testé ricordato.

<sup>106</sup> M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 1009 ss., evidenzia come “lo strumento di regolazione che nella legge meglio coglie l’ambivalenza degli interessi in gioco è la disciplina del consenso informato”; l’a., in particolare, si chiede, p. 1011, “in che cosa consiste la forza giuridica di tale consenso? Qual è il suo “valore”? Ha la forza per rappresentare un *principio* in materia di procreazione?”.

<sup>107</sup> U. A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, *op. cit.*, p. 496 ss.

Invero, può rilevarsi come il valore del consenso emerga *prima facie* dal contenuto delle informazioni che il medico deve offrire al paziente; si prevede, infatti che quest'ultimo informi in maniera dettagliata la coppia di coniugi o conviventi 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”, Inoltre, prosegue la norma, “alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere all'adozione o all'affidamento”(art. 6, comma 2°), nonché devono prospettarsi “i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate (art. 6, punto 2).

Si tratta all'evidenza di informazioni che esulano dall'ambito medico-terapeutico e attengono certamente, ma non solo, a profili rigorosamente giuridici<sup>108</sup>.

Peculiare risulta, altresì, la modalità di acquisizione del consenso della coppia. Dalla lettura della disposizione emerge, infatti, come ad un primo consenso espresso per iscritto dalla coppia richiedente congiuntamente al medico responsabile della struttura, debba seguire “al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita” l'enunciazione chiara e *sottoscritta* delle conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e all'art. 9 della presente legge (art. 6, punto 5).

Sembra, quindi, che dopo il primo consenso sia richiesto una seconda sottoscrizione circa le conseguenze giuridiche che seguiranno per la donna, l'uomo e il bambino, relative sia allo *status* del nato da p.m.a. omologa, che alle conseguenze del ricorso ad una p.m.a. di tipo eterologo<sup>109</sup>.

Si è visto come la volontà formalizzata dalla coppia nella fase di accesso alla procedura artificiale rilevi sotto svariati profili nell'accertamento delle conseguenze della procreazione.

Nel caso di p.m.a. lecita, infatti, si è detto come l'interpretazione prevalente della dottrina attribuisca al consenso espresso *secundum legem* l'indoneità a fondare lo *status filiationis* del figlio nato dalla tecnica. In tale accezione, quindi, per quanto sia

---

<sup>108</sup>M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, op. cit., p. 1009 ss.

<sup>109</sup>Non si capisce, in realtà, che senso abbia per una coppia che ha seguito fedelmente tutte le prescrizioni della legge sottoscrivere il consenso alle conseguenze di cui all'art. 9, se non per il riferimento generalizzato al divieto di anonimato materno.

difficile da configurare un consenso estorto con violenza o captato da raggiri o ancora determinato da timore di eccezionale gravità, dovrebbe concludersi che un consenso risultato comunque viziato o inesistente non sia mai in grado di innescare il meccanismo dell'automatica costituzione dello *status* in capo al figlio.

Dal punto di vista del medico, poi, si può ritenere che una possibile mancanza o inesatta informazione debba trovare una differente soluzione a seconda della qualità delle informazioni mancanti o inesatte; quelle, infatti, che attengono al profilo strettamente terapeutico della procedura, tra cui quelle concernenti i rischi terapeutici o le probabilità di successo, non sarebbero in grado di incidere in maniera dirimente sulla volontà consapevole di procreare della coppia con la conseguenza che l'esistenza di un consenso comunque dato anche se "inconsapevole" o "non del tutto consapevolmente" non inciderebbe sull'attribuzione dello *status*.

Diversamente, invece, si deve ritenere che la mancanza o l'inesattezza di informazioni strettamente giuridiche, o, più in generale, ultronee rispetto al trattamento medico, debbano rivestire una significativa importanza nella formazione della volontà consapevole di procreare della coppia. Se, quindi, il medico, non ha reso edotti i pazienti circa le conseguenze giuridiche discendenti dal successo della procedura artificiale e non ha esplicitato mediante la raccolta di sottoscrizioni le conseguenze giuridiche di cui all'art. 8 e 9 della legge, si dovrebbe ritenere che non può certamente realizzarsi il risultato auspicato dalla legge quanto all'automatismo nell'attribuzione dello *status*.

La diversa interpretazione del disposto legislativo, invece, per la quale il consenso non consente in ogni caso l'automatismo nella costituzione dello *status*, permette forse di allontanarsi dal rispetto dei requisiti formali del consenso e di spostare l'attenzione sulla ricerca della volontà sostanzialmente espressa di procreare quale elemento di identificazione della genitorialità legale.

Ed ancora, nel terreno della procreazione eterologa, attualmente non consentita, si è detto come il consenso della coppia comunque risultante per atti concludenti, comporti rilevanti conseguenze in capo a coloro che lo hanno manifestato.

Non nel senso, però, che in tale contesto la verità biologica del concepimento diventi in assoluto irrilevante, tanto è vero che il figlio rimane comunque legittimato

all'azione *ex art.* 235 c.c. o all'impugnativa di cui all'art. 263 c.c.<sup>110</sup>, ma nella prospettiva per la quale chi ha assunto responsabilmente la decisione di procreare non può arbitrariamente disfarsi di tale “volontà” attraverso *l'escamotage* della non veridicità dell'atto procreativo<sup>111</sup>.

Concludendo, che valore assume il consenso all'applicazione delle tecniche di p.m.a. di cui alla legge in esame?

Si è detto che non può essere visto esclusivamente come principio di consenso informato alla terapia medica<sup>112</sup>.

Ma tale conclusione consente di elevare il “consenso informato” all'applicazione delle tecniche a “principio” universalmente valido in materia di filiazione in generale estensibile anche alla procreazione naturale?<sup>113</sup>

Si può ragionevolmente ritenere che il consenso assuma il significato di principio di decisione consapevolmente espressa all'applicazione di una tecnica finalizzata alla procreazione nella p.m.a. omologa, e di un principio di scelta responsabile di accedere ad una tecnica finalizzata alla procreazione, nel caso di p.m.a. di tipo eterologa.

Non pare vi sia una grande differenza sostanziale tra i due consensi; solo nel primo, posto che si tratta di una tecnica consentita, la legge prescrive un procedimento-autorizzazione che non è - né può esserlo - garantito là dove si dice che la tecnica è vietata.

Tale “consenso”, in altre parole, consente l'identificazione di coloro i quali hanno scelto d'investirsi giuridicamente del ruolo rispettivamente di padre o di madre di colui che nascerà.

A questo punto, si pone il problema posto dalla disposizione dell'art. 6, comma 3° della legge dove si afferma che “la volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo”.

---

<sup>110</sup> In tale ultima ipotesi non solo il figlio, ma chiunque vi abbia interesse *ex art.* 263, comma 1° c.c.

<sup>111</sup> M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, *op. cit.*, p. 1011, per il quale il consenso non scavalca la verità biologica del concepimento.

<sup>112</sup> M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, *op. cit.*, p. 1022 per il quale “il sistema informativo si contraddistingue per l'eccedenza di informazioni rispetto al fine di formare una volontà consapevole e cosciente in ordine al trattamento terapeutico”.

<sup>113</sup> Cfr. *supra*, nota (106).

Ci si chiede, infatti, quale sia il significato dell'irrevocabilità di questo consenso prestato per accedere alla procreazione artificiale. In altre parole, cosa succede se prestato il consenso e avvenuta la fecondazione dell'ovulo ma non ancora l'impianto nell'utero, uno dei richiedenti o entrambi cambiano idea revocando il consenso?<sup>114</sup>.

E' evidente che il quesito interessa l'ipotesi in cui la fecondazione avvenga all'esterno dell'utero femminile in ragione della tecnica adottata (FIVET), mentre analogo problema non si pone qualora la fecondazione dell'ovulo avvenga all'interno del corpo femminile (GIFT)<sup>115</sup>.

La soluzione appare differenziata o differenziabile in relazione all'identificazione dei soggetti "revocanti".

Nell'ipotesi in cui la revoca del consenso dopo la fecondazione provenga dall'accordo della coppia ovvero nell'ipotesi in cui sia la donna a rifiutare l'impianto dell'embrione, *nulla quaestio*. In nessun caso, la donna può essere fisicamente costretta all'impianto contro la sua volontà<sup>116</sup>; se quindi la donna che ha dato il consenso rifiuta l'impianto dopo la fecondazione in disaccordo col partner, non può in nessun modo essere costretta alla gravidanza.

A tal proposito, parte della dottrina ritiene che anche a voler considerare l'impianto "un trattamento medico obbligatorio", il principio di irrevocabilità del

---

<sup>114</sup> Cfr. Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004 (G. U., Lima), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 415 ss. con nota di R. VILLANI, *Dal Parlamento alle aule di giustizia: le nuove disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita al banco di prova nel caso concreto*; in *Fam. e dir.*, 2004, p. 372 ss. con nota di G. FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati?* e di M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*; M. L. CHIARELLA, *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni*, in *Familia*, 2005, I, p. 461 ss. E' doveroso premettere, tuttavia, che la fattispecie di cui alla citata pronuncia è sostanzialmente diversa dalla situazione prospettata in narrativa perché nel caso siciliano nel momento in cui è avvenuta la c.d. "revoca" del consenso prestato da parte della coppia, non era ancora avvenuta la fecondazione dell'ovulo. Tuttavia, il magistrato giudicante, superando tale essenziale presupposto, ha variamente argomentato sul profilo prospettato, ritenendo obbligatorio l'impianto degli embrioni anche se praticamente incoercibile.

<sup>115</sup> Vedi *supra* nota (74). In particolare, si ricorda che la F.I.V.E.T. (Fecondazione *in vitro ed embryo-transfer*) è la fecondazione di un ovocita prelevato strumentalmente, con uno spermatozoo, eseguita *in vitro*, e prevede il successivo trasferimento dell'embrione così ottenuto nell'utero della donna. La G.I.F.T. (*Gametes intra Fallopian Transfert*) si differenzia dall'altra perché la fecondazione dell'ovocita ad opera dello spermatozoo non avviene in provetta bensì all'interno dell'utero femminile.

<sup>116</sup> In tal senso anche il d.m. 21 luglio 2004 del Ministro della Sanità, c.d. Linee Guida.

consenso di cui alla Convenzione di Oviedo del 1997 (ratificata dall'Italia con L. n. 145/2001), ponendosi come principio di ordine generale non possa essere disatteso. Inoltre, i trattamenti medici obbligatori possono essere previsti dalla legge solo qualora giustificati oltre che dalla tutela della salute individuale anche dalla salvaguardia della salute collettiva e soggiacciono ad una riserva di legge rafforzata ed a una riserva di giurisdizione, cosa che non sembra verificarsi nel caso della p.m.a.<sup>117</sup>.

Altra dottrina ritiene che “l'impianto” nell'utero materno non sia da considerarsi trattamento medico obbligatorio atteso che dopo la fecondazione dell'ovulo, curata la sterilità o l'infertilità della coppia, tutto ciò che si verifica non rientra nel quadro del consenso terapeutico<sup>118</sup>.

*Quid iuris* qualora dopo la fecondazione dell'ovulo e prima dell'impianto sia l'uomo, marito o convivente, a revocare il consenso?<sup>119</sup>

In tale ipotesi, è altrettanto plausibile ritenere che la lettera della legge consenta alla donna di procedere ugualmente all'impianto e di portare a compimento il progetto di procreazione inizialmente concordato.

E' indubbio, pertanto, che la condizione della maternità abbia un percorso “privilegiato” rispetto alle scelte dell'uomo in ragione della diversità fisiologica che la natura ha disposto.

Ma, si dice, tale disparità non dovrebbe trasmodare in arbitrio allorché la legge prevede disposizioni lacunose e contraddittorie.

E' il caso dell'art. 14, comma 1° della l. p.m.a. laddove la norma proclama il divieto di crioconservare o sopprimere gli embrioni fatto salvo quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194<sup>120</sup>.

Come si pone il problema del consenso irrevocabile dato dalla coppia alla procreazione m.a. rispetto alla decisione abortiva? Il profilo coinvolge il rapporto tra la decisione abortiva della donna gestante e la precedente decisione procreativa

---

<sup>117</sup> G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss.

<sup>118</sup> M. D'AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, *op. cit.*, p. 1033.

<sup>119</sup> F. B. D'USSEAU, *Sulla revoca del consenso all'impianto dell'embrione conservato*, nota a Corte europea dir. uomo, Grande Camera, 10 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1238 ss.

<sup>120</sup> Le prime applicazioni giurisprudenziali, Trib. Cagliari, ord., 29 giugno 2004 (Estensore Cugusi) e Trib. Cagliari, decr., 5 giugno 2004 (Estensore Cugusi), in *Fam. e dir.*, 2004, p. 498 ss., con nota di A. FIGONE, *Procedimento ex art. 700 c.p.c. e pratiche di riduzione embrionaria*.

manifestata dal coniuge o convivente, ovvero come è stato detto, “il trattamento della decisione arbitraria abortiva, quella cioè in palese incongruenza con le precedenti determinazioni espresse e formalizzate dal consenso”<sup>121</sup>.

Se è vero che il valore del consenso assume il significato di un principio di scelta consapevole di procreare della coppia, è condivisibile il pensiero secondo il quale in questa fattispecie “la donna può sempre rifiutare la gravidanza quale espressione della sua insopprimibile libertà personale. Ma la valorizzazione del consenso non consente più di ragionare nei termini di libertà assoluta”, con la conclusione che, nel disaccordo della coppia circa la decisione abortiva, solo il pericolo di grave danno alla salute della gestante potrebbe legittimare la decisione abortiva e non anche l’esistenza di problemi economici, sociali e culturali in senso lato riferibili esclusivamente alla donna<sup>122</sup>.

In tale contesto, a maggior ragione si propongono le perplessità già ricordate della legge sull’interruzione della gravidanza laddove non prevede neppure il diritto del coniuge di essere informato circa l’eventualità di un intervento abortivo della moglie<sup>123</sup>.

Tali considerazioni inducono a riconoscere che nella procreazione artificiale di cui alla citata legge il padre, concorrendo su di un piano di sostanziale e formale parità nella decisione consapevolmente assunta di procreare, assuma sin dall’inizio del processo procreativo un interesse giuridicamente tutelabile alla paternità.

Ma se così può dirsi in relazione al procedimento “assistito” di procreazione in ragione della valorizzazione della responsabilità della scelta procreativa senza per altro nulla togliere alla componente di verità del concepimento, si potrebbe essere tentati di trasferire tale risultato sul terreno della procreazione naturale ipotizzando, *de iure condendo*, la facoltà della coppia di formalizzare una consapevole decisione procreativa capace di legittimare la posizione della paternità fin dall’inizio del processo procreativo.

Il terreno è delicato, fluido, pericoloso.

“Nel contesto artificiale si evidenzia al massimo grado la necessità *sociale* di far risaltare la dimensione problematica della decisione di aver un figlio, il senso di un simile evento e la coscienza individuale delle responsabilità connesse”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, op. cit., p. 1039 ss.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> Cfr., *supra*, Capitolo secondo, paragrafo 3.2.

<sup>124</sup> M. D’AURIA, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, op. cit., p. 1053 ss.



Ma se è così “tanta” la forza dell’*atto* di consenso quale assunzione consapevole di responsabilità procreativa nell’accordo della coppia che accede alla p.m.a., a prescindere dalla qualità del *rapporto* esistente tra i due soggetti richiedenti, ci si chiede se non sia preferibile rinvenire un sistema capace di attribuire la paternità in ragione della scelta procreativa e di ancorare l’accertamento di tale condizione fin dal momento cui risale tale decisione.

Anche se le scarse disposizioni della legge p.m. che si è cercato di interpretare non aiutano a chiarire il fondamento ultimo dell’idea giuridicamente rilevante di paternità nel contraddittorio bilanciamento dei valori di verità e responsabilità, pare in definitiva che la categoria dogmatica dello *status* non esaurisca tutte le situazioni in cui la condizione della paternità meriti rilevanza e riconoscimento giuridico.

