



CLORINDA CIRAOLÒ*

CERTEZZA E STABILITÀ DELLE RELAZIONI FAMILIARI NELLA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. La procreazione medicalmente assistita prima della legge 40/2004. – 2. E dopo. – 3. Le disposizioni regolatrici dello *status* del nato nelle legge 40/2004. – 4. Lacune legislative e orientamenti giurisprudenziali. Il contributo della Corte EDU.

1. *La procreazione medicalmente assistita prima della legge 40/2004*

Ancora all'inizio del duemila, nel nostro Paese le coppie erano libere di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita¹, conosciute e praticate in e fuori d'Italia, per realizzare un desiderio di genitorialità rimasto inappagato con la procreazione naturale.

Eppure la diffusione di tali pratiche sollevava problemi di non poco conto. Già nella seconda metà degli anni '50, il Tribunale di Roma considerava «indilazionabile» la regolamentazione della materia, almeno con riferimento allo *status* del figlio nato con l'applicazione di siffatte tecniche². Tanta urgenza scaturiva soprattutto dalla asserita impossibilità di sfuggire, in mancanza di una normativa *ad hoc*, all'equiparazione tra figli nati da fecondazione artificiale eterologa e «figli adulterini»³.

L'elaborazione dottrinale suggeriva, invece, di verificare, «prima ancora di richiedere l'intervento del legislatore», l'esistenza nel sistema «di criteri per la regolamentazione» del nuovo fenomeno⁴ e consigliava, qualora una disciplina *ad hoc* apparisse necessaria,

* Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi di Messina.

¹ V., A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 1962, p. 732, che scrive «non esistono leggi proibitive: pertanto la risposta su di un piano positivo non può che essere nel senso della liceità» del ricorso alla fecondazione assistita.

² Trib. Roma, 30.04.1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1212; in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1612 con nota di V. SGROI, *Riflessi della fecondazione artificiale sul rapporto di filiazione legittima*; in *Giur. it.*, 1957, I, II, c. 218 con il commento di A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, c. 217 ss..

³ Così, Trib. Roma, 30.04.1956, cit., c. 227. V., pure, Pret. Padova, 07.11.1958, in *Giur. it.*, 1959, II, pp. 84-96 con nota di L. CONTI, *Eteroinsseminazione e adulterio*; Trib. Padova, 15.02.1959, in *Foro it.*, 1959, II, c. 81 ss.

⁴ V., U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Dir. giur.*, 1964, p. 459.

un'estrema prudenza nella predisposizione di regole concernenti una materia caratterizzata da «aspetti contraddittori».

Ed invero, tra la fine degli anni '50 e i primi anni '60 una parte della dottrina propose di rinvenire nel sistema regole adeguate alle nuove tipologie di nascita⁵. Benché non mancassero opinioni discordanti⁶, alcuni saggi in argomento sottolineavano come la determinazione della paternità dei bambini nati in seguito a fecondazione assistita e, in particolare, ad inseminazione eterologa, dovesse fondarsi sul consenso prestato (dall'uomo) all'esecuzione della pratica procreativa. Seguendo tale regola, il marito, consenziente all'inseminazione eterologa, non avrebbe potuto *venire contra factum proprium*⁷, non avrebbe potuto, cioè, opporsi alle conseguenze di un fatto voluto, dando rilievo, nell'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità, alla mancanza del normale presupposto della derivazione biologica⁸.

Il legislatore, però, non rimase inerte e, fin dalla III legislatura (1958-1963), all'indomani, dunque, delle prime sentenze in argomento, affrontò il tema con la presentazione del testo: «Divieto della inseminazione artificiale e sua disciplina giuridica»⁹; nell'arco di poco più di dieci anni seguirono altre iniziative¹⁰, accomunabili alla prima quanto a fini perseguiti, mezzi utilizzati e lacune. Si ostacolava, infatti, l'inseminazione eterologa con la previsione della sanzione penale, mentre rimaneva senza risposta il problema che più impegnava i tribunali italiani e cioè quello dello *status* del figlio nato, eventualmente anche in un altro Stato, con l'applicazione di tale tecnica.

Il Parlamento non riuscì a concludere l'*iter* di siffatte proposte legislative, ma non si arrese¹¹ e continuò, almeno fino alla VII legislatura, a prospettare una regolamentazione ostativa del ricorso alla PMA.

⁵ V., A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, cit., c. 218 e ss. L'a. ha esaminato la questione sia con riferimento all'applicazione di tecniche di PMA omologhe che eterologhe. A sollevare maggiori perplessità era, naturalmente, l'utilizzazione di tecniche eterologhe.

⁶ V., F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale nella donna*, Milano 1961, p.103 ss. e, dopo la riforma del diritto di famiglia, ID., *La procreazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 75 e ss. Ivi l'autore precisa che è quanto meno discutibile, «secondo la legge vigente» ogni proposta tendente a riconoscere al consenso del marito «efficacia preclusiva» dell'azione di disconoscimento, anche se «detta efficacia è auspicabile in sede di una specifica normativa di questa materia».

⁷ La brevità del termine di decadenza per proporre l'azione di disconoscimento della paternità – osserva A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale*, cit., 739 – non può essere invocata per superare le perplessità che suscita il comportamento di un marito che «vuole un certo mezzo rifiutandosi poi di riconoscerne il risultato».

⁸ A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale*, cit., 738 e spec. 739; e, già, ID., *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, cit., 219. V., pure ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 495. Ivi si sottolinea, tuttavia, come le possibilità riproduttive offerte dalla scienza e dalla tecnica dovrebbero essere disciplinate: «sia per fissare i limiti del lecito, sia per stabilire le conseguenze che [...] vengono ad incidere sulla formazione di nuovi nati».

⁹ Iniziativa parlamentare degli On. Gonella e Manco, Atto C. 585 del 25.11.1958, in <http://legislature.camera.it>. Tale proposta era costituita da un solo articolo, che disponeva: «La donna che permette su di sé, con seme parzialmente o totalmente non del marito, pratiche inseminative è punita con la reclusione fino ad un anno. Con la stessa pena è punito il marito che vi abbia consentito, nonché il terzo donatore di seme e chiunque su donna coniugata consenziente compie atti idonei alla inseminazione artificiale».

¹⁰ A distanza di poco tempo, 1959, segue la proposta di legge C. 1017, «Illiceità della inseminazione artificiale»; nel 1969, ritorna sui problemi della PMA il disegno di legge S. 754, 02.07.1969, della senatrice Falcucci. Tale disegno di legge relativo alla riforma del diritto di famiglia prevedeva l'equiparazione tra uomo e donna nel reato di adulterio e, nell'articolo 159, configurava come nuova fattispecie criminosa l'inseminazione «eterologa», in quanto contraria all'ordine pubblico.

¹¹ V., G. RENNA, *Proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 580 ss.

A partire dalla VIII e, specialmente, tra la IX (1983-87) e la XII legislatura (1994-1996), i lavori parlamentari¹² ricevettero impulso dal dibattito sollevato, anche a livello europeo¹³, dalla possibilità di ricorrere oltre che alla fecondazione *in vivo* anche a quella *in vitro*. A seguito della istituzione di una Commissione ministeriale di studio presieduta da Fernando Santosuosso – 1984¹⁴ – furono formulate proposte nuove, tendenti a consentire la tecnica omologa di fecondazione assistita, eventualmente anche *in vitro*, qualora quella *in vivo* non avesse dato l'esito sperato.

La presentazione di proposte di legge continuò durante la X (1987-1992), l'XI (1992-1994) e la XII legislatura (1994-1996), ma non giunse ad alcun risultato nonostante il lavoro svolto, prima, dalla Commissione presieduta da Elio Guzzanti¹⁵ e, successivamente, dalla Commissione presieduta da Francesco D. Busnelli¹⁶. La situazione non si sblocca neppure durante la XIII legislatura. Soltanto nel 2004, nel corso cioè della XIV legislatura e a quasi cinquant'anni dai primi arresti giurisprudenziali, il Parlamento riesce a introdurre nel nostro ordinamento, con la legge n. 40, le regole da seguire per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e per la determinazione dello *status* del nato con tali tecniche.

Così, nel lungo periodo di vuoto legislativo l'esecuzione delle tecniche di procreazione assistita rinveniva qualche regola unicamente nel Codice di deontologia medica e nelle circolari¹⁷ del Ministero della Sanità.

Il codice di deontologia medica, pur introducendo vari divieti¹⁸, non ostacolava la fecondazione eterologa e le circolari del Ministero della sanità, per affrontare gli aspetti più

¹² Per una esposizione completa delle proposte presentate tra il 1983 e il 1989, v., M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, p.2, nt.1, e appendice.

¹³ V., la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1989 concernente la fecondazione artificiale «*in vivo*» e «*in vitro*» in V. SCALISI, *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002, p. 549 ss.

¹⁴ Il Ministro della Sanità, con decreto del 31 ottobre 1984, istituì una Commissione di studio con il compito di approfondire le problematiche medico-scientifiche, etico-sociali, organizzative e giuridiche connesse con la procreazione medicalmente assistita e con il trattamento degli embrioni. La Commissione, presieduta da Fernando Santosuosso ha presentato il 22 novembre 1985 due distinte proposte (Norme sui procedimenti non naturali per la fecondazione col seme del marito; Norme sulla fecondazione artificiale umana e sul trattamento di gameti ed embrioni, in *Giur. it.* 1986, II, 57-64).

¹⁵ V., Procreazione medico-assistita. Rapporto finale della Commissione di esperti, in Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati n. 42/3, pp. 171-202

¹⁶ Fecondazione assistita. Relazione e Proposta della Commissione di studio per la bioetica, 10 maggio 1996, in Dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati n. 42.

¹⁷ V., Circolare 01.03.1985: Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del SSN; Circolare 27.04.1987 n. 19: Misure di prevenzione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione; Circolare 10.04.1992 n. 17: Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana e nella donazione d'organi, di tessuto e di midollo osseo. V., pure, ordinanza ministeriale 05.03.1997: Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani; Ordinanza ministeriale 05.03.1997: Divieto di pratiche di clonazione umana o animale; ordinanza Ministeriale 4.06.1997: Proroga dell'efficacia dell'Ordinanza ministeriale 5 marzo 1997 concernente il divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani; ordinanza ministeriale del 25.07. 2001: Divieto di importazione e di esportazione di gameti o di embrioni umani.

¹⁸ Il codice di deontologia medica del 25 giugno 1995 (art. 41) e il successivo, in vigore dal 2/3 ottobre 1998 al 15 dicembre 2006, (art. 42) vietavano al medico, anche nell'interesse del bene del nascituro, di attuare: a) forme di maternità surrogata; b) forme di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili; c) pratiche di fecondazione assistita in donne in menopausa non precoce; d) forme di fecondazione assistita dopo la morte del partner; ogni pratica di fecondazione assistita ispirata a pregiudizi razziali; la selezione dei

propriamente sanitari della procreazione medicalmente assistita, prevedevano, tra l'altro, «misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per la fecondazione assistita umana», rimarcando in tal modo la liceità del ricorso alla tecnica eterologa.

Rimaneva, però, privo di ogni tutela, non soltanto su piano normativo ma anche giurisprudenziale, il nato con tale tecnica.

I tribunali, infatti, affrontavano le questioni di paternità poste dalla procreazione assistita rimanendo saldamente ancorati ai precetti codicistici pur dopo che la riforma del diritto di famiglia del '75 e alcune sentenze della Corte costituzionale, rimodellanti la disciplina dell'azione di disconoscimento, particolarmente sotto il profilo della decorrenza dei termini¹⁹, legittimarono l'esercizio di tale azione anche oltre l'anno dalla nascita del bambino²⁰ e, di fatto, in concomitanza con il sopraggiungere della crisi coniugale e come reazione ad essa²¹.

Ancora negli anni '90, l'istanza diretta ad ottenere il disconoscimento di paternità del bambino nato previo accesso dei coniugi alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e sottoposizione della moglie ad inseminazione eterologa – ad avviso di alcuni tribunali – doveva essere accolta, ancorché il marito avesse dato il proprio consenso alla esecuzione della summenzionata pratica²². Si riteneva, infatti, che l'ipotesi non sfuggisse alla disciplina contenuta nel 1° comma, n. 2, dell'art. 235 c.c. (vigente *ratione temporis*).

gameti; lo sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali, nonché la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca.

¹⁹ V., Corte cost., 01.04.1982, n. 64 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 229 della legge 19 maggio 1975, n. 151, nella parte in cui non prevede che l'azione di disconoscimento di paternità sia proponibile dal padre entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa, nell'ipotesi che nel periodo compreso fra il trentesimo e il centottantesimo giorno prima della nascita la moglie abbia commesso adulterio); 06.05.1985, n. 134 (che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 244, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 dello stesso codice, che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie); Corte cost., 14.05.1999, n.170 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 244, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare, contemplata dal numero 2) dell'art. 235 dello stesso codice, decorra per il marito dal giorno in cui esso sia venuto a conoscenza della propria impotenza di generare, nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 244, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che il termine per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità, nell'ipotesi di impotenza solo di generare di cui al numero 2) dell'art. 235 dello stesso codice, decorra per la moglie dal giorno in cui essa sia venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito).

²⁰ V., M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, cit., p. 123 ss. e spec. p. 145. *Ivi* l'a. auspica un sollecito intervento del legislatore al fine di «porre rimedio agli inconvenienti che derivano da una disciplina ormai non più in ordine coi tempi».

²¹ V., in particolare, L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato*, in *Giur. it.*, 1999, p. 462, che si interroga sul valore del consenso «soprattutto in relazione alle ipotesi in cui il marito, per lo più a seguito di intervenuti dissapori con il coniuge, decida di disconoscere il figlio, avvalendosi della relativa azione».

²² V., Trib. Cremona, 17.02.1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 996 ss., con nota di G. FERRANDO, *Il « Caso Cremona »: autonomia e responsabilità nella procreazione*; *ivi*, 1995, I, 2, p. 583 ss., con nota di I. CORTI, *Procreazione artificiale, disconoscimento di paternità e interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1690 ss., con nota di M. GORGONI, *Fecondazione artificiale eterologa e tutela parentale*; *ivi*, 1994, I, p. 1697 ss., con nota di M. SOLDANO, *Disconoscimento di paternità in caso di inseminazione artificiale eterologa consentita dal marito*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 182 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: una sentenza da dimenticare*. V., altresì, Trib. Rimini, 24.03.1995, in *Dir. fam.*, 1996, p. 582 ss., con nota di G. M. UDA, *Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona*; *ivi*, 1996, 614 ss., con nota di L. TOSTI, *Ricorso all'i.a.e. e titolarità dei requisiti soggettivi ex art. 6 l. n. 184 del 1983*. V., ancora, Corte app. Brescia, 10.05.1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 167

La prima svolta, benché non risolutiva, si deve alla Corte costituzionale²³ che, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c., circoscrisse l'ambito di applicazione della norma impugnata esclusivamente alle ipotesi in cui «la generazione seguisse ad un rapporto adulterino»²⁴.

Soltanto nel 1999 la Corte di cassazione²⁵ – dopo aver evidenziato che l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica del n. 2 del primo comma dell'art. 235 c.c., oltre i casi espressamente regolati, postulava, «per non tradursi in un'arbitraria supplenza in compiti riservati al legislatore», la «omogeneità di elementi essenziali e la identità di *ratio*» e che «tali presupposti non erano ravvisabili in presenza di una inseminazione eterologa concordata dai coniugi, con decisioni convergenti e consapevoli» – recuperava la regola idonea a colmare la lacuna in materia di fecondazione eterologa, allora esistente nell'ordinamento, attraverso la «ricerca nel complessivo sistema normativo dell'esegesi idonea ad assicurare il rispetto della dignità della persona umana».

A partire dal 1999, dunque, per garantire il rispetto della dignità umana, la libertà di accesso alle pratiche procreative assistite venne temperata da una responsabilità genitoriale collegata non più a dati cromosomici e naturalistici, bensì ad un consenso consapevole e liberamente prestato dal marito della donna fecondata con seme di donatore²⁶.

Non può tacersi, però, che, ancorché dominante, la questione della paternità non era la sola posta dalla PMA. La libertà del ricorso alle tecniche eterologhe venne ben presto ad incidere anche sulla determinazione della maternità. Al sopraggiungere della possibilità di

ss., con nota di G. FERRANDO, *Consenso del marito, fecondazione eterologa e disconoscimento di paternità*; in *Fam. dir.*, 1996, p. 4 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Ancora sull'inseminazione eterologa e sull'azione di disconoscimento*.

²³ La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata da Trib. Napoli, 14.03.1997, in G.U. 1997 n. 27; in *Fam. dir.*, 1997, p. 261 con commento di M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale è chiamata a giudicare sul consenso del marito all'inseminazione eterologa*; in *Dir. giur.*, 1997, p. 152 ss., con note di G. GRASSO, *Prima affermazione di una paternità negata: la fecondazione eterologa e la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 cc.* e di V. RIZZO, *Profili costituzionali della paternità assistita*.

²⁴ Corte cost., 26.09.1998, n. 347, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1295 ss., con nota di V. CARBONE, *Riconoscimento di paternità e inseminazione eterologa: la Corte costituzionale non risolve il problema*; in *Giur. it.*, 1999, I, p. 461 con commento di L. BALESTRA, *Inseminazione eterologa e status del nato, cit.*; *ivi*, 1999, p. 681, con nota di C. COSSU, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento di paternità*; *ivi*, 1999, p. 1138 ss., con nota di F. MANNELLA, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte Costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*; *ivi*, 1999, p. 465 ss., con nota di F. UCCELLA, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità*; in *Dir. giur.*, 1999, p. 526 ss., con nota di GRASSO, *Il crepuscolo del disconoscimento in caso di fecondazione eterologa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*; in *Dir. fam.*, 1999, p. 527 ss., con nota di E. PRANDINI, *Disconoscimento di paternità nel caso di fecondazione eterologa consentita dal marito: permanenza del vuoto normativo e prospettive giurisprudenziali*; *ivi* 1999, p. 505 con nota di G. M. UDA, *Sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 235 c.c. nei confronti dei figli legittimi nati a seguito di fecondazione artificiale eterologa*.

²⁵ Cass. civ., 16.03.1999, n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 ss., con commento di C. M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, II, 1070 ss., con nota di G. CASSANO, *I figli della scienza in cassazione: il principio di autorevolezza e l'art. 235 c.c.*; in *Foro it.*, 1999, I, 1835 ss., con nota di E. SCODITTI, «Consensus facit filius». *I giudici, la Costituzione e l'inseminazione eterologa*; in *Fam. dir.*, 1999, 237 ss., con commento di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*; in *Giur. it.*, 2000, I, 280 ss., con nota di F. CAGGIA, *Fecondazione eterologa e azione di disconoscimento di paternità intentata dal marito: un'ipotesi di abuso del diritto*; *ivi*, 2000, p. 276 ss., con nota di C.M. SCISO, *Ancora in tema di fecondazione assistita eterologa e disconoscimento di paternità*.

²⁶ Scrive V. SCALISI (*La procreazione medicalmente assistita. Libertà della coscienza etica e limiti della norma giuridica*, in *La procreazione medicalmente assistita*, Atti del convegno internazionale di Messina 13-14 dicembre 2002, a cura di M. FORTINO, Torino, 2005, e, ora in V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova 2014, pp. 369-370): «non può esistere reale libertà senza il presidio della responsabilità e questo, a mio avviso, dovrebbe rappresentare l'altro punto fermo del dibattito intorno al tema della procreazione medicalmente assistita».

fecondare e impiantare nella donna un ovulo altrui, anche l'accertamento della maternità, effettuato secondo le disposizioni del codice civile, sollevò critiche²⁷.

Nel codice la maternità è da sempre collegata al parto. I dati genetici vengono, pertanto, in considerazione soltanto come elemento di supporto a prove che evidenziano il collegamento tra la partoriente e il neonato²⁸.

Alcuni studi in argomento sottolineavano, tuttavia, come fosse doveroso rendere esplicito «ciò che prima appariva necessariamente implicito» nella norma codicistica, ossia che «è madre colei che partorisce il frutto della fecondazione di un suo ovulo»²⁹ e proponevano altra e più adeguata regola per individuare la madre del bambino nato con ricorso a tecniche di PMA³⁰.

Sul versante della maternità, però, la giurisprudenza non ha mai dialogato con la dottrina³¹ e, di regola³², attinge, senza troppi dubbi, alle norme del codice civile³³, pur quando l'ovulo fecondato non appartenga alla partoriente oppure la maternità si riveli surrogata.

2. E dopo

Quando finalmente interviene, la legge 40/2004 fissa le condizioni di accesso alla PMA e individua, ma solo parzialmente, i criteri per stabilire la genitorialità.

E' opportuno iniziare dal primo profilo.

Considerato una sorta di ultima *ratio*, il ricorso alla PMA viene ammesso soltanto in seguito ad accertamento o inspiegabilità di sterilità o infertilità determinate da cause non rimosibili con altre pratiche meno invasive. In presenza di tali presupposti, le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» possono accedere alle PMA, ma al solo scopo di ottenere l'applicazione

²⁷ V., A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 1251: «la logica secondo cui la gestazione crea un vincolo più forte con il nascituro per intensità effettiva e rapporto temporale [...] è sovvertita dalla logica del buon senso secondo cui l'ovulo fecondato di una donna negra, pur con la gestazione di una donna bianca, non può far diventare bianco il nato».

²⁸ V., per tutti, A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di maternità e paternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 631. «L'elemento naturale» – osserva l'autore – «è talmente predominante nella madre su ogni analisi delle cause che lo hanno determinato, da far passare in seconda linea ogni ricerca delle stesse».

²⁹ V., P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 316. Nello stesso senso, F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., pp. 51-52.

³⁰ Caduto anche l'antico brocardo "*mater semper certa est*" – avverte F. SANTOSUOSSO (*op.ult. cit.*, pp. 52-55) – una futura legge sulla procreazione medicalmente assistita dovrebbe individuare la madre nella donna che ha i "titoli prevalenti". Così, dovrebbe essere madre la donna che ha fornito l'ovulo e ha voluto il figlio (anche se non è la gestante) oppure quella che ha portato avanti la gestazione e ha voluto il figlio (anche se non le appartiene l'ovulo). In argomento, v., anche G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 759 ss.

³¹ V., E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, in *www.dimt.it*, 2014. L'a., con riferimento all'eterologa con gameti femminili, scrive: «Qui il principio che madre sia la partoriente è legato ad un determinato stadio della scienza medica, ma non è indubbio che debba essere tenuto fermo. La soluzione dettata dall'art. 9, comma 3, l. 40/2004 è espressione del divieto di fecondazione assistita eterologa e si spiega in funzione di esso».

³² V., però, Cass. civ., 30.09.2016, n. 19599, in *www.personaedanno.it*. La sentenza consente la trascrizione di un certificato di nascita formato all'estero nel quale vengono indicati come genitori la madre A (madre biologica) e la madre B (madre genetica).

³³ V., M. SESTA, *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 297 ss.

di una tecnica di tipo omologo da effettuarsi con un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni creati, in numero comunque non superiore a tre e senza possibilità di ricorrere – secondo quanto si leggeva nelle originarie linee guida – ad una vera diagnosi preimpianto³⁴.

Essendo consentita soltanto una procreazione favorita da tecniche di fecondazione in vivo e in vitro dei gameti della coppia avente i requisiti suindicati, le aspettative di genitorialità, legate al ricorso alla PMA appaiono, almeno *prima facie*, piuttosto contenute³⁵.

In verità, siffatta disciplina comprime non del tutto efficacemente la libertà di realizzare progetti di genitorialità con l'ausilio delle diverse tecniche di PMA. In particolare, le sanzioni previste per la violazione dei divieti fissati nei commi 1 e 2 dell'art. 12, espletando la propria forza dissuasiva unicamente nei confronti del medico che vi abbia fatto ricorso e della struttura all'interno della quale si è consumata la violazione (art. 12, comma 10), non ostacolano i progetti di genitorialità delle coppie che possono e vogliono recarsi in uno Stato nel quale non sussistono né il divieto di eterologa³⁶, né gli altri divieti menzionati nell'art.12.

Nel tempo, inoltre, la legge 40/2004 assume un volto sempre meno "repressivo"³⁷.

Fondamentali in tal senso sono state, e sono ancora oggi, alcune insistenti istanze dei tribunali amministrativi e civili, nonché talune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, sollecitanti, direttamente o indirettamente, altrettanti interventi della Corte Costituzionale o del legislatore.

A partire dal 2008, si assiste ad un rimodellamento delle disposizioni attinenti alla liceità degli interventi di procreazione medicalmente assistita.

Dopo un iniziale atteggiamento conservativo delle Linee guida adottate, come previsto dall'art. 7 della l. n. 40/2004, con D.M. 21 luglio 2004³⁸, il Tar Lazio cambia orientamento e, facendo seguito ad alcuni provvedimenti di disapplicazione dei tribunali civili intervenuti *medio tempore*³⁹, annulla la disposizione del summenzionato decreto

³⁴ Nell'allegato alle linee guida pubblicate con D.M. 21 luglio 2004 (misure di tutela dell'embrione) si leggeva: «Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale».

³⁵ V., M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita?*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 1405 e 1409.

³⁶ Secondo F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 469, si tratta di «criptico compromesso mascherato da intransigente divieto».

³⁷ In tal senso, v., F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 633 ss.

³⁸ Inizialmente i ricorsi proposti per l'annullamento delle Linee guida del Ministero della Salute 21 luglio 2004, nella parte in cui, consentendo la sola analisi osservazionale degli embrioni prodotti, introducevano una limitazione non prevista dalla legge, vengono rigettati. V., T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 05.05.2005, n. 3452, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 1579 e ss.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 18.05.2005, nn. 4046-7, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 1591. Successivamente, il Consiglio di Stato, annullato T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 05.05.2005, n. 3452, per vizi procedurali pregiudicanti il corretto instaurarsi del contraddittorio, rinvia la questione al medesimo Tribunale (Cons. Stato, V sez., 28.03.2007, n. 1437, sez. III, in *Foro amm.*, 2007, 3, p. 921). In seguito a tale annullamento del Consiglio di Stato, il giudice di prima istanza torna a pronunciarsi e accoglie alcuni motivi di ricorso (TAR Lazio, 21.01.2008, n. 398). Con la stessa pronuncia il TAR Lazio dichiara altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della l. n. 40/2004, poi accolta dalla Consulta con la sentenza n. 151/2009.

³⁹ V., Trib. Cagliari, 24.09.2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 419, con il commento (p. 604) di A. GORGONI, *Il diritto alla diagnosi preimpianto dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 2008, 383 con commento (p. 390) di G. FERRANDO, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi preimpianto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 249, con il commento (p.260) di E. PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*; nonché Trib. Firenze,

ministeriale relativamente all'ammissione della sola diagnosi preimpianto di tipo osservazionale⁴⁰ e solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della l. n. 40/2004, con riferimento all'obbligo di formare un numero ristretto di embrioni e al divieto di crioconservazione al di fuori delle esigue ipotesi ivi contemplate⁴¹. La Corte costituzionale, riconoscendo la fondatezza della questione, dichiara l'illegittimità dell'art. 14, comma 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», nonché, comma 3, precisando che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna⁴².

A soddisfare le istanze di cambiamento della legge '40, però, non bastano né la sentenza della Consulta, né le nuove disposizioni delle Linee guida emanate nel 2008 dal Ministero della salute, benché epurate da ogni riferimento ad indagini soltanto di tipo osservazionale⁴³.

Ben presto qualche tribunale autorizza coppie fertili, portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili, a ricorrere alla PMA e alla diagnosi preimpianto⁴⁴, così oltrepassando i limiti dell'interpretazione letterale dell'art. 4, comma 1, della l. n. 40/2004 e obliterando anche le linee guida novellate nella parte in cui estendono la possibilità di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alla coppia fertile, ma soltanto quando l'uomo sia portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili⁴⁵.

17.12.2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 419, con annotazione di S. DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*.

⁴⁰ V., TAR Lazio, 21.01.2008, n. 398, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 489 ss., con nota di S. PENASA, *Tanto tuonò che piove: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 506, con nota di A. FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione*.

⁴¹ V., pure, Trib. Firenze, ord. 12.07.2008 e 26.08.2008 (in G.U., 2008, prima serie speciale, nn. 44 e 50) che sollevano questione di legittimità costituzionale anche in riferimento all'art. 14, comma 1 e 4, e all'art. 6, comma 3.

⁴² V., Corte cost., 08.05.2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213, con il commento di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 2010, p. 281, con annotazioni di L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*; di D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, di G. RAZZANO, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 era già stata sollevata da Trib. Cagliari, 16.07.2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 613. La Corte costituzionale, in quell'occasione, aveva, però, dichiarato manifestamente inammissibile la questione. V., Corte cost., ord. 09.01.2006, n. 369, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3831.

⁴³ L'allegato al D. M. 11 aprile 2008 proibisce la diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, ma consente la «ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative».

⁴⁴ V., Trib. Salerno, ord. 09.01.2010, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 745 ss. con nota di A. M. SPALAZZI CAPRONI; in *Giur. mer.*, 2010, 5, 1289 ss. con nota di V. SANTARSIERE, *Procreazione medicalmente assistita per assecondare l'istinto genitoriale delle coppie malate non sterili* (p.1292 ss.); in *Fam. dir.*, 2010, p. 476, con il commento di M. SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili – un nuovo problema* (p. 478) e di S. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche* (p. 482).

⁴⁵ Le linee guida 2008 ammettono il ricorso alla PMA anche quando - essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV - «l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico, di cui all'art. 4,

Tale orientamento giurisprudenziale, a distanza di due anni, riceve l'avallo della Corte EDU. Ragioni di coerenza sistematica – ad avviso della Corte – si oppongono a scelte ermeneutiche che impediscono ai coniugi/partners fertili di ricorrere alla PMA, al fine di ottenere l'impianto dei soli embrioni non affetti dalla malattia genetica di cui sono portatori sani, benché la donna possa interrompere la gravidanza quando il feto presenta quella patologia⁴⁶.

Si diffonde, pertanto, nella nostra giurisprudenza, la propensione a superare in via interpretativa l'incoerenza sistematica delle norme interne⁴⁷; alcuni giudici di merito, tuttavia, hanno sollecitato l'intervento della Corte costituzionale⁴⁸ che, come ampiamente prevedibile, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono alle coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili (rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 194/78, accertate da apposite strutture pubbliche), di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁴⁹ nonché dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, della medesima legge⁵⁰ nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili (rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194⁵¹).

A completare lo sgretolamento del tipo c.d. "autoritario" di PMA⁵², prefigurato dal legislatore del 2004, provvede ancora la Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative al divieto di fecondazione eterologa⁵³. E non può tacersi che la

comma 1 della legge n. 40 del 2004». Il ricorso alla PMA non è invece previsto quando esista la concreta possibilità che una coppia fertile trasmetta ai nascituri una malattia genetica grave.

⁴⁶ Corte EDU, 28.08.2012, ricorso n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, trad. it. in www.giustizia.it; la sentenza è annotata da P. VENTURI, *Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1993. Tale sentenza è definitiva. In data 11.02.2013 la Corte EDU ha rigettato la richiesta di rinvio alla Grande Camera presentata dal governo italiano.

⁴⁷ Il Tribunale di Cagliari (09.11.2012, in *Corr. mer.*, 2013, p. 429, con il commento di A. VALLINI, *La diagnosi preimpianto è un diritto*) e il Tribunale di Roma (26.09.2013, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3112 con nota di CASABURI) hanno accolto con provvedimento di urgenza le richieste di coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili in via ereditaria, di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, comprensive della diagnosi e della selezione preimpianto degli embrioni. Sul dopo Strasburgo, v., anche G. FERRANDO, *Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 20.

⁴⁸ V., Trib. Roma, ord. 15.01.2014 (in G.U. del 14/05/2014, n. 21) e 28.02.2014 (in G.U. del 04/06/2014 n. 24), emesse su ricorso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche. V., pure, Trib. Milano, ord. 04.03.2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.it, che, a sua volta, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, e dell'art. 4, comma 1, della legge 40/2004.

⁴⁹ V., Corte cost., 05.06.2015 n. 96.

⁵⁰ V., Corte cost., 11.11.2015, n. 229.

⁵¹ Il Tribunale di Napoli, ord. 03.04.2014 (in G.U. 17.09.2014, n. 39) aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, lettera b), e comma 4, nonché dell'art. 14, commi 1 e 6, nella parte in cui prevede quale fattispecie di reato il divieto assoluto – senza alcuna eccezione – di soppressione degli embrioni, non facendo salva l'ipotesi in cui tale condotta sia finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna degli embrioni affetti da malattie genetiche. La Corte costituzionale ha ritenuto infondata tale ultima questione.

⁵² F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., p. 460 ss., e, già, ID., *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, p. 281.

⁵³ V., Corte cost., 18.06.2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, p. 753 ss. con commento di CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con commento (p. 1117) di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 393

sentenza potrebbe comportare, tra l'altro, una rilettura di altre disposizioni di diritto interno in materia di procreazione medicalmente assistita⁵⁴; il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale (artt. 8 e 14 CEDU) si oppone, infatti, a regole che neghino alle coppie non sposate omosessuali ciò che è consentito alle coppie non sposate eterosessuali⁵⁵.

Alla fine del descritto rimaneggiamento giurisprudenziale non può non notarsi che, dopo un temporeggiamento durato quasi cinquant'anni, il Parlamento italiano ha emanato una legge frantumata nell'arco di poco più di dieci anni⁵⁶, quasi che le norme introdotte avessero ingiustamente soppresso la libertà di cui le coppie godevano prima del 2004⁵⁷.

In atto, dunque, i progetti di genitorialità agevolati dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita non incontrano più particolari difficoltà, tranne che infrangono i divieti di cui ai commi 2 e 6 dell'art. 12.

La prima di tali disposizioni ostacola, tra l'altro, conformemente a quanto previsto nell'articolo 5, l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso. Il comma 6 dell'art. 12 proibisce, poi, come noto,

ss., con commento di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Quad. cost.*, 2014, con il commento (p. 569) di A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*; *ivi*, anche il commento (p. 563) di Giac. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*; in *www.giustiziacivile.com*, con nota di M. DE MARIA, *La figura del genitore nel pensiero della Corte costituzionale*; *ivi*, con editoriale di L. LENTI, *Abbattuto un altro pilastro della legge 40: la Corte costituzionale cancella il divieto di procreazione assistita eterologa*; *ivi*, con nota di F. MITE, *La Consulta apre un'ulteriore breccia nella legge n. 40 del 2004: illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 1123, con nota di S. TONOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*. La sentenza ritorna sull'argomento dopo che con l'ordinanza 07.06.2012, n. 150 (in *Eur. dir. priv.* 2013, p. 195, con nota di A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*) la Corte costituzionale aveva disposto la restituzione degli atti ai Tribunali ordinari di Firenze, Catania e Milano che avevano sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (v., U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 636 ss.). La questione di legittimità costituzionale dei succitati articoli era posta essenzialmente in riferimento agli artt. 117, comma 1, e 3 Cost., perché si rilevava la contrarietà delle summenzionate norme del nostro ordinamento agli artt. 8 e 14 CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo (M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 14 ss.). Nella sentenza 01.04.2010, ricorso 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*, la Corte europea aveva, infatti, affermato l'irragionevolezza del divieto assoluto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Successivamente alle ordinanze di rimessione, tuttavia, la Grande Camera della Corte di Strasburgo – alla quale, ai sensi dell'art. 43 della CEDU, è stato deferito il caso deciso dalla Prima Sezione – con la sentenza 03.11.2011, *S.H. e altri c. Austria*, ha invece ritenuto che rientra nel margine di discrezionalità, riconosciuto agli Stati dall'art. 8, vietare la donazione dei gameti necessari per la fecondazione eterologa.

⁵⁴ V., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 148; l'autore mette in rilievo come, individuato «nell'effetto di mera interdizione territoriale di un servizio il significato operativo della norma» dichiarata illegittima, la Corte costituzionale ha evidenziato un vizio che «caratterizza a tutt'oggi [...] gli altri divieti «territoriali» rimasti in vigore dopo la sentenza n. 162 della Consulta, tra i quali, ad esempio, il divieto di assistenza alla procreazione per le coppie omosessuali».

⁵⁵ V., da ultimo, Corte EDU, grande camera, 19.02.2014, ricorso n. 19010/0790, *X e altri c. Austria*, §§ 90-91.

⁵⁶ V., F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., p. 471 ss..

⁵⁷ V., G. VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici* in *www.personaemercato.it*, 8/2016, p. 7, il quale osserva: «Dalle sentenze emerge, dunque, che la legge non ha fornito soluzioni giuste ed effettive degli interessi coinvolti nella procreazione medicalmente assistita e tale constatazione si può estendere ad altri problemi bioetici».

la maternità surrogata⁵⁸. Siffatti divieti fanno apparire inverosimile, ad oggi, l'esecuzione di tali pratiche in Italia⁵⁹; rimane naturalmente la possibilità di eseguirle lecitamente in altro Stato, pur se con notevoli inconvenienti – come adesso vedremo – al momento della determinazione dello *status* del nato.

3. Le disposizioni regolatrici dello status del nato nella legge 40/2004

Delineati con fermezza forse eccessiva – considerati gli accennati riadattamenti giurisprudenziali – i limiti di liceità del ricorso alla procreazione medicalmente assistita, il legislatore non pone grande cura nel definire i criteri determinativi della genitorialità. Nell'attuale assetto normativo non è *espressamente* indicato lo *status* del figlio nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, né quando la medesima è di tipo eterologo⁶⁰, né quando prevede un accordo di surrogazione di

⁵⁸ La letteratura giuridica in argomento è molto ampia. I riferimenti bibliografici risultano, pertanto, necessariamente incompleti. Per la dottrina successiva alla l. n. 40/2004, v., C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, Milano 2014, pp. 407-409; BIN, BRUNELLI, GUZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI, *Dalla provetta alla Corte. La legge 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Atti del seminario di Ferrara, 18-4-2008, Torino 2008, *passim*; CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, vol. I, *Fonti, Soggetti, Famiglia*, tomo II, Milano 2009, p. 536 ss.; CORTI, *la maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, tomo II, *Il governo del corpo*, Milano 2011, p. 1479 ss.; DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 358; M. DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 117 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.*, 2004, 6, p. 810 ss.; PEZZINI, *Tra Corti e provette. Momenti di biodiritto*, in *Genesi e struttura dei diritti*, a cura di TINCANI, Milano, 2009; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della famiglia*, a cura di L. BALESTRA, *Leggi collegate*, Torino 2010, *Sub art. 12*, pp.592-594; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 Febbraio 2004, n. 40*, Milano 2004; SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in *Procreazione assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, a cura di STANZIONE, SCIANCALEPORE, Milano, 2004; SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur., Aggiornamenti*, Roma, 2004, p. 1 ss.; STANZIONE, *Introduzione*, in *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, cit., XVI; VILLANI, *Procreazione assistita, nel Trattato dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, VII, *Aggiornamento*, Milano, 2006, p. 249 ss.

⁵⁹ La giurisprudenza si è occupata della maternità surrogata prima della l. n. 40/2004. V., Trib. Monza, 27.10.1989, in *Giur. mer.*, 1990, p. 240 ss., con nota di M.G. MAGLIO, *Spunti in tema di procreazione artificiale*; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 478 ss., con nota di F.M. CERVELLI, *Biogenetica, fecondazione artificiale e problemi giuridici emergenti*; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296 ss., con nota di G. PALMERI, *Maternità « surrogata »: la prima pronuncia italiana*; in *Dir. fam. pers.*, 1990, 173 ss. con nota di M. VENTURA, *Sulla procreazione artificiale: una sentenza innovativa?*; *ivi*, 1991, p. 191 ss., con nota di M.C. LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*. V, pure, Trib. Salerno, 15.11.1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 1052, che consente l'adozione ex art. 44, lett. b), della legge n. 184 del 1983 in favore della moglie del padre genetico di un minore nato da madre biologica surrogata anonima, «a nulla rilevando, ex art. 46 e 57 della stessa legge n. 184, l'eventuale illiceità, e la conseguente nullità, del c.d. contratto di maternità surrogata». Nello stesso senso, v., Corte app. Salerno, 25.02.1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177 ss., con nota di R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*. Dopo queste sentenze, l'applicazione di tecniche di surrogazione di maternità viene scongiurata, nel vuoto legislativo, dal Codice di Deontologia medica del 1995 che vietava ai medici l'esecuzione di tutte le forme di maternità surrogata. V., però, Trib. Roma, 17.02.2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 151 ss. con il commento (p. 156) di M. DOGLIOTTI, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordi di solidarietà?* V., altresì, L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 377 ss.

⁶⁰ Ai fini della determinazione dello *status* del bambino nato da fecondazione eterologa, la dottrina, a volte, ha ritenuto necessario applicare le disposizioni del codice civile, in quanto il legislatore ha inteso richiamare «l'applicazione dell'intera disciplina generale in materia di filiazione, evitando di affidare integralmente la

maternità⁶¹, né, ancora, quando sia eseguita in violazione dei divieti posti dal 2° comma dell'art. 12, e neppure, infine, quando si sono verificati errori nella esecuzione della tecnica preventivata (nel momento della formazione dell'embrione⁶² ovvero nel momento dell'impianto di embrioni⁶³).

Le poche regole esistenti si leggono negli artt. 6, comma 3, e 8 della legge n.40/2004.

Dopo la fecondazione dell'ovulo, l'art. 6, comma 3, non ammette più la revoca del consenso alla procreazione assistita⁶⁴ e l'art. 8 attribuisce a siffatta «volontà» (irrevocabile)

materia a poche disposizioni speciali». In tal senso, v., U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., *Sub art. 9*, p. 573, per il quale è particolarmente significativo l'art. 9 della l. n. 40/2004. La disposizione, nel secondo comma, contiene un precetto che già «presuppone l'applicazione delle ordinarie regole sul rapporto con la donna che partorisce»; altra volta, al contrario, la dottrina ha ritenuto che lo *status* del figlio, nato a seguito dell'applicazione di una tecnica eterologa si lasci desumere dall'art. 9 della l. n. 40/2004. V., F. CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, cit., pp. 550-551. Sulla necessità «di una direttiva interpretativa degli elementi testuali» dell'art. 9 l. n.40/2004, in mancanza di una disposizione normativa precisa, v., A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 10. La sentenza della Corte costituzionale (162/2014) avalla, invece, l'idea che la regola determinativa della genitorialità vada desunta dal coordinamento degli artt. 8 e 9 della legge 40. La corretta individuazione di tale regola è importante non soltanto ai fini della paternità ma anche ai fini della maternità. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo può comportare anche l'impianto di un embrione formato con un ovulo donato e il seme del futuro padre genetico. In un'ipotesi di questo tipo, la partoriente non è madre genetica. Così, se la giurisprudenza dovesse ritenere che «è madre colei che partorisce il frutto della fecondazione di un suo ovulo» (v., P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, cit., p. 316), una maternità desunta dal parto, ai sensi dell'art. 269, 3° comma, c.c., potrebbe essere efficacemente smentita da prove genetiche. Sulla fecondazione eterologa mediante donazione di ovuli, v., Trib. Salerno, ordinanza 10.07.2012, in *Giur. cost.*, 2013, 2, p. 1181 ss., con nota (p.1196) di F. ANGELINI, *Nell'ipotesi di contrasto tra normativa statale e CEDU il Tribunale di Salerno fa la cosa giusta, ma lungo il cammino abbandona i parametri costituzionali interni*, p. 1196 ss.

⁶¹ La surrogazione di maternità è pratica vietata e, tuttavia, il legislatore avrebbe potuto, come ha fatto per la fecondazione eterologa (vigente il divieto della medesima), dare qualche, anche parziale, indicazione in ordine allo *status* del bambino nato con l'applicazione di tale tecnica. Per questo aspetto, la legge n. 40/2004, presenta profili di incoerenza. Introdotto il divieto di fecondazione eterologa (ora dichiarato incostituzionale), la legge fissa alcune regole che, nonostante qualche incertezze dell'elaborazione dottrinale, consentono di determinare lo *status filiationis* del nato con tale tecnica. Introdotto, altresì, il divieto di maternità surrogata, la legge n. 40/2004 non disciplina, invece, lo stato del figlio nato con tale tecnica. Cfr., F. CAGGIA, *La filiazione da procreazione assistita*, cit., p. 552.

⁶² L'errore può verificarsi al momento della fecondazione dell'ovulo, *in vivo o in vitro*, allorché, per esempio, nell'esecuzione di una pratica di PMA di tipo omologo, venga utilizzato materiale genetico di persona diversa dal marito o partner della donna cui l'ovulo medesimo appartiene; nella fecondazione *in vitro*, può accadere, altresì, che venga fecondato l'ovulo di una donna diversa da quella che aveva richiesto l'applicazione di una tecnica di PMA di tipo omologo.

⁶³ V., Trib. Roma, ord. 08.08.2014, in *Fam. dir.*, 2014, con commento di BUGGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *www.giustiziacivile.com*, con nota di CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità* e di PODDIGHE, in *www.giustiziacivile.com*, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosè, Pilato e Giuseppe*; in *Giur. it.*, 2015, 319 e ss., con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*. V., altresì, Trib. Roma, 02.10.2015, in *Giur.it.*, 2015, p. 1847, con nota di A. MENDOLA, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*.

⁶⁴ I limiti temporali alla revocabilità del consenso riguarderebbero – scrive SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., *Sub art. 6*, p. 551 – soltanto «l'espressione della volontà di assumere la responsabilità genitoriale: il diritto del destinatario del trattamento sanitario alla revoca del consenso - anzi, ad esprimere il consenso al successivo impianto - resterebbe pertanto integro e illimitato anche dopo la fecondazione dell'ovulo». Nello stesso senso, già, OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 330. Da qui anche la possibilità di accettare l'impianto di un numero minore di embrioni rispetto a quelli fecondati (v., Corte cost. 08.04.2009, n.151, cit.). Sul punto, v., ancora, G. OPPO, *ult. cit.*, p. 332. V., altresì, Trib. Firenze, ord. 07.12.2012, in G.U. 17.07.2013 n. 29. Il ricorso chiedeva di accertare, in via d'urgenza, la legittimità del rifiuto

funzione determinativa della maternità, della paternità e dello *status* del figlio. Si esclude, pertanto, la rilevanza di comportamenti (l'esercizio del diritto all'anonimato da parte della donna)⁶⁵ e di eventi (la morte dell'uomo⁶⁶) successivi alla fecondazione dell'ovulo⁶⁷.

Le disposizioni fin qui ricordate, benché originariamente introdotte per stabilire lo *status* del nato con l'applicazione di tecniche di tipo omologo, disciplinano ad oggi anche i rapporti tra la coppia che ha fatto ricorso a tecniche di tipo eterologo e il nato per effetto dell'esecuzione di tali tecniche.

In seguito alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di eterologa⁶⁸, siffatti rapporti sono « regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili » – afferma la Corte costituzionale – « anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici »⁶⁹.

D'altra parte, la regola dell'art. 8 appare specificata, in caso di ricorso a tecniche di tipo eterologo, dall'art. 9. Il 1° comma dell'articolo inibisce, infatti, l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento, rispettivamente al coniuge e al partner che hanno, anche per atti concludenti, manifestato il consenso all'applicazione della tecnica summenzionata. Parimenti, il 2° comma dell'art. 9 vieta alla madre del nato (da individuare secondo il disposto dell'art. 8) l'esercizio del diritto all'anonimato. Infine, l'art. 9, al 3° comma, chiarisce che il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato.

Dalle norme surricordate si desume che la procreazione medicalmente assistita comporta un'autonoma (rispetto al codice civile) e irreversibile determinazione della maternità, della paternità e dello *status* del nascituro – fin dal momento della fecondazione dell'ovulo in quanto tutti fissati sulla base di una «volontà» irrevocabile (art. 6, 3° comma) alla quale l'ordinamento riconduce effetti non modificabili (artt. 8 e 9, 1°, 2° e 3° comma), tanto in caso di omologa che di eterologa, con successivi comportamenti sia commissivi che omissivi della coppia o del donatore (dalla dichiarazione di anonimato della madre alla mancata dichiarazione di riconoscimento del padre; dalla proposizione dell'azione di disconoscimento all'impugnazione del riconoscimento e ad eventuali dichiarazioni del donatore di gameti tendenti ad incidere sullo *status* del bambino).

di impianto degli embrioni (affetti da grave malattia genetica accertata o possibile per infruttuoso esperimento della diagnosi preimpianto) e della scelta di destinare tali embrioni alla ricerca scientifica. Il giudice ha sospeso il giudizio e sollevato questione di legittimità costituzionale: dell'art. 6, comma 3 u.c., legge n. 40/2004 (divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo) per contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost.; dell'art. 13, commi 1, 2, 3, e 6, comma 3 u.c. legge n. 40/2004 in quanto affetto da illogicità ed irragionevolezza, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32, 33, primo comma Cost.

⁶⁵ Sul valore ostativo all'esercizio del diritto all'anonimato della dichiarazione di consenso, v., U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., *Sub artt. 8 e 9*, p. 563.

⁶⁶ G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p.105; U. SALANITRO, *op e loc. ult. cit.* e bibliografia ivi citata.

⁶⁷ V., però, Trib. Roma, sez. I, ord. 02.10.2015. Per tale tribunale «l'articolo 8 della legge 40, nel definire lo stato giuridico del nato considera quale elemento decisivo ai fini dell'acquisto dello stato di filiazione» non il momento della fecondazione *in vitro* ma «l'impianto dell'embrione nell'utero materno, il suo sviluppo nel corso della gravidanza e la nascita».

⁶⁸ La Corte costituzionale avrebbe, invero, sottovalutato la differenza tra tecnica omologa e tecnica eterologa. In tal senso, C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa*, cit., p. 1121, per il quale «da relazione da genere a specie delle due forme di fecondazione, omologa ed eterologa che la Consulta assume [...] non è corretta». Sull'impossibilità di assimilare una tecnica omologa ad una eterologa, al fine di desumere dalla legittimità dell'una l'illegittimità del divieto dell'altra, v., pure, A. NICOLUSSI, A. RENDA, *Fecondazione eterologa: il pendolo fra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit., p. 220 s.

⁶⁹ V., Corte cost., 18.06.2014, n. 162, cit., §11.1.

Più precisamente, sono ininfluenti, anche in caso di ricorso a tecnica eterologa – ormai lecita, benché nei soli casi di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile⁷⁰ – non solo i comportamenti ma anche gli eventi intervenuti dopo che il consenso della coppia sia divenuto irrevocabile. La morte del futuro padre non si riflette sulla situazione giuridica del procreato (che avrà, automaticamente, lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto anche dell'uomo premorto) quando intervenga dopo la prestazione del consenso e l'esecuzione della tecnica di procreazione medicalmente assistita; siffatte considerazioni sembrerebbero agevolare la determinazione dello *status* del nato anche nell'ipotesi in cui l'impianto dell'embrione sia eseguito dopo la morte del futuro padre, in violazione degli art. 5 e 12, 2° comma⁷¹. La libertà di procreare – scrive G. Oppo⁷² – «si è esercitata e si è esaurita anche secondo la l. n. 40 con la fecondazione che ammette la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima».

Lo *status* del figlio è, pertanto, sempre definito, sia nel caso di omologa che di eterologa, al momento della fecondazione dell'ovulo – seguita da impianto dell'embrione, gravidanza e nascita di un bambino – siccome liberamente e irrevocabilmente consentita⁷³.

Norme generali (artt. 6 e 8) e disposizioni specifiche (art. 9) permettono, pertanto, di individuare, senza particolari perplessità, lo *status* del bambino nato con applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo o eterologo.

Ben diversa è la situazione nelle ipotesi di surrogazione di maternità o di violazione dei divieti sanciti dall'art. 12, comma 2, oppure ancora di errori nell'esecuzione delle pratiche di procreazione assistita. In questi casi, l'accertamento dello *status* del figlio, rimasto indeterminato nella legge 40/2004, ha posto e pone ancora problemi di non facile soluzione. Benché, ad oggi, l'esecuzione in Italia di una pratica vietata, appaia altamente improbabile e gli errori nell'esecuzione di pratiche di procreazione medicalmente assistita siano soprattutto da prevenire, il vuoto normativo sembra inspiegabile in quanto il legislatore è intervenuto quando già fatti realmente accaduti⁷⁴ sollecitavano precise regole determinative della genitorialità.

⁷⁰ V., Corte cost., 18.06.2014, n. 162, cit., § 11.1.

⁷¹ V., con riferimento all'applicazione di tecnica omologa, U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40.*, cit., pp. 564 e 579-580. In giurisprudenza, con riferimento ad un'ipotesi di fecondazione omologa *in vitro* eseguita prima dell'entrata in vigore della legge '40, v., Trib. Bologna, 16.01.2015, in *Dir. fam. pers.*, 2015, I, p. 605 ss.

⁷² V., G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., p. 332.

⁷³ In questa prospettiva si è riconosciuto che in caso di fecondazione assistita eterologa, il marito non può esercitare l'azione di disconoscimento neanche se ha revocato il consenso all'inseminazione in un momento precedente al trasferimento dell'embrione, ma comunque successivo alla fecondazione dell'ovulo. V., Trib. Roma, sez. I civ., 19.07.2013 in: www.europeanrights.eu; il marito è ammesso, invece, ad esercitare l'azione di disconoscimento di paternità allorché si accerti che non vi è stato il suo consenso ad adottare tale pratica, ma il termine annuale di decadenza per esperire l'azione ex articolo 244 del c.c (vigente *ratione temporis*) decorre dal momento in cui si sia acquisita la certezza del ricorso a tale metodo di procreazione. Così, Cass. civ., 11.07.2012, n. 11644, in *Guida dir.*, 2012, fasc. 41, 46, con nota di FIORINI, *Il termine di decadenza per presentare l'istanza decorre dalla certezza del ricorso a tale pratica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 51 ss., con nota di COSSU, *Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità*.

⁷⁴ Per la casistica anteriore all'entrata in vigore della legge '40, v., nt. 59. Per la dottrina anteriore alla l. n. 40/2004, v., A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, cit., 622 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, cit., 52 ss.; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre.*, 1986, p. 56 ss.; P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1987, p. 309 ss. e già ID., *La fecondazione artificiale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 383 ss.; *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Atti del convegno di Verona, Padova, 1987; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M, la "surrogate mother" e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97 ss.; ID., *Adozione del figlio dell'altro coniuge, frutto di maternità in sostituzione: il caso francese*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 302 ss.; M.

Può accadere, e di fatto è accaduto e accade ancora, che una coppia aggiri gli impedimenti posti dalla legge italiana, eseguendo in altro Stato la pratica vietata.

Nel nostro, come in molti altri ordinamenti, però, non esistono disposizioni specifiche di diritto internazionale privato concernenti la legge applicabile agli accordi di maternità surrogata conclusi in un altro Paese e neppure disposizioni che fissino regole particolari da seguire per il riconoscimento del certificato di nascita formato all'estero (in caso di violazione del divieto di maternità surrogata o di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte di coppie dello stesso sesso); di conseguenza, ciascuno Stato applica, in modo alquanto disomogeneo, le regole generali di diritto internazionale privato esistenti nel proprio ordinamento.

Appare così auspicabile la firma e la ratifica di una convenzione internazionale che disciplini tali aspetti⁷⁵.

Per quanto attiene alla maternità surrogata, il tentativo è in corso. Le problematiche concernenti il progetto «Filiation / Maternité de substitution» - su richiesta del Consiglio per gli affari generali e la politica della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, riunitosi dal 15 al 17 marzo 2016 - sono all'esame di un gruppo di esperti che dovrà riferire al summenzionato Consiglio nel 2017⁷⁶.

Le posizioni degli Stati, però, sono ancora abbastanza distanti le une dalle altre, sicché sarà complicato trovare un accordo. In Europa sembra prevalente la contrarietà alla maternità surrogata. Il Parlamento europeo, nel 2015, ha discusso e approvato una risoluzione nella quale «condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati

MORETTI, *La fecondazione artificiale: problemi e prospettive in un'analisi comparatistica*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 414 ss.; *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. FERRANDO, Atti del convegno di Genova, Padova, 1989; G. FERRANDO, *Modelli giuridici di controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 585 ss.; A. R. BALDASSARRI, "Contrat de substitution de mère" e "adoption plénière": *recenti orientamenti della giurisprudenza francese*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 304 ss.; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 42 ss. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, cit., 177 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 571 ss.; ID., *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Familia*, 2003, p. 281 ss.; ID., *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 43 ss.; M. SESTA, *La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano*, cit. p. 297 ss.; E. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, p. 69 ss.; G. BALDINI, *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 754 ss.; P. ZATTI, *La surrogazione della maternità*, *Quest. gius.*, 1999, p. 825 ss.; ID., *Maternità e surrogazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193 ss., ora in ID., *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, p. 205 ss.; M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 483 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 187 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità «surrogata»: contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 156 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, 2, p. 377 ss. Sugli errori accaduti nell'esecuzione di pratiche di PMA, v., A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, p. 24 nt. 49.

⁷⁵ V., *Les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, y compris celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, in www.hccb.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

⁷⁶ Il gruppo di esperti si era già riunito una prima volta dal 15 al 18 febbraio 2016, ma aveva concluso «qu'en raison de la complexité du sujet et de la diversité des approches des États à cet égard, les débats n'ont abouti à aucune conclusion définitive concernant l'opportunité d'élaborer un outil dans ce domaine, ni sur ses éventuels nature et champ d'application. Le Groupe estime que les travaux doivent se poursuivre et qu'à ce stade, l'étude de faisabilité doit se concentrer en premier lieu sur la reconnaissance. Le Groupe recommande par conséquent au Conseil d'entériner la poursuite du mandat du Groupe». Per leggere il documento: <https://assets.hccb.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaef5016ed.pdf>.

come una merce»⁷⁷; l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE) ha respinto, nel 2016, la più permissiva proposta di risoluzione "Human Rights and ethical issues related to surrogacy"; i parlamentari italiani hanno presentato numerose mozioni per sollecitare « iniziative, in ambito nazionale e sovranazionale, per il contrasto di tutte le forme di surrogazione di maternità »; il Comitato nazionale per la bioetica (CNB), infine, ha approvato un documento⁷⁸ che condanna la "Maternità surrogata a titolo oneroso", riservandosi di trattare l'argomento della surrogazione di maternità anche senza corrispettivo economico in uno specifico parere più ampio e articolato.

Gli Stati che ammettono il ricorso a tale pratica, tuttavia, difficilmente consentiranno a modificare la propria legislazione.

Nella situazione esposta ciò che emerge con chiarezza è che soltanto il progetto «Filiation / Maternité de substitution» dà adeguato rilievo al profilo del riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero, cioè nello Stato in cui è stata praticata la surrogazione di maternità.

La sottovalutazione di tale questione determina seri inconvenienti, in quanto il mancato riconoscimento dell'atto di nascita pregiudica numerose situazioni giuridiche soggettive del bambino (identità, nazionalità, mantenimento, diritti successori, ecc.) tutelate dalla Convenzione di New York del 1989 e rientranti nella nozione di vita privata e familiare.

In mancanza di criteri sicuri, infatti, Corti e Tribunali italiani, a volte, applicano passivamente le norme del codice civile⁷⁹ e, a volte, tendono, invece, ad elaborare ed applicare regole di diritto interno conformate dagli orientamenti della Corte EDU. Siffatto pendolarismo, però, non può che nuocere alla certezza dei rapporti di filiazione sia che derivino da progetti di genitorialità leciti ma erroneamente eseguiti sia che derivino da progetti di genitorialità illeciti per il nostro ordinamento, ma leciti in altri Stati e, pertanto, in siffatti Stati legalmente attuati.

4. Lacune legislative e orientamenti giurisprudenziali. Il contributo della Corte EDU

Per puntualizzare meglio l'atteggiamento della giurisprudenza in materia di criteri determinativi della genitorialità conviene riferire gli approdi di alcune recenti pronunce.

Un'ordinanza del Tribunale di Roma ha respinto la richiesta di provvedimenti cautelari presentata da una coppia, al fine di ottenere quanto meno il riconoscimento di un diritto di visita dei due gemelli nati da un embrione formato con i gameti di tale coppia, ma partoriti, a causa di un errore al momento dell'impianto dell'embrione, da donna diversa⁸⁰.

In presenza di "un vuoto legislativo" da colmare in via interpretativa, l'estensore dell'ordinanza dichiara di fondare la propria decisione (di rigetto delle domande cautelari)

⁷⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, §115, in www.europarl.europa.eu.

⁷⁸ V., L. MARINI, I. APREA, *Forme di maternità e desiderio di genitorialità: la "maternità surrogata" nei documenti del CNB e del Consiglio d'Europa*, in www.rivistaoidu.net, 2/2016, p. 469 ss.

⁷⁹ V., con riferimento allo scambio di embrioni, Trib. Roma, ord. 08.08.2014, cit. Ivi si afferma che il legislatore «ha voluto lasciare intatto il principio di individuazione della madre nella donna che partorisce».

⁸⁰ A seguito dell'ordinanza, i coniugi hanno proposto ricorso (n. 41146/14) alla Corte EDU che ne ha dichiarato l'inammissibilità per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. V., Corte EDU, 10.10.2014, *X e Y c. Italia*.

sulle disposizioni codicistiche in tema di accertamento della maternità e della paternità, nonché sugli orientamenti emersi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In verità, le norme del codice già in passato sono state valutate siccome inadeguate a disciplinare le nascite avvenute con l'esecuzione di pratiche di PMA e nulla è cambiato da ultimo. La riforma della filiazione «ha mantenuto in vita il microsistema delle diverse regole che governano la procreazione artificiale»⁸¹, riconoscendo che la filiazione derivante da procreazione assistita si fonda su regole e principi diversi da quelli codicistici⁸².

L'estensore del provvedimento, inoltre, asserisce che nella giurisprudenza della Corte EDU e, in particolare, nelle sentenze gemelle del 26.06.2014⁸³, «l'accento non è stato posto sul dato genetico del rapporto di filiazione o su un eventuale diritto dei genitori genetici, ma sul diritto del minore a mantenere il legame familiare consolidatosi nel tempo»; tali pronunce hanno, invece, espressamente chiarito che, provato il legame genetico tra un adulto e un minore, la pretesa di ottenere il riconoscimento di un corrispondente rapporto giuridico di filiazione non può essere respinta senza pregiudicare l'interesse dello stesso minore alla vita privata⁸⁴. Ciò nonostante il Tribunale di Roma ha respinto anche la domanda di disconoscimento di paternità proposta dalla coppia i cui embrioni, a causa di uno scambio di provette, sono stati impiantati in altra donna⁸⁵, come pure quella diretta ad ottenere la dichiarazione di genitorialità genetica⁸⁶. Si è consentito così il consolidarsi di una situazione di fatto che, a tutela del superiore interesse del minore, difficilmente potrà essere modificata, a prescindere dalla correttezza della soluzione adottata.

Non occorre soffermarsi oltre sul contenuto di tali provvedimenti⁸⁷; basti qui osservare che siffatte decisioni frustrano un progetto di genitorialità, sicuramente lecito, della coppia genetica e, soprattutto, appaiono lesivi dell'interesse del minore al rispetto della vita privata (identità).

Sempre nel vuoto legislativo, alcune pronunce di merito hanno, poi, escluso la contrarietà all'ordine pubblico internazionale del certificato di nascita che, in ipotesi di surrogazione di maternità eseguita all'estero, indica i c.d. committenti come genitori del nato ed hanno, di conseguenza, ammesso la trascrizione dell'atto redatto conformemente alla legge dello Stato nel quale è formato⁸⁸, principalmente quando il padre indicato in siffatto atto sia quello genetico⁸⁹.

⁸¹ V., Mir. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2015, p. 18.

⁸² Ancora, Mir. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., p. 18 e ss.

⁸³ Corte EDU, 26.06.2014, ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

⁸⁴ V., Corte EDU, 26.06.2014, *Menesson c. Francia*, § 100.

⁸⁵ V., ord. 22.04.2015 e 02.10.2015 in www.biodiritto.org.

⁸⁶ V., Trib. Roma, sez. I civ., sent. 10.05.2016, in www.biodiritto.org.

⁸⁷ Per approfondimenti, v., A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 264 ss.

⁸⁸ V., Corte app. Bari, 13.02.2009, in www.minoriefamiglia.it; Trib. Napoli, Decreto, 01.07.2011, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2695. Ivi si afferma che l'atto di nascita redatto all'estero, relativo ad un minore nato con la tecnica della procreazione assistita eterologa (nella specie maternità surrogata) non contrasta con l'ordine pubblico e, pertanto, può essere trascritto in Italia.

⁸⁹ V., Trib. Forlì, 25.10.2011, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 532 ss. Al fine di proteggere l'interesse del minore, può esplicitare la funzione di genitore anche una persona imputata e successivamente condannata ai sensi degli artt. 110 e 495 c.p. se, nonostante il comportamento penalmente rilevante, dimostra di avere instaurato con il minore un rapporto «genitoriale» meritevole di essere conservato (per siffatta casistica, v., Trib. min. Milano, 01.08.2012 e 06.09.2012 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 712, con nota (p. 719) di F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della "maternità sociale", interesse del minore e favor veritatis*.

Di recente, tuttavia, in relazione ad una pratica di maternità surrogata eseguita fuori d'Italia, la Corte di cassazione ha considerato legittimo il rifiuto di riconoscere effetti, per contrarietà all'ordine pubblico, al documento di nascita formato all'estero, così impedendo la compiuta realizzazione del progetto di genitorialità prefigurato dalla coppia committente⁹⁰.

La singolarità del caso esaminato, peraltro ampiamente descritta in sentenza, giustifica la soluzione adottata⁹¹. Dalla motivazione della pronuncia traspare, infatti, lo sforzo di tutelare l'interesse del minore a «non crescere», in una famiglia dichiarata, ben tre volte, inidonea all'adozione⁹².

Sullo *status* del minore nato all'estero da madre surrogata, e tornato in Italia con i genitori committenti, è intervenuta pure la Corte di Strasburgo⁹³, precisando che un minore non può essere svantaggiato per il fatto di essere venuto al mondo da una madre surrogata. Per preservare il diritto del minore alla cittadinanza e all'identità⁹⁴, come pure per garantire le relazioni familiari, anche di fatto costitutesi, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tali relazioni di svilupparsi e *adottare le misure idonee a ricongiungere il genitore e il figlio*. Neppure l'ordine pubblico, dunque (che non è «una carta in bianco»), può ostacolare un progetto di genitorialità ormai tradottosi in realtà realizzata, a meno che ciò non esiga il superiore interesse del minore.

L'orientamento della Corte europea sembrerebbe aver determinato una nuova precisa presa di posizione della nostra Corte di Cassazione⁹⁵ che, in una ipotesi diversa,

⁹⁰ V., Cass. civ., 11.11.2014, n. 24001, in www.italgiure.giustizia.it. La sentenza pone a fondamento della decisione la tutela della dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, «con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

⁹¹ Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di cassazione, due coniugi italiani, recatisi in Ucraina, ricorrono alla surrogazione di maternità e assumono, secondo le risultanze del documento di nascita, di essere genitori del bambino nato in seguito all'esecuzione di tale tecnica. Questo fatto è arricchito, però, da alcune peculiari circostanze: la mancanza di qualunque apporto genetico da parte dei committenti; la violazione della legge ucraina che ammette la maternità surrogata soltanto quando almeno il 50% del patrimonio genetico appartiene ai committenti; l'età avanzata della coppia; l'inidoneità della stessa all'adozione, documentata in tre diversi procedimenti.

⁹² La pluriaccertata inidoneità all'adozione dovrebbe preservare l'Italia da una eventuale condanna, per violazione dell'art. 8 CEDU, da parte della Corte EDU. La Corte di Strasburgo (sentenza del 27.01.2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, trad. it. in www.giustizia.it), dopo avere esaminato una fattispecie molto simile a quella considerata dalla Corte di Cassazione, ha condannato lo Stato italiano, osservando che non vi erano ragioni sufficienti per interrompere il legame familiare di fatto (in quanto la coppia committente non aveva alcun legame genetico con il bambino) tra il nato e i genitori risultanti dall'atto di nascita formato all'estero, allorché questi ultimi offrono un ambiente familiare adeguato. E l'adeguatezza – osserva la Corte europea – non può ritenersi mancante, quando la coppia è stata, in precedenza, giudicata idonea ad adottare dalle autorità giurisdizionali italiane.

⁹³ Il riferimento è ancora alla sentenza del 27.01.2015, cit.; la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano, in quanto gli organi amministrativi avevano rifiutato la trascrizione di un certificato formato all'estero (in Russia) attestante la nascita di un bambino da genitori che avevano fatto ricorso alla surrogazione di maternità e gli organi giurisdizionali (Tribunale e Corte d'appello di Campobasso), respinto il ricorso diretto ad ottenere il riconoscimento di quell'atto di nascita. Il caso italiano, in atto, è all'attenzione della grande camera. In data 21.07.2016, la Corte EDU ha deciso su altri casi di maternità surrogata: *Bouvet c. Francia*, ricorso n. 10410/14; *Foulon c. Francia*, ricorso n. 9063/14.

⁹⁴ V., art. 7 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989.

⁹⁵ Cass. civ., 30.09.2016, n. 19599, in www.personaedanno.it. In verità già la Corte d'appello di Torino (decreto 29.10.2014, in www.biodiritto.org in accoglimento del reclamo presentato da due donne, l'una italiana e l'altra spagnola, regolarmente sposate in Spagna e madri di una bambina nata in seguito ad inseminazione eterologa

ma di non minore impatto, ha enunciato il seguente principio di diritto: “il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale e, in generale, del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale”.

La giurisprudenza di merito, poi, chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione di un riconoscimento di maternità valutato come non veritiero, versandosi in un'ipotesi di maternità surrogata, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso⁹⁶.

L'incerto atteggiamento dell'elaborazione giurisprudenziale evidenzia la necessità di trovare un principio che possa agevolare la ricerca della regola determinativa della genitorialità ogni volta che le disposizioni della legge sulla PMA si rivelino lacunose.

Un contributo determinante in tal senso viene dalle sentenze della Corte EDU. La Corte, infatti, in ogni decisione concernente i legami familiari dei minori⁹⁷, assume una posizione conservativa delle relazioni attuali⁹⁸ e, a volte, anche solo potenziali⁹⁹, sia giuridiche che di fatto¹⁰⁰, scaturenti indifferentemente, da atti leciti¹⁰¹ o illeciti¹⁰², sempre

dell'ovulo dell'una impiantato nell'altra, aveva ordinato la trascrizione nei registri dello stato civile italiano del documento di nascita formato all'estero, ancorché indicasse come genitori la madre A e la madre B.

⁹⁶ V., Corte app. Milano, ordinanza 25 luglio 2016, in *www.foroitaliano.it*.

⁹⁷ V., di recente, Corte EDU, 21.01.2014, ricorso n.33773/11, *Zhou c. Italia*. La sentenza ritiene preferibile, qualora l'interesse del minore lo esiga, l'adozione semplice (adozione dei casi particolari) perché ad essa l'ordinamento italiano non riconnette l'effetto di interrompere i rapporti tra il minore e la famiglia di origine.

⁹⁸ Secondo la Corte, infatti, le misure che conducono alla rottura del legame giuridico tra un minore e la sua famiglia vanno applicate solo in circostanze eccezionali, ossia solo nei casi in cui i genitori si siano dimostrati particolarmente indegni o quando siano giustificate da un'esigenza primaria che riguarda l'interesse superiore del minore. In tal senso, da ultimo, Corte EDU, 13.10.2015, ricorso n. 52557/14, *S e H c. Italia*, § 38.

⁹⁹ V., Corte EDU, 03.03.2009, ricorso n. 33932/06, *Todorova c. Italia*, spec. §§ 51-54.

¹⁰⁰ V., Corte EDU, 27.04.2010, ricorso n. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia*. Ivi la Corte osserva: «L'esistenza di una "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 CEDU non si limita però ai rapporti fondati sul matrimonio e sulla filiazione legittima ma può comprendere altre relazioni familiari *de facto*, purché – oltre all'affetto generico – sussistano altri indici di stabilità, attuale o potenziale». V., pure, § 50. V., altresì, Corte EDU, 28.06.2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*.

¹⁰¹ V., nt. precedente.

¹⁰² Perfino il rimpatrio di un minore illecitamente sottratto non può essere disposto automaticamente, perché occorre valutare le relazioni familiari stabilite dal minore nello Stato in cui si trova. I tribunali nazionali devono infatti svolgere un'analisi approfondita dell'intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura fattuale, emotiva, psicologica, materiale e medica, ed effettuare una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare la soluzione migliore per il minore sottratto. V., *ex multis*, in tal senso, Corte EDU, 6.07.2010,

che la conservazione del rapporto risponda al superiore interesse del minore. Siffatta posizione ribadita pure in decisioni coinvolgenti la determinazione della genitorialità nella procreazione medicalmente assistita e, specificatamente, nell'ipotesi di ricorso alla maternità surrogata, impone di prendere atto che le disposizioni del nostro ordinamento concernenti le relazioni familiari del minore devono essere interpretate conformandosi al principio della certezza e stabilità del rapporto anche di fatto instaurato con genitori soltanto sociali, con l'unico limite del pregiudizio per il superiore interesse del minore.

In verità, la più recente elaborazione giurisprudenziale italiana sembrerebbe avere assimilato e fatto proprio il principio desumibile dalle pronunce della Corte di Strasburgo, come testimoniano le ultime decisioni in materia minorile¹⁰³.

Rimane da osservare che la penetrazione del principio nel nostro ordinamento è evidente¹⁰⁴ non appena si leggano le disposizioni che, ad oggi, danno rilievo alle relazioni anche di fatto del minore¹⁰⁵.

La valorizzazione della certezza e della stabilità delle relazioni familiari nelle disposizioni normative e nell'elaborazione giurisprudenziale consente di ritenere che, quando la legge sulla PMA non disponga, limitandosi a vietare una tecnica procreativa in se stessa o in relazione al tempo della sua esecuzione oppure ancora in relazione alle persone

ricorso n. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Suisse*, spec. §§ 13 - 140; Corte EDU, (grande camera), 12.07.2011, Ricorso n. 14737/09, *Sneerson e Kampanella c. Italia*, spec. §§ 85 - 97; Corte EDU, 26.11.2013, ricorso n. 27853/09, *X c. Lettonia*, spec. §§ 92 - 108. Con riferimento alla maternità surrogata, v., le sentenze citate alle nt. 84 e 94. In Labassee (cfr., §§ 75-76) si condanna espressamente la Francia per l'incertezza in cui ha lasciato il bambino in ordine alla sua identità di essere umano, identità che include il legame di filiazione; in Paradiso e Campanelli, poi, premesso che la questione dell'esistenza oppure della inesistenza di una vita familiare è questione di fatto, da risolvere avendo riguardo all'esistenza di legami personali molto stretti (§ 67), la Corte EDU precisa che l'allontanamento del bambino dal contesto familiare in cui vive è misura consentita soltanto quando occorre proteggere il bambino da un danno grave e immediato (§ 80) e, pertanto, condanna l'Italia per non aver garantito la continuità di una relazione familiare in fatto stabilitasi.

¹⁰³ Tra le sentenze più recenti, v., Cass. civ., 30.06.2016, n. 13435 (in www.personaedanno.it) che accoglie un ricorso per revocazione di sentenza dichiarativa dello stato di adottabilità in quanto non teneva conto dell'interesse del minore alla conservazione delle relazioni familiari in atto (cfr., in particolare, §§ 5.5 e 5.6), nonché Cass. civ., 22.06.2016, n. 12962 (in www.rivistaoidu.net, 3/2016, p. 622 ss., il commento di M.D. ALAGNA, *Adozioni co-parentali e famiglie omogenitoriali: il principio del superiore interesse del minore ispira la più recente giurisprudenza italiana*), che ritiene legittima l'adozione ex art. 44, lett. d) disposta a favore della partner di una coppia omosessuale in quanto l'adozione è volta a dare riconoscimento giuridico, «previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali». *Contra*, Trib. min. Milano, 17.10.2016, in dirittocivilecontemporaneo.com. Sull'importanza delle relazioni affettive *de facto*, v., Corte cost., 20.10.2016, n. 225 (www.personaedanno.it), che richiama l'attenzione sulla possibilità di applicare l'art. 333 c.c. in ipotesi di interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti.

¹⁰⁴ Sulla rilevanza del summenzionato principio in materia matrimoniale, v., V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano 2005, p. 253 ss.

¹⁰⁵ V., per esempio, l'art. 4, commi 5 *bis* e *ter*, l.n.184/83, nonché l'art. 263 c.c. che al figlio nato fuori dal matrimonio consente l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità senza limiti di tempo, mentre all'autore del riconoscimento fissa il termine di un anno e agli altri legittimati un termine di cinque anni. Con la riforma – osserva E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, cit., 1) – «si è inteso privilegiare l'interesse del figlio alla stabilità del rapporto genitoriale: salva la sua esclusiva legittimazione, lo *status* si consolida col decorso del quinquennio rendendo irrilevante questa ragione di impugnativa». Da ultimo, v., Corte app. Milano, ordinanza 25 luglio 2016, cit.

che vi si sottopongono, occorre applicare una regola desunta dal summenzionato principio¹⁰⁶.

Il ricorso ad una tecnica non consentita e il comportamento successivo (dichiarazioni tendenti ad ottenere l'attribuzione della qualità di genitore del minore nato con pratiche vietate in Italia¹⁰⁷) sembrano allora non poter ostacolare la costituzione di una situazione giuridica di filiazione corrispondente allo stato di fatto che nel tempo si è determinato.

In particolare, quando un accordo di maternità surrogata è stato eseguito all'estero, la partoriente ha abbandonato il bambino e quest'ultimo è tornato in Italia con un atto di nascita formato all'estero attestante la relazione giuridica di filiazione con la coppia committente che di fatto ha stabilito una relazione affettiva e ha adempiuto i doveri genitoriali¹⁰⁸, risulterebbe contraria al suddetto principio ogni soluzione che negasse valore giuridico al rapporto di filiazione così costituitosi.

In tal senso depone, tra l'altro, la dichiarata incostituzionalità dell'art. 569 c.p. che, prevedendo l'automatica perdita della potestà - *rectius*, della responsabilità – dei genitori condannati per i reati di alterazione e di soppressione di stato¹⁰⁹, determinava una incondizionata e, in quanto tale, illegittima deviazione dal principio della certezza e stabilità delle relazioni familiari, pur se rispondenti all'interesse del minore.

¹⁰⁶ E' opportuno ricordare che la Corte EDU, con riferimento all'annullamento di un'adozione ha affermato: «If subsequent evidence reveals that a final adoption order was based on fraudulent or misleading evidence, the interests of the child should remain paramount in establishing a process to deal with any damage caused to the adoptive parent as a result of the wrongful order». V., Corte EDU, 24.03.2015, ricorso n. 44958/05, *Zaić c. Roumanie*, § 49.

¹⁰⁷ V., però, da ultimo, Cass. pen. 05.04.2016, n. 13525 – in www.rivistaoidu.net, 3/2016, p. 648 ss., con il commento di B. L. SANTONICOLA, *In attesa che la Grande Chambre si pronunci sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia, la Corte di Cassazione assolve una coppia di coniugi che ha fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero* – che ha escluso la configurabilità del reato di alterazione di stato, quando la condotta non comporta una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto, come accade nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del DPR n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero e rese all'autorità consolare secondo le norme stabilite dalla legge del luogo.

¹⁰⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, cit., p.409; v., pure, T. AULETTA, *La fecondazione artificiale*, cit., 56.

¹⁰⁹ V., Corte cost., 23.02.2012, n. 31, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 4, 1575 ss., con nota di L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*. V., altresì, Corte cost., 23.01.2013, n. 7, in *Giur. cost.* 2013, 1, 169 ss., con nota di Mar. MANTOVANI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*. Con sentenza del 10.11.2016, n. 236, in www.cortecostituzionale.it, la Corte costituzionale ha, altresì, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma c.p. – alterazione dello stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità – nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni.