

Accertamento della maternità nella gestazione per altri

Stefania Stefanelli*

ASCERTAINMENT OF MATERNITY AND SURROGACY

ABSTRACT: The paper analyses the different legal regime concerning maternity ascertainment, as a function of both natural conception and the use of medical technologies, as well as in relation to the genetic ties between the commissioning mother and the child, ties which are absent if the egg has been provided by a donor who is neither the intended mother nor the surrogate. This research points out that the recognition of the intended parent as the legitimate parent can be contested by the son or daughter, based on the biological truth of generation and by means of DNA testing. The best interest of the child, however, is a key argument in favor of the preservation of de facto family ties.

KEYWORDS: gestational surrogacy; filiation; maternity ascertainment; parental responsibility; *de facto* family ties.

SOMMARIO: 1. Titoli costitutivi dello stato giuridico di figlio e graduazione della rispettiva efficacia preclusiva. – 2. Fecondazione naturale della madre surrogata. – 3. Fecondazione medicalmente assistita della madre surrogata con ovodonazione. – 4. Continuità genetica con la madre sociale e contestazione della maternità della partoriente. – 5. Accertamento della maternità della madre sociale secondo la coincidenza di verità biologica e affettività. – 6. Surrogazione di maternità con ovodonazione anonima. – 7. Interesse del minore e iniziativa del pubblico ministero nelle azioni di stato.

1. Titoli costitutivi dello stato giuridico di figlio e graduazione della rispettiva efficacia preclusiva

In conseguenza delle vicende che hanno condotto alla nascita attraverso gestazione per altri, della sua realizzazione tramite fecondazione naturale o tecniche medicali, con donazione di gameti o con impiego di quelli della madre sociale, del suo perfezionarsi in Italia o fuori dal territorio nazionale, l'ordinamento vigente ammette che il bambino veda costituirsi il proprio stato attraverso titoli diversi, con gradata efficacia preclusiva dell'accertamento negativo. Differente è anche il regime delle azioni dirette a rimuovere quello stato o a costituirlo verso altri genitori, e di tali disparità deve vagliarsi la ragionevolezza, secondo il canone fondamentale di cui all'art. 3 Cost., alla luce del principio di unicità dello statuto giuridico dei figli proclamato dal novellato art. 315 c.c., ed attuato dalla riforma del 2012-2013 attraverso disposizioni che, a norma del nuovo testo dell'art. 33,

* Professore aggregato di Diritto privato e Diritto di famiglia nell'Università degli studi di Perugia. Il contributo, anonimizzato, è stato selezionato dal Comitato di Direzione nell'ambito della call for papers dedicata al tema della Gestazione per altri.

ultimo comma¹, della l. n. 218 del 1995 di diritto internazionale privato, sono di applicazione necessaria.

In caso di gestazione per altri realizzata all'estero il titolo dello stato è formato secondo la legislazione nazionale che, ammettendo e disciplinando la pratica in oggetto, indica come genitori del bambino quelli sociali², ma alla sua trascrizione nei registri dello stato civile si opporrebbe, secondo un orientamento ampiamente rappresentato, un principio di ordine pubblico specificamente attinente alla tutela della dignità della gestante rispetto allo sfruttamento della sua debolezza economica, di cui la sanzione penale dettata dall'art. 12 della l. n. 40 del 2004 sarebbe espressione.

L'alternativa, quando lo stato sia costituito nei soli confronti di un genitore – di regola il padre, verso il quale sussiste la continuità genetica – è l'adozione in casi particolari, ex art. 44 lettere b) e d) l. n. 184 del 1983 della consorte o della convivente³, a costituire la maternità. La giurisprudenza più re-

¹ Testo risultante dalla modifica attuata con art. 106, comma 1, lettera c) del D. lgs. 28-1-2013, n. 154, attuativo della l. 30-1-2012, n. 219, che ha riscritto l'art. 315 c.c.

² La legislazione vigente in Ucraina, ad esempio, disciplina la formazione dell'atto di nascita prevedendo che venga acquisita la dichiarazione della madre surrogata e l'informazione genetica a dimostrazione della sua estraneità al patrimonio cromosomico del nato, e dell'utilizzo, per la generazione dell'embrione, di gameti derivati perlomeno da uno dei membri della coppia, che deve essere eterosessuale. Se ne trova conferma nella narrazione del fatto in Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, su cui cfr. A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 306 ss.; A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 415 ss.; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte EDU torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in www.federalismi.it Focus Human Rights, 2015 (ultima consultazione il 07.04.2016); Cass. civ., 11-11-2014, n. 24001, in *Foro italiano*, 2014, I, c. 3414 ss., con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata* e in *Corriere giuridico*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; e in Cass. pen., 10-3/5-4-2016, n. 13525, in www.foroitaliano.it, (ultima consultazione il 11.04.2016), A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in www.lodd.it 2015, 1 ss. (ultima consultazione il 07.04.2016); G. CHIAPPETTA, *L'azione di reclamo dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Milano, 2015, p. 481 ss.; M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, p. 276 s. V. anche S. TONIOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 81 s.; J.P. MARGUÉNAUD, *L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, p. 325 ss.; G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE, *Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR validates the sale of a child through surrogacy*, 2015, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2014, p. 78 ss. I committenti acquistano i diritti ed i doveri genitoriali fin dal concepimento secondo A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 1543 ss. Per la legislazione vigente in California, che consente la formazione di un titolo giudiziale di accertamento della genitorialità verso gli aspiranti genitori anche prima della nascita, v. Cal. Fam. Code §7962 West 2013, in <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>, (ultima consultazione il 07.04.2016).

³ Ammettono l'adozione del figlio del convivente Trib. Min. Milano, 28-3-2007 n. 626, in *Guida al diritto, Famiglia e minori*, 2007, n. 10, fl. 83, con riferimento alla domanda del convivente eterosessuale della madre; Trib. Min. Roma 30-7-2014, n. 299, in *Genius*, 2014, 2, p. 259 ss. con nota di M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*; in www.articolo29.it. (ultima visita il 11/04/2016) con nota di J. LONG, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*; in *Famiglia e diritto*, 2015, pp. 580 ss., con nota di M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*; Id., 22-10-2015, n. 219, in

cente evidenza peraltro l'ulteriore possibilità di riconoscimento della sentenza straniera che ha pronunciato l'adozione piena da parte della coppia omosessuale⁴.

La gestazione per altri può essere realizzata anche nel territorio nazionale, per effetto del riconoscimento paterno del figlio, generato con fecondazione naturale e non riconosciuto dalla partoriente, con successiva adozione in casi particolari della moglie: rispetto a tali evenienze è opportuno indagare se, e attraverso quali titoli, possa accertarsi anche la maternità della gestante.

All'analisi è necessario premettere che la natura del titolo costitutivo dello *status*, riconducibile ad atti di autoresponsabilità ovvero a provvedimenti giurisdizionali, ne costituisce l'efficacia preclusiva di gradi differenti, che la dottrina ha da tempo evidenziato⁵ ed il legislatore della riforma ha attuato, almeno tendenzialmente⁶.

I titoli di autoresponsabilità, in cui si comprendono la dichiarazione di nascita, l'estensione al marito degli effetti della dichiarazione materna ed il riconoscimento, rappresentano lo strumento di elezione per la costituzione dello stato nella fisiologia del sorgere del rapporto filiale, e possono essere rimossi solo attraverso il giudicato negativo, fondato sull'accertamento del difetto di continuità biologica. Innovando la disciplina delle azioni di stato, la riforma ha introdotto il bilanciamento dei principi di verità e tutela dell'affettività, ed ha consentito che prevalga sull'interesse pubblico alla veridicità quello a limitare l'incertezza sullo stato, a tutela dell'affettività che il figlio ha visto consolidarsi nella propria esperienza, ed in ragione del titolo inveridico. Ferma la legittimazione relativa dell'azione ne-

www.articolo29.it. (ultima visita il 11/04/2016), con nota redazionale *L'adozione da parte della comadre è nell'interesse della minore: conferma anche dai giudici d'appello*; Trib. Min. Roma, 23-12-2015, in www.articolo29.it (ultima visita il 11/04/2016), con nota di A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*; in *Quotidiano giuridico*, www.quotidianogiuridico.it (ultima visita il 11/04/2016), con nota di M.M. WINKLER, *Figlio di due padri: un caso di stepchild adoption e gestazione dinanzi al Tribunale di Roma*; App. Firenze, 4-10-2012, n. 1274, in www.aiaf-avvocati.it (ultima visita il 11/04/2016), con riferimento a convivenza eterosessuale. *Contra* Trib. Min. Torino, 14-9-2015, in www.ilmfamiliarista.it (ultima visita il 11/04/2016), secondo cui l'adozione in casi particolari non è ammessa quando il minore l'affidamento sia solo giuridicamente impossibile in quanto «diversamente opinando andrebbe, secondo una lettura eversiva e inconcepibile della norma, accolta la domanda proveniente da ogni soggetto (desideroso – e titolato in forza di un ottimo rapporto con il minore – di diventare il padre 2, o madre 2; o 3, o 4, ecc.) che intenda adottare il minore, non in stato di abbandono, nella forma della lettera d), al fine di ampliarne accudimento e risorse economiche (e così realizzando meglio l'interesse del minore, rispetto alle possibilità dei genitori biologici)».

⁴ App. Milano, sez. Persone Minori Famiglia, 16-10-2015, in www.articolo29.it (ultima visita il 14/04/2016), con nota redazionale *La Corte d'appello di Milano dispone la trascrizione di una adozione "piena" da parte della mamma sociale*; App. Napoli, 5-4-2016, *ivi*, con nota di A. SCHILLACI, *La Corte d'Appello di Napoli ordina la trascrizione delle adozioni legittimanti di due figli di coniugi omosessuali*; Corte Cost. 7-4-2016, n. 76, in www.giurcost.org (ultima consultazione il 14/04/2016).

⁵ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, p. 171 ss.; *Id.*, *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, cit., 145 ss.; *Id.*, *La filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 145 ss.; *Id.*, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013, p. 254 ss.; e, dopo la riforma del 2012, *Id.*, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, I, p. 245 ss.; *Id.*, *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.

⁶ Cfr. S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma, I e II parte*, in *Studium iuris*, 2015, p. 277 ss. e p. 389 ss.; si veda, in particolare ed anche per ulteriori riferimenti bibliografici S. STEFANELLI, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2015, p. 177 ss.

gatoria della paternità matrimoniale, sono stati introdotti termini di decadenza a carico dei legittimati diversi dal figlio, che la accomunano all'impugnazione del riconoscimento, e prescindono dalla consapevolezza dell'inveridicità (art. 244 comma 4, art. 263 comma 4 c.c.).

Resta invece l'imprescrittibile l'azione del figlio (art. 244 comma 5, art. 263 comma 2 c.c.), cui è affidato il definitivo bilanciamento tra la conservazione dello stato non veritiero ma corrispondente alla consolidata affettività e la sua rimozione, anche a prescindere dalla possibilità e dall'interesse ad agire per l'accertamento positivo verso il genitore biologico⁷.

Costituiscono titoli di efficacia preclusiva di grado massimo quelli che esprimono il controllo giurisdizionale sull'accertamento della genitorialità, i quali producono effetti costitutivi o modificativi dello *status* precedentemente acquisito che non possono essere messi in discussione: tali sono, tra i giudicati costitutivi, quelli che accolgono le azioni di reclamo e contestazione (artt. 239 e 240 c.c.), di dichiarazione di matrimonialità (art. 239 commi 3 e 4) e di accertamento di genitorialità (art. 269 ss. c.c.); azioni a contenuto privativo sono invece quella di disconoscimento per la filiazione matrimoniale, e l'impugnazione del riconoscimento inveridico in quella non matrimoniale.

Costituiscono, infine, lo stato di figlio in contrasto con la derivazione genetica i titoli giudiziali che pronunciano l'adozione parentale del minore abbandonato, con recisione del precedente legame familiare, ovvero l'adozione in casi particolari e quella di maggiorenni, che mantengono lo *status* già costituito.

Restano fuori dall'ambito della presente indagine i giudicati di accertamento indiretto ed incidentale della filiazione, che decidono sull'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., e su quelle che ne costituiscono la proiezione sui diritti successori (artt. 580 e 594 c.c.): la discendenza viene, infatti, accertata al solo e limitato scopo di fondare la responsabilità patrimoniale derivante dal fatto procreativo, ma non costituisce lo stato⁸.

⁷ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 186 ss. Rileva A. SASSI, *Azioni di stato*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 267 «L'interesse avuto di mira dall'ordinamento è, quindi e in ultima istanza, quello del figlio, la cui stabilità affettiva giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso lo ritenga coincidere con i propri bisogni esistenziali ed affettivi prima che patrimoniali, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento (art. 279 c.c.), che traduce in atto l'obbligo di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., pur senza costituire quello *status* che è anche il presupposto della responsabilità genitoriale e della cura del minore, che non a caso è esclusa dal dettato della disposizione in commento». Non ha azione di accertamento positivo il figlio del donatore di gameti in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, ai sensi dell'art. 9 l. n. 40 del 2004, ma ciò non esclude, come si vedrà, che egli abbia interesse sia legittimato all'azione demolitoria dello stato nei confronti del genitore legale.

⁸ La categoria comprende sicuramente i figli di genitori incestuosi per i quali sia negata l'autorizzazione al riconoscimento, su cui cfr. S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, p. 243 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, in *Commentario c.c. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 16 ss. Residuano, però, altri figli titolari di limitati diritti patrimoniali verso il genitore biologico, identificati da A. PALAZZO, *Lacune della novella n. 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio*, 219/2012 sugli effetti dell'accertamento dello status di figlio, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Gli atti dei Convegni*, con prefazione di L. BULLO, Milano, 2015, p. 84, nel figlio ultraquattordicenne che non abbia consentito al riconoscimento o di quello infraquattordicenne per il cui riconoscimento sia mancato l'assenso del genitore che per primo lo ha riconosciuto e l'autorizzazione giudiziale, ai sensi dell'art. 250, commi 2 e 4; il figlio di genitore

Rispetto a ciascuna delle forme in cui può realizzarsi la nascita da gestazione per altri è dunque necessario esaminare il regime preclusivo dell'accertamento della maternità, anche in relazione al luogo in cui si perfeziona la nascita e vengono formate la dichiarazione di assistenza al parto e quella di nascita.

A tal riguardo, un punto è fermo: ai sensi dell'art. 33 l. d.i.p. lo stato di filiazione è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, da quella dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita, salvo il limite dell'ordine pubblico di cui al precedente art. 16: sarà tale legge a regolare sia i presupposti che gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato. La legge italiana è comunque applicabile allorché quella così individuata non consenta l'effettuazione dell'accertamento e/o della contestazione dello stato medesimi. Inoltre, l'art. 37 della citata l. n. 218/1995 prevede la giurisdizione italiana in materia di filiazione, oltre che in applicazione del criterio generale di cui al precedente art. 3 (quando il convenuto è domiciliato o residente nel territorio dello Stato), anche qualora uno dei genitori o il figlio sia cittadino italiano o risieda in Italia. Pertanto, quando il titolo estero costituisca lo stato nei confronti del padre, che sia cittadino italiano, la legge nazionale trova applicazione anche per l'accertamento della maternità sia per ragione della nazionalità italiana del genitore, che per quella, derivata, del figlio⁹.

Fuori di questo caso, sono comunque norme di applicazione necessaria, come ricordato, quelle che attuano il principio per il quale tutti i figli, a prescindere dall'esistenza o meno di un vincolo coniugale tra i genitori, hanno pari stato, e dunque uguali diritti e doveri, per il solo fatto che la filiazione è stata costituita.

Gli obblighi, di cui all'art. 30 della Costituzione e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che costituiscono la responsabilità da procreazione, si specificano infatti nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo. È l'accertamento che costituisce il rapporto e, quindi, il soggetto nei cui confronti è possibile far valere quei diritti fondamentali, che si acquisiscono con la nascita ma la cui titolarità sostanziale, concreta ed attuale, dipende dalla giuridica individuazione del genitore, che può essere quello biologico o colui che abbia riconosciuto il figlio per ra-

infrasedicenne per cui manchi l'autorizzazione ai sensi dell'ultimo comma, lettera e); il figlio minore dichiarato adottabile ed in affidamento preadottivo, ai sensi dell'art. 11 comma 7.

⁹ Principio ribadito, da ultimo, da Corte Cost., 7-4-2016, n. 76, cit., relativa alla questione di legittimità dell'art. 36 comma 4, della l. n. 184 del 1983, sul controllo giudiziale di conformità alla Convenzione de L'Aja del 29-8-1993, ed in particolare del rispetto dei «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori», a norma dell'art. 35 comma 3, delle sentenze di adozione pronunciate dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, in fattispecie concernente la pronunciata adozione parentale in favore del coniuge dello stesso sesso del genitore. La Corte dichiara inammissibile la questione in ragione dell'errata individuazione della norma applicabile al giudizio *a quo*, in quanto all'epoca dell'adozione la ricorrente non aveva cittadinanza italiana, e quindi anche la bambina aveva, come lei, solo cittadinanza degli Stati Uniti d'America. Al contrario, la denunciata disposizione è «volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero». Negli stessi termini Cass. pen. 5-4-2016, n. 13525, cit., con riferimento alle «dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani (e tale è il minore, in quanto figlio di cittadino italiano) nati all'estero».

gioni affettive, o abbia prestato il proprio consenso all'utilizzo di gameti altrui, nella procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 40 del 2004¹⁰.

Non vige il principio, accolto in molti altri ordinamenti¹¹, dell'accertamento automatico della maternità in conseguenza del parto: conferma ne sono la disciplina del diritto di anonimato della partoriente, di cui all'art. 30 del regolamento di stato civile approvato con D.P.R. n. 396 del 2000, e la connessa facoltà, riconosciuta a ciascuno dei genitori dall'art. 11, comma 2, l. adozione, di chiedere termine per procedere al riconoscimento del figlio cui non sia stato costituito lo stato immediatamente dopo la nascita, e così evitare l'avvio della ivi disciplinata procedura abbreviata di adozione¹².

Esaminare i titoli attraverso cui si può realizzare l'accertamento della maternità, in caso di gestazione per altri, significa dunque identificare la donna nei cui confronti il nato può domandare la cura, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione in cui si compendia la rispettiva responsabilità genitoriale.

¹⁰ Cfr. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I, p. 611 ss.; ID., *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 11 ss. Per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, p. 359 ss. la titolarità sostanziale dei diritti fondamentale deriva automaticamente dal fatto naturale della procreazione, ma i diritti stessi non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto non sia formalmente accertato (p. 332, nt. 21).

¹¹ Cfr: Austria, § 137 ABGB; Germania, § 1591 BGB; Olanda, art. 1:198 c.c.; Svizzera, art. 252 c.c.; Portogallo, art. 1796 c.c.; Spagna, art. 120 c.c.; Svezia, Chap. 1, sect. 7, Föräldracalk; Norvegia, Chap. 2, sect. 2, Lov om barn og foreldre-Barnelova, su cui v. M.G. CUBEDDU, *La disciplina dell'accertamento dello status di figlio nei principali paesi europei*, in *Famiglia*, 2006, p. 869 ss.; E. BOLONDI, *Il diritto della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 281 ss.; A. RENDA, *Filiazione biologica, adottiva e artificiale in Scandinavia: sistema dell'accertamento e principio di verità*, in *Famiglia*, 2004, p. 363 ss. L'art. 311-25 del *code civil* vigente in Lussemburgo prevede, invece, che la filiazione è stabilita con riguardo alla madre dalla sua designazione nell'atto di nascita, e l'art. 326 del *code civil* francese dispone che al momento del parto la madre può domandare che sia mantenuto il segreto sul suo ricovero e sulla sua identità. L'indagine comparatistica condotta da L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte Costituzionale*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2006, p. 113, rivela che oltre l'Italia, il Lussemburgo, la Repubblica ceca, Malta e l'Austria (questa per effetto della modifica del codice penale) garantiscono il parto anonimo. Per un quadro generale S. TROIANO, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia, Il «dilemma» del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in M.G. CUBEDDU, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, S. PATTI, S. TROIANO, A. ZACCARIA, *Liber amicorum per Dieter Henrich*, cit., p. 172 ss.

¹² A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, p. 155 ss. La «signoria materna nel regime degli atti costitutivi della filiazione esprime in questo caso il difficile bilanciamento tra diritto del figlio a venire alla vita in condizioni ottimali, e diritto della madre ad escludere la genitorialità, senza ricorrere alle scelte estreme dell'interruzione volontaria di gravidanza o dell'abbandono non protetto. Del principio sono applicazione anche la disciplina delle presunzioni di matrimonialità, da cui deriva la facoltà della partoriente coniugata di costituire lo *status* nei confronti del marito anche a prescindere dalla sua volontà: cfr. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Tratt. Zatti*, I/1, Milano, 2011, p. 55 ss.; B. CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della maternità*, Padova, 2008, p. 165 ss.; G. FERRANDO, *Relazione introduttiva*, in G. FERRANDO, G. LAURINI (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie* (Atti del convegno tenutosi a Genova il 4-5-2012), Milanofiori Assago, 2013, p. 10; Man. MANTOVANI, *Il primato della maternità nell'accertamento dello status di figlio*, in M.G. CUBEDDU, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, S. PATTI, S. TROIANO, A. ZACCARIA (a cura di), *Liber amicorum per Dieter Henrich*, Torino, 2012, p. 138 ss., e ID., *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 328 ss.

2. Fecondazione naturale della madre surrogata

Si perde nel tempo l'esperienza di coppie impossibilitate a procreare a causa della sterilità femminile, che hanno ottenuto la realizzazione del proprio progetto procreativo attraverso il consenso della moglie a che il marito fecondasse per via naturale altra donna, disponibile a condurre la gravidanza ed a rinunciare al bambino, che veniva riconosciuto dal padre biologico, cui seguiva istanza della moglie di adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44 lettera b) della l. adozione¹³.

Sebbene parte della dottrina escluda tali pratiche dal novero delle fattispecie di maternità surrogata, comprendendovi esclusivamente quelle realizzate attraverso l'ausilio di tecniche medicali¹⁴, la gestazione per altri in seguito a fecondazione naturale realizza l'identico risultato della surrogazione per concepimento e gestazione, posto che la donna gestante contribuisce alla procreazione anche fornendo il proprio gamete, ed è dunque geneticamente legata all'embrione.

La diffusione, in alcuni Stati europei¹⁵, in India¹⁶, in Canada¹⁷ ed in parte degli Stati Uniti¹⁸, di legislazioni favorevoli alla gestazione per altri attraverso p.m.a. ha indubbiamente ridotto la propensione a

¹³ Le arti hanno rappresentato spesso vicende simili. Si pensi, recentemente, al film di P. VIRZÌ, *La prima cosa bella*, del 2010, che rappresenta attorno al capezzale della protagonista morente i due figli da lei cresciuti e l'altro, generato per richiesta del facoltoso datore di lavoro, che in cambio della sua rinuncia al bambino aveva garantito alla giovane madre ed ai suoi bambini condizioni di vita serena. Analoga la narrazione in *Una faccenda complicata*, racconto di A. CAMILLERI, in *Un mese con Montalbano*, Milano, 1998. Le più remote ascendenze si ritrovano nella Bibbia, Genesi, 16, 1-3, con riferimento al consenso di Sara, moglie sterile di Abramo, alla generazione di un figlio con la sua schiava Agar; Gen., 30, 1-3 per l'analoga vicenda di Rachele, Giacobbe e Bila. Si trattava, però, come rileva P. ZATTI, *La surrogazione di maternità*. In *Questione giustizia*, 1999, p. 826 ss., di una società poligamica. Favorevoli App. Salerno, 25-2-1992, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 177 ss.; Trib. Rimini, 24-3-1995, in *Diritto delle persone e della famiglia*, 1996, p. 569, con nota di UDA, *Inseminazione artificiale eterologa e stato della persona*; in senso conforme I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 211

¹⁴ B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata*, in www.dirittocivilecontemporaneo (ultima consultazione 08/04/2016).

¹⁵ Nei Paesi Bassi per autoregolamentazione medica; nel Regno Unito il *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, il *Family Law Reform Act* del 1987, e soprattutto lo *Human Fertilisation Law Act* del 1-1-1990 stabiliscono che l'accordo di maternità surrogata sia valido solo se concluso tra i genitori committenti e che sia a titolo gratuito (art. 1), salvo il rimborso delle spese ragionevolmente sostenute dalla gestante (art. 30, 7° co.). Sono, quindi, vietate tutte le attività di intermediazione (art. 2) e pubblicità. La coppia committente ottiene un'ordinanza che costituisce lo *status* matrimoniale del figlio, parificandolo a quello dipendente da un'adozione (art. 30, 9° co.). In Grecia è vietato l'accordo di surrogazione quando la gestante fornisce anche i propri ovociti, ed è soggetto ad autorizzazione giudiziale: cfr. R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Diritto di famiglia*, 2012, 1836 ss.; M.E. GANDOLFI, *La famiglia artificiale: nuove tecnologie di riproduzione umana e regolazione sociale nei Paesi della Comunità europea*, in P. DONATI, F. FERRUCCI, *Verso una nuova cittadinanza della famiglia in Europa*, Milano, 1994, 210 ss. Vietano la gestazione per altri gli ordinamenti francese, austriaco, tedesco, spagnolo, svedese, norvegese. Si aggiungano, secondo la ricostruzione di Corte EDU, 26-6-2014, *Mennesson c. Francia*, ric. 65192/2011, agli stati che consentono ai committenti il riconoscimento dei legami giuridici col nato, attraverso l'*exequatur*, la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero costitutivo dello *status*, o per adozione, Albania, Estonia, Georgia, Irlanda, Spagna, Repubblica Ceca, Regno Unito, Russia, Slovenia Ungheria e Ucraina. Altrettanto avviene in Austria, Belgio, Finlandia, Islanda, Malta, Polonia, San Marino, Svezia, Svizzera e Lussemburgo.

¹⁶ Cfr. C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2014, 2, p. 125 ss.; M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in questa *Rivista*, 2015, 2, p. 89 ss.

realizzare le pratiche di gestazione per altri in commento, sollevando la donna dall'onere del consenso al rapporto adulterino, ma ciò non esclude la necessità di indagarne la disciplina.

Rileva in particolare sottolineare che per ottenere l'inconoscibilità materna, spesso la partoriente si avvaleva della facoltà di anonimato, per effetto della quale, a norma dell'art. 28, comma 7, l. adozione, non è dato conoscere le informazioni identificanti la madre fino a che non si compiano cento anni dalla formazione dell'atto di nascita, a norma dell'art. 93 del d. lgs. n. 196 del 1993¹⁹.

¹⁷ L'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 consente la gestazione per altri solidaristica, su cui si raccolse il consenso di rappresentanti della comunità scientifica, giuristi, politici, religiosi e bioeticisti, attraverso «una procedura di approvazione plurale, graduale e incisiva, capace di stimolare, piuttosto che lacerare, il confronto pubblico» tra orientamenti contrapposti, come rileva C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, p. 279. Concorde sul metodo G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità, procreazione*, Padova, 1999, p. 292 ss.

¹⁸ Stato di Washington, Louisiana, Kentucky, Nebraska, Arkansas, Florida, Nevada, New Hampshire, New Mexico, Virginia; Texas, Illinois e Utah ammettono e disciplinano i contratti di surrogazione materna a titolo corrispettivo, cfr. S. MORTAZAVI, *It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, in *The Georgetown Law Journal*, 2012, p. 2249 ss. Alabama, Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New Jersey, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Vermont, West Virginia, Wisconsin e Wyoming, non disciplinano legislativamente la surrogazione materna, ma la giurisprudenza si divide. Costituiscono i legami genitoriali tra i committenti ed il nato, per cui cfr. Cal., 1993, *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 783-87; Cal. Ct. App., *Buzzanca v. Buzzanca*, 1998, 72 Cal. Rptr. 2d 280, 291 (1998); Cal. Sup. Ct., 27-8-1997, nella medesima controversia, in primo grado, in *Famiglia e diritto*, 1997, p. 905 ss., con nota di V. CARBONE; Cal. Ct. App., IV distr., *Anna J. v. Mark C.*, 1991, nella controversia tra la gestante e la donna cui apparteneva l'ovulo, individuò nella discendenza genetica il criterio da cui desumere l'attribuzione della maternità, prescindendo dalla valutazione di liceità del contratto di surrogazione materna verso corrispettivo, cfr. DARRA L. HOFMAN, *"Mama's Baby, Daddy's Maybe:" A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact*, 35, in *Wm. Mitchell Law Rev.*, 2009, p. 449 ss.; M.C. TALLACCHINI, F. TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali, ambientali*, Milano, 2004, p. 104 ss.; A. GUARNIERI, *Un figlio, due padri*, in *Responsabilità civ e previdenza*, 1999, p. 1066 ss. Contraria, in caso di accordo a titolo corrispettivo, la decisione definitiva della Corte Suprema del New Jersey, 3-2-1988, *New Jersey*, 1988, *In re Baby M.*, 109, *N.J.*, 396, in *Foro it.*, 1989, 6, c. 293 ss., con nota di P. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di "sostituzione di maternità"*, in riforma di Corte superiore del New Jersey, 31-3-1987. La madre surrogata, inseminata coi gameti maschili della coppia committente, aveva rifiutato di consegnare loro il bambino dopo la nascita; la Corte Suprema del New Jersey statuì, stante la nullità dell'accordo con il quale la donna si era impegnata a condurre a termine la gestazione ed a rinunciare ai propri diritti di madre vero il corrispettivo di diecimila dollari oltre il rimborso delle spese mediche sostenute, la maternità fosse attribuita alla partoriente, che ne era madre genetica e gestazionale, ed ordinò alla *Family Court* di stabilirne l'affidamento a costei o al padre biologico, secondo il criterio del *best interest of the child*.

¹⁹ Il disegno di riforma della disciplina, approvato il 18-7-2015 dalla Camera dei deputati, è all'esame del Senato della Repubblica, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 27, comma 8, «nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento stabilito dalla legge che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare la madre (...) su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione», decisa da Corte Cost., 22-1-2013, n. 278, in *Rivista di diritto civile*, 2014, II, p. 3 ss., con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; in *Corriere giuridico*, 2014, p. 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 11 ss., con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata.*, 2014, I, p. 279 ss., con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, su cui S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 4031 ss., e della precedente condanna

Allo scopo di evitare che il riconoscimento del solo padre realizzi l'elusione della disciplina dell'adozione, l'art. 74, comma 1, della l. n. 184 del 1983 costituisce per l'ufficiale di stato civile, che raccolga o trascriva il riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio non matrimoniale non riconosciuto dall'altro genitore, l'obbligo di trasmettere «immediatamente al competente Tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento». Può così verificarsi la veridicità del riconoscimento attraverso le opportune indagini, ed eventualmente attivarsi il pubblico ministero per l'impugnazione, ex art. 264 c.c.

Nella fattispecie ipotizzata tale cautela non intaccherà l'efficacia del titolo, risultando la compatibilità genetica tra padre e figlio, ed infatti non si realizza elusione alcuna delle cautele che avvolgono la selezione dei genitori adottivi e la dichiarazione di adottabilità, in quanto l'atto di autoresponsabilità paterna legittimamente costituisce l'accertamento della filiazione biologica.

La verifica della corrispondenza all'interesse del bambino dell'adozione domandata dalla moglie del padre (art. 57 l. adozione) consentirà, successivamente, la costituzione dello stato anche nei confronti di costei, ma non determinerà l'instaurazione di legami di parentela con la rispettiva famiglia, secondo quanto disposto dall'art. 300 c.c., cui rinvia l'art. 55, con evidente discrasia rispetto al proclamato principio di unicità dello stato di figlio²⁰.

Secondo autorevole interpretazione²¹ tale rinvio deve ritenersi tacitamente abrogato, in conseguenza della definizione di parentela²² adottata dall'art. 74 c.c., con l'inclusione del «caso in cui il figlio è

per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ad opera di Corte EDU, 25-9-2012, *Godelli c. Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 194 ss. e *ivi*, p. 537 ss., con nota di G. CURRÒ, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 103 ss., con nota di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 67, con nota di P. PACINI, *Accesso alle proprie origini biologiche*. Per i contenuti della riforma v. S. STEFANELLI (a cura di), *Parto anonimo. Profili giuridici e psicosociali dopo la dichiarazione di incostituzionalità*, Capua, 2015, p. 67 ss.

²⁰ Denunziata per primo da A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.

²¹ J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., p. 256 ss.; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 838 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2003, p. 528; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e l'adozione in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità – costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno – che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74 c.c.; in termini analoghi B. De FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013, p. 292 ss.; M. DOSSETTI, *I nuovi successibili e il diritto intertemporale nella riforma della filiazione*, in AA.VV., *Le «nuove famiglie» e la parificazione dello status di filiazione ad opera della L. 219/2012. Gli atti dei Convegni*, cit., p. 91 s.

²² La parentela naturale era già compresa nel testo previgente secondo una interpretazione fondata sugli art. 17 disp. prel. c.c., art. 9 c.p.c., art. 1 Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 16-9-1988, art. 2 della Convenzione de L'Aja sugli accordi di scelta del foro, del 30-6-2005, art. 1 del Regolamento Roma 1, Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17-6-2008, art. 3 d.d.l. n.2805, contenente disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, nel testo proposto all'esame del Senato della Repubblica il 14 maggio 2012, non trasfuso nel testo approvato il 16-5-2012, dal quale sono state espunte le disposizioni relative, appunto,

adottivo», ed esclusione espressa dei soli «casi di adozione di maggiori di età». La delega, contenuta nell'art. 2, co. 1 della l. n. 219/2012, si dirigeva, infatti, all'introduzione di modifiche alle «disposizioni vigenti in materia di filiazione e dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi».

L'intervento abrogativo espresso²³ appare tuttavia necessario, in ragione dell'esplicita esclusione della relazione con i parenti dell'adottante contenuta nella relazione illustrativa del decreto attuativo²⁴, e soprattutto per la considerazione che l'adozione in casi particolari non può assimilarsi *sic et simpliciter* a quella parentale, poiché non rescinde il legame giuridico con la famiglia biologica e non si fonda sulla necessità di ovviare alla condizione di abbandono che fonda la dichiarazione di adottabilità.

La relazione permette, inoltre, di giustificare il riferimento al figlio adottivo contenuto nel testo dell'art. 74 c.c., leggendovi non l'identificazione di uno *status* peculiare, posto che dalla sentenza che pronuncia l'adozione parentale deriva la costituzione dello stato di figlio matrimoniale degli adottanti, ma piuttosto il riferimento al titolo di quello stato, che è quello giudiziale di cui al Capo IV l. adozione. La norma può dunque intendersi nel senso per cui il figlio parentale ha legami con la famiglia dei genitori sia che la sua nascita – ovvero il suo concepimento, ai sensi dell'art. 231 c.c. – siano avvenuti durante il loro matrimonio, sia quando sia nato da genitori non coniugati, sia, infine, quando la sua generazione biologica sia divenuta inconoscibile per effetto della sentenza che ne ha pronunciato l'adozione, ai sensi dell'art. 27 l. citata, ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'adozione *ex art. 44*. Si giustifica, in tal senso, la permanente vigenza dell'ulteriore rinvio all'art. 304²⁵, il cui comma 2 limita i diritti dell'adottato nella successione dell'adottante attraverso il riferimento all'art. 567 cpv. c.c., e così esclude che l'adottato in casi particolari, a differenza dell'adottato parentale, abbia titolo a partecipare alla successione *ex lege* dei parenti dell'adottante, coi quali, infatti, non intrattiene legami di parentela.

all'istituzione di sezioni specializzate per le controversie in materia di persone e famiglia. V. anche l'art. 34 della Costituzione Francese e gli artt. 3, 108, 2060 del Code Civil. Notava G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione*, in *Quaderni Aiaf*, 2006, p. 15 s., come già il disposto delle norme contenute nell'art. 155, comma 1, c.c. e art. 4 cpv. della l. n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso accreditasse il riconoscimento giuridico della parentela naturale. Si vedano, per i riflessi del «nuovo concetto di parentela» sulla disciplina ereditaria, A. MAGNANI, *Il principio di unicità dello stato giuridico di figlio. Il nuovo concetto di parentela. Riflessi successori*, in *Rivista del notariato*, 2013, p. 629 ss.; V. BARBA, *La successione mortis causa dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 645 ss.

²³ Auspicabile anche per P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e l'adozione in casi particolari*, p. 842, allo scopo di armonizzare la disciplina successoria «cogliendo anche l'occasione per meglio disciplinare l'istituto dell'adozione in casi particolari in modo da prendere atto della molteplicità delle situazioni e dei bisogni che gli corrispondono e che forse meriterebbero maggiore attenzione».

²⁴ Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti alla famiglia e l'elaborazione di proposte di modifiche alla relativa disciplina, *Relazione conclusiva e allegati*, Roma, 2014, p. 149 ss.; conforme l'interpretazione di C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 2 ss., che quella Commissione ha presieduto, e di M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 231 ss.; *Id.*, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, p. 2 ss.

²⁵ J. LONG., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, cit., p. 259, e *ivi*, nt. 34.

Il nato da gestazione surrogata naturale vedrà così costituito lo *status* verso il padre ed i suoi parenti e verso la sua moglie, ma non verso il rispettivo ramo familiare.

Ciò non gli impedirà tuttavia di domandare l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della madre biologica, dimostrando il parto e la compatibilità genetica, ai sensi dell'art. 269 commi 2 e 3, in quanto l'adozione in casi particolari non recide i legami con la famiglia di origine, e la domanda potrà rivolgersi anche contro la partoriente anonima, la cui identità sia rivelata dal padre o altrimenti scoperta, assieme alle circostanze del concepimento²⁶. Per effetto di tale giudicato costitutivo il figlio realizza il diritto, di cui solo è arbitro in qualsiasi tempo, di vedersi riconosciuto lo stato che gli spetta in ragione del principio di verità biologica, e con esso tutte le pretese che corrispondono alla responsabilità materna da procreazione, senza elidere quello, avente origine e fondamento diversi, nei confronti della madre adottiva.

3. Fecondazione medicalmente assistita della madre surrogata con ovodonazione

L'accertamento della maternità in caso di gestazione per altri attuata attraverso l'impianto di un embrione che risulti dall'incontro del gamete maschile del committente con quello femminile della moglie o convivente, ovvero di una donatrice estranea alla coppia, involge interrogati diversi e più radicali²⁷. In tali ipotesi, modernamente le più frequenti, è prioritario determinare se sia madre la partoriente²⁸ o colei cui appartiene l'ovulo fecondato, alla luce dell'art. 9 della l. n. 40 del 2004 che esclude qualsiasi rapporto tra il donatore ed il nato²⁹.

²⁶ Cfr. *amplius* S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, p. 1038 ss.

²⁷ Vicende giunte all'attenzione dei tribunali immediatamente dopo l'avvio delle pratiche di p.m.a., nel famoso caso *Baby M.*, cit., su cui G. GIAIMO, *Biogenetica e dato giurisprudenziale nell'esperienza di common law*, in *Vita notarile*, 1996, p. 536 ss. In Francia, App. Rennes, 21-2-2012, in *Recueil Dalloz*, 2012, *Act.*, p. 878 ss. ordinò la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che indicava due padri per il figlio nato da maternità surrogata in India. Per l'Italia cfr. App. Bari, 23-2-2009, in *Famiglia e minori*, 2009, p. 50 ss., che ordinò la trascrizione dei *parental orders* britannici che costituivano la maternità della madre sociale, in fattispecie anteriore all'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004; conforme Trib. Min. Milano, decr. 6-9-2012, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 715 ss.; Trib. Roma, 17-2-2000, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 483 ss., con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Famiglia e diritto*, 2000, con nota di G. CASSANO, «*Maternità surrogata*». *Contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, con riferimento alla domanda di autorizzazione all'impianto dell'embrione, risultante dall'incontro dei gameti di una coppia, nell'utero di una donna disponibile per ragioni di solidarietà. La soluzione accolta è originale, ritenendo che «non si deve escludere il diritto della madre surrogata di continuare a vedere il bambino, di seguirlo e di tenerlo con sé per alcune ore al giorno». Contraria Trib. Forlì, 25-10-2011. Cfr. per i rilievi comparatistici, G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 105 ss.

²⁸ R. VILLANI, *Procreazione assistita*, in *Tratt. dir. famiglia Zatti*, VII, *Aggiornamento*, Milano, 2006, p. 328 ss.: per definizione normativa «madre è colei che ha concepito e partorito il figlio», ai sensi dell'art. 269, comma 3, c.c., norma «talmente chiara da apparire risolutiva di ogni problema di attribuzione di maternità anche in ipotesi di maternità surrogata». Così anche M. MANTOVANI, *Presupposti di legittimità. La presunzione di concepimento*, *Tratt. dir. famiglia Zatti*, II, *Filiazione*, Milano, 2002, p. 53 ss., sempre argomentando ex art. 269, comma 3, c.c., e M. SESTA, *La filiazione*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, III ed., Torino, 1999, p. 10 ss. Ritenevano, prima della l. n. 40 del 2004, che la partoriente sia madre legale anche F. Santosuosso, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1983, p. 35; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 501. Dubbioso, invece, circa la correttezza del richiamo a questa disposizione,

La dichiarazione giudiziale della genitorialità è retta dalla prova con qualsiasi mezzo, fissata dal comma 2 dell'art. 269 sia per l'accertamento della paternità che della maternità, e da quella della coincidenza tra colui che assume di essere figlio col il soggetto partorito dalla presunta madre, di cui al comma successivo.

Nella fecondazione naturale il parto e la prova della compatibilità genetica conducono necessariamente ad univoci risultati, poiché la gestazione ha preso spontaneamente avvio con la fecondazione di gamete appartenente alla partoriente, ed in ciò si realizza il brocardo *mater semper certa est*³⁰. Altrettanto non avviene, tuttavia, nella gestazione per altri con ovidonazione, né nella procreazione medicalmente assistita con eterologa femminile, e si è verificato anche per effetto di un colposo scambio di embrioni in procedure di procreazione assistita omologa³¹.

G. CATTANEO, *Della filiazione legittima*, in *Commentario cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1988, p. 38 ss., sul presupposto per cui la norma è stata dettata in tempi nei quali non poteva dubitarsi del fondamento della «convizione che la partoriente sia per necessità anche madre genetica», e per questo non risolve il problema in caso di maternità surrogata. Successivamente ID., *Lo stato di figlio legittimo*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, IV, II ed., Torino, 1997, p. 21, sostiene l'attribuzione della maternità alla madre genetica. Rilevano, invece, l'impossibilità di disciplinare la gestazione per altri attraverso la norma in commento A.B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002, p. 333 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 377 ss., spec. p. 399 s., «trattandosi non tanto di una norma dettata per identificare la madre (norma, peraltro, che all'epoca nella quale è stata emanata sarebbe risultata inutile, sul presupposto della certezza della maternità), quanto, più semplicemente, di una norma sulla prova, la quale, peraltro, non sarebbe applicabile alla disciplina in esame, che risulta, appunto, non disciplinata da alcuna norma di legge»; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. LIBERATI, F. BILOTTA, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, p. 99 ss.

²⁹ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma*, Milano, 2014 p. 35 ss.; A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella fecondazione eterologa e nella maternità surrogata*, *ivi*, p. 80 ss.; I. FERLITO, «Miglior interesse del bambino» e «maternità surrogata»: il rischio di un valore-tiranno, in www.comparazioneDirittocivile.it (ultima consultazione il 11/04/2016). Riteneva, prima della l. n. 40 del 2004, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 197, che la regola di accertamento della maternità attraverso il parto fosse una «misura di dissuasione e non di giustizia», in accordo con S. RODOTÀ, *Governare la vita*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, p. 743, per cui è «improponibile» quando non c'è continuità genetica tra la partoriente e il nato, perché costei non ha partecipato col proprio materiale biologico alla sua generazione.

³⁰ Formulato da PAOLO, *Libro quarto ad edictum*, in *Digesto*, 2.4.5, «Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant».

³¹ Su cui cfr. Trib. Roma, ord. 8-8-2014, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 929 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 319, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, su cui cfr. F. CAMPODONICO, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma*, in questa *Rivista*, 2015, p. 157 ss.; Trib. Roma, ord. 22-4-2015, in www.biodiritto.org (ultima consultazione il 09/04/2016) con nota di L.B., *Caso Pertini: rigettato il secondo ricorso*. Entrambe le ordinanze hanno ribadito il principio per cui «il nostro sistema normativo prevede che “la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume di essere madre” (art. 269, comma 3, c.c.)». Cfr. anche M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori. Riflessioni a margine della decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, I, p. 194, che evidenzia come l'incontestabilità della maternità della partoriente sia funzionale ad inibire «l'effetto acquisitivo dello status di madre in capo alla committente, che il contratto di maternità surrogata

La donazione di gameti, senza distinzione tra quelli maschili e femminili, è disciplinata dall'art. 9, commi 1 e 3, della l. n. 40 del 2004, e per tale ragione il nato non potrà in nessun caso – sia che la gestazione per altri sia praticata all'estero sia in Italia, in spregio al divieto di legge – domandare l'accertamento dello stato nei confronti della madre genetica. Vi è di più. La norma costituisce l'unica espressione della totale indifferenza rispetto alla verità biologica della generazione, in quanto non si limita a dichiarare la cessazione dei rapporti con il genitore biologico, ma enuncia specificamente l'esclusione di qualsiasi suo dovere e di ogni diritto del nato nei suoi confronti. Espressione in cui si compendia il concetto di *status*, quale rapporto giuridico insistente tra soggetti determinati, il quale, per conseguenza di un accertamento giuridicamente rilevante del vincolo naturale della procreazione, produce l'acquisto di quel complesso di situazioni giuridiche e ne costituisce il fondamento unificante.

Ne deriva il difetto di legittimazione del nato anche all'azione di responsabilità per il mantenimento e l'educazione ex art. 279 c.c., che sull'accertamento incidentale della generazione fonda pretese patrimoniali nei confronti dell'autore della procreazione³². In ciò si distingue dalla sentenza di adozione parentale, che si limita a determinare la cessazione delle relazioni parentali, ai sensi dell'art. 27, comma 3, l. n. 183 del 1983, ma lascia sussistere gli impedimenti matrimoniali ed anche la legittimazione all'azione in questione, in attuazione del canone fondamentale di responsabilità per la procreazione fissato dall'art. 30 Cost.³³.

Per tale ragione, e per effetto dell'anonimato del donatore³⁴, si realizza la più assoluta forma di incoscienza giuridica della verità della generazione, le cui implicazioni sui diritti fondamentali

mira a perseguire»; al contrario, A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 271, sostiene che «il principio della prevalenza della madre uterina su quella genetica non sia rinvenibile nel nostro ordinamento. Ma anche se esso fosse configurabile, a nostro avviso non sarebbe applicabile alle forme di procreazione medicalmente assistita ammesse dalla legge, in quanto queste trovano uno speciale regolamento nella l. n. 40/2004».

³² Azione compatibile col mantenimento del diverso status eventualmente costituito Cass. civ., 9-9-1990, n. 5633, in *Giustizia civile*, 1991, I, p. 75 ss.: «l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello status».

³³ Così A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 20 s.

³⁴ Cfr. l'art. 298° comma, l. 23-1-2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, e, prima, ma senza effetti precettivi, il documento di indirizzo approvato, in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità del divieto di eterologa, dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome il 4-9-2014, per cui ai sensi dell'art. 14 d. lgs. n. 191/2007, tutti i dati (comprese le informazioni genetiche) raccolti «sono resi anonimi, in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili». Al contrario riconoscono il diritto alla conoscenza delle origini biologiche il chapter T, section 5 del *The Genetic Integrity Act* (2006:351) svedese, la section 23 dell'*Act on Assisted Fertility Treatments* (1237/2006) finlandese, la section 20 dell'*Hfea Code of Practice* britannico, 2014, VIII ed., il quale prevede il diritto del nato, una volta maggiorenne, di conoscere le generalità e l'indirizzo del donatore, mentre al sedicenne assicura la conoscenza dei principali dati non identificativi (etnia del donatore, anno e luogo di nascita, descrizione fisica, origine adottiva o da p.m.a., stato civile, screening e storia medica, numero e sesso di eventuali altri figli del donatore, ma anche attitudini e abilità, ragioni della donazione, nonché un ritratto e un messaggio di auguri).

all'identità personale ed alla salute del figlio pongono interrogativi di notevole momento, che non possono qui essere che accennati³⁵.

Interessa solo rilevare che, a differenza di altri ordinamenti³⁶, il donatore beneficia dell'esclusione da ogni pretesa conseguente alla generazione, in forza dell'attrazione del suo gesto a alla medesima causa, definibile in termini di cortesia superetica³⁷, che caratterizza quello oblativo della donazione di organi umani o tessuti. Inoltre – ed è ciò che interessa sottolineare allo scopo di comprendere se la norma si applichi anche alla committente cui sia stato prelevato l'ovulo da cui si è originata la nuova vita – la disposizione si lega con assoluta coerenza al principio di responsabilità per la scelta procreativa, che si esprime nella regola di paternità per il consenso all'inseminazione eterologa, di cui all'art. 8 l. n. 40 del 2004.

L'assimilazione della donazione di gameti a quella di organi si fonda sul principio fondamentale per cui la determinazione, libera ed incoercibile, al sacrificio della propria integrità fisica attraverso il prelievo di un organo, è specialmente meritevole perché finalizzato ad onorare gratuitamente il beneficiario col dono del bene massimo che è la vita³⁸, in deroga al criterio di cui all'art. 5 cod. civ. Ugualmente psicologico è quello di chi doni i propri ovuli o il seme, per beneficiare la coppia ricevente

³⁵ Cfr., sull'esigenza di garanzia della persona nata da procreazione eterologa rispetto agli specifici rischi sanitari, S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 138 ss.; M. BASILE, *I donatori di gameti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, 232 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, *ivi*, 142 ss.

³⁶ Bundesgerichtshof, 3 maggio 1995, in caso di fecondazione eterologa riconobbe la responsabilità del donatore per il mantenimento del figlio, mentre l'impugnazione della paternità è esclusa per la procreazione eterologa realizzata col consenso di entrambi i coniugi dall'art 1600, comma 4, BGB introdotto con l. 28-4-2004, n. 598. Cfr. G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, in questa *Rivista*, 2014, p. 111 ss. In California un corrispettivo è previsto tanto per la donazione di gameti che per quella di sangue che, ove ammessa, per la gestazione per altrui, in questo caso sotto la verifica legale della destinazione alla copertura delle spese e l'astensione dal lavoro e della condizione di non indigenza della donna. Cfr. dapprima l'elaborazione giurisprudenziale in Cal. Sup. Ct., *Johnson vs. Calvert*, 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993), Ct. App. 1998, *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280, e quindi il California Assembly Bill n. 1217 del 23-9-2012, su cui R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, p. 179 ss. Supreme Court of California, 20 maggio 1993, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 337 ss., con nota di G. PONZANELLI, riconosce la maternità di colei che ha voluto far nascere il bambino, con esclusione della portatrice.

³⁷ Come ha riconosciuto anche il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il problema bioetico del trapianto di rene da donatore vivente non consanguineo – Dipartimento per l'Informazione e Editoria*, Roma, 1997, p. 29 s. Negli stessi termini A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 14; S. RODOTÀ, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, p. 117: «ogni atto di vera donazione, anche se qualificabile come super-erogatorio, non può che godere di altissimo apprezzamento».

³⁸ Cfr. V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale «complessità dell'ordinamento» e l'emergere delle «destinazioni solidaristiche»*, in ALB. DONATI, S. MAZZARESE, A. SASSI, *Diritto privato*, cit., p. 677, contesta sul punto i rilievi critici mossi contro le leggi sul trapianto di rene e di fegato, disegnati intorno alla logica di liceità che ispirava l'art. 5 del c.c., per esprimerne al contrario l'assoluta meritevolezza alla luce del canone costituzionale di solidarietà; nello stesso senso ID., *Atti di «disposizione» del corpo e tecniche legislative*, in *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 630 e 639. Sul tema cfr. anche B. AGOSTINELLI, *Profili civilistici della c.d. donazione di sangue ed organi*, *ivi*, 2010, p. 665 ss.; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2012, p. 241 ss.; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, loc. cit.

consentendole di realizzare il diritto fondamentale a procreare³⁹, e prescinde dall'assunzione di responsabilità per la generazione. Al contrario, la consapevole adesione all'applicazione delle tecniche costituisce la paternità, nonché, per ragioni di pari trattamento, la maternità della coppia ricevente. Dal successo delle tecniche risulta la nascita un soggetto di diritto diverso, estraneo al consenso alla relativa applicazione, che condivide col donatore o con la donatrice parte del proprio patrimonio genetico ma – a differenza di chi sia stato generato secondo natura – non può domandare in giudizio la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, né il mantenimento di cui all'art. 279 c.c. Costui potrebbe, dunque, domandare soddisfazione dei propri diritti nei soli confronti di coloro che, a qualsiasi titolo, hanno partecipato alla sua generazione: il padre committente⁴⁰, la madre sociale che sia anche biologica, oppure colei che ha condotto la gestazione.

4. Continuità genetica con la madre sociale e contestazione della maternità della partoriente

Al contrario della paternità del donatore, la maternità della gestante-partoriente non può essere esclusa attraverso la dichiarazione di anonimato neppure in caso di p.m.a. eterologa con ovodonazione, in ragione del divieto imposto dall'art. 9, comma 2, della l. n. 40 del 2004, sicché, anche a prescindere dalla sanzione penale comminata dall'art. 12 comma 6, la gestazione per altri attraverso l'ausilio di tecniche di assistenza medica condurrebbe all'accertamento della maternità verso la gestante.

³⁹ Corte Cost., 10-6-2014, n. 162, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 802 ss.; in *Foro italiano*, 2014, I, c. 2297 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 3, della legge 19-2-2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; nonché dell'articolo 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, della medesima legge, che stabilisce le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione del predetto divieto, ne rintraccia il fondamento nella libertà di autodeterminazione della coppia, in cui si comprende la scelta di formare una famiglia ed avere dei figli, «riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», in coerenza con l'insegnamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con riguardo alla protezione riconosciuta al diritto alla vita privata dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE e dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo al diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitori, anche attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita. Su cui cfr. almeno CEDU, Grande Chambre, 4-1-2007, *Dickson c. Regno Unito*, in *Rivista italia di diritto e procedura penale*, 2008, p. 337 ss., relativa al rifiuto statale di consentire ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, l'accesso alle tecniche di inseminazione artificiale, allo scopo di diventare genitori genetici; CEDU, Grande Chambre, 10-4-2007, *Evans c. Regno Unito*, su cui M. FORD, *Evans v. United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 178 ss., per cui tale diritto deve essere garantito nella sua effettività, anche consentendo l'accesso a tecniche di ausilio medico al «desiderio dei ricorrenti di procreare un bambino che non sia affetto dalla malattia genetica di cui essi sono portatori sani, ricorrendo per tale motivo alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto». Sul diritto a procreare si interrogavano già S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 215; F.D. BUSNELLI, *Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma, 14 febbraio 2000*, in *Bioetica*, 2000, p. 674 ss.

⁴⁰ Che, semplificando, si assume anche genitore biologico del figlio, dovendo dedicarsi alla diversa eventualità altra sistematica trattazione.

La tutela penale esprime la condanna della partecipazione alla gestazione ed al parto di una donna estranea alla coppia, ingiusto sfruttamento della sua integrità fisica e dignità umana, ma, oltre ad interrogarsi circa l'assoggettabilità a sanzione della gestazione per altri solidale in forza di una norma riferita a chiunque «pubblicizza la commercializzazione di gameti», corre l'obbligo di segnalare il diverso trattamento dell'identico fatto commesso all'estero, che per la Cassazione non costituisce reato in forza del dettato dell'art. 7 c.p., o quantomeno in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale⁴¹.

Con specifico riferimento all'art. 9, comma 2, è necessario sollevare il dubbio che la prescrizione, testualmente riferita alla «applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita»⁴², sia stata pensata piuttosto per quelle di tipo eterologo cui accenna il primo comma, per costituire rispetto alla partoriente l'identico risultato realizzato, nei confronti del padre, dalla preclusione delle azioni negative dello stato che spetta al figlio a norma dell'art. 8. Ove, infatti, si tratti di donna coniugata e di eterologa maschile, il divieto di partorire in anonimato è funzionale ad evitare che, per il tramite della dichiarazione materna di anonimato, lo *status* non si costituisca neppure verso il marito, per aver impedito l'operatività delle presunzioni di paternità e matrimonialità che dall'identificazione materna dipendono⁴³.

Per effetto di tale interpretazione, che si rafforza per l'essere il divieto di surrogazione di maternità solo implicito nella sanzione penale comminata dalla distinta fattispecie di cui all'art. 12, inserita in un capo distinto da quello dedicato alla «tutela del nascituro», la disposizione non sarebbe applicabile in caso di gestazione per altri dell'embrione risultante dalla procreazione omologa, ossia dall'impiego dei gameti provenienti dalla coppia. In tal guisa, si aprirebbe la medesima strategia segnalata per la fecondazione naturale, del riconoscimento paterno e dell'adozione della moglie o convivente, con l'importante precisazione per cui in questo caso si realizzerebbe anche l'interesse del figlio alla costituzione dello stato corrispondente alla verità biologica della generazione materna.

In tal senso depongono le considerazioni che qui di seguito si dedicheranno alla legittimazione del figlio: *a)* all'azione di contestazione della maternità della partoriente, che deriva dalla dichiarazione di nascita perfezionata in Italia che, ai sensi del ricordato art. 9 comma 2 deve contenerne l'identità; *b)* e di conseguenza all'accertamento della maternità nei confronti della committente, quando costei sia genitore biologico perché a lei apparteneva l'ovulo fecondato.

⁴¹ Cass. pen., 5-4-2016, n. 13525, cit.

⁴² La verifica dell'origine medica della procreazione è oggi assicurata dal D.P.C.M. 29-9-2015, n. 178, contenente Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico, che attua la delega conferita dall'art. 62 *ter* del Codice dell'amministrazione digitale, stabilendo contenuti, garanzie e strumenti di operatività dell'Anagrafe nazionale degli assistiti, istituita nell'ambito del sistema informativo realizzato dal Ministero dell'economia e delle finanze in attuazione di quanto disposto dall'articolo 50 del D.L. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in L. n. 326/2003 (legge di stabilità 2014), allo scopo di rafforzare gli interventi in tema di monitoraggio della spesa del settore sanitario, accelerare il processo di automazione amministrativa e migliorare i servizi per i cittadini e le pubbliche amministrazioni. In tal guisa, anche ove la nascita avvenga in struttura sanitaria diversa da quella in cui sono state applicate le tecniche di p.m.a., i sanitari che assistono al parto possono verificarne l'impiego.

⁴³ Così da costituire la ricordata «signoria materna» nel loro governo.

Posto che la maternità può provarsi con qualsiasi mezzo, ai sensi dell'art. 269 c.c., il figlio ha interesse⁴⁴ a costituire lo stato nei confronti di colei che, oltre ad aver assunto la consapevole decisione di metterlo al mondo ricorrendo alla gestazione per altri, è anche sua madre biologica, giovandosi della prova del DNA⁴⁵.

Tanto vale a maggior ragione per la nascita all'estero, poiché in ragione della relativa legislazione non si costituisce lo *status* verso la gestante, né costei ha di regola intenzione alcuna di assumersi la responsabilità genitoriale.

In siffatte circostanze, il *best interest* del minore a conservare, assieme allo *status* acquisito all'estero, l'affettività nei confronti dei genitori sociali, che lo Stato ha l'obbligo di garantire quale espressione della sua vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁴⁶, si colora di un aspetto ulteriore – anch'esso evidenziato dalla Corte di Strasburgo, seppur con riguardo al padre⁴⁷ – che attiene più specificamente alla protezione della vita privata: quello alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che realizza l'identità personale.

Ove si accolga l'opposta la tesi, per la quale in caso di nascita in Italia la maternità della partoriente si costituirebbe necessariamente in ragione del parto, occorre valutare se lo stato sia contestabile e possa, una volta rimosso, accertarsi verso la madre sociale e biologica.

Come ricordato, l'art. 9 della l. n. 40 del 2004 preclude l'azione di disconoscimento e l'impugnativa del riconoscimento all'uomo che abbia consentito all'inseminazione eterologa della moglie o convivente⁴⁸, a meno che la nascita non consegua a contemporaneo rapporto adulterino⁴⁹, ma resta am-

⁴⁴ Così A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella fecondazione eterologa e nella maternità surrogata*, cit., p. 86; ID., *Maternità surrogata*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civile, agg. V, Torino, 2011, p. 617 ss.

⁴⁵ T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 57 ritiene di poter affermare la maternità della titolare del patrimonio genetico quando la partoriente rifiuti l'accertamento nei propri confronti, evidenziando la peculiare «partecipazione spirituale e biologica» che si realizza in questa peculiare forma di gestazione per altri. Osserva, in particolare, P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., p. 198: «Perché una madre surrogata (gestante e partoriente ma non madre genetica) dovrebbe poter strappare il bambino alla madre genetica? Per la forza dell'immagine archetipa della gestazione e del parto. È questa immagine più forte di quella, altrettanto archetipa, della discendenza, del riconoscersi sangue del sangue? Non è forse vero che in antropologia il senso della parentela viene riconosciuto nella somiglianza? E non è il concepire parte e anzi fonte del generare?».

⁴⁶ Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

⁴⁷ Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., § 70; Corte EDU, 26-6-2014, *Menesson c. Francia*, cit., § 45, con riguardo a Corte EDU, 7-2-2002, *Mikulic c. Croazia*, ric. n. 53176/99.

⁴⁸ In ciò recependo l'indirizzo espresso da Corte Cost. 26-9-1998, n. 347, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 3042 ss., che aveva dichiarato inammissibile la questione, non potendo applicarsi alla procreazione artificiale eterologa la disciplina del disconoscimento paterno. Rileva A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 212, che la Corte perse allora l'occasione di pronunciarsi sulla dibattuta questione della possibilità di vincolare il coniuge all'assistenza morale e materiale del nato col proprio consenso da seme di uno sconosciuto, a protezione dei diritti inviolabili della persona, ed in particolare del minore, nella società e nel nucleo familiare in cui si trovi collocato per scelta altrui. La pratica era largamente praticata prima della legge e regolata con Circ. Donat Cattin 27-4-1987, Circ. 10-4-1992, ord. min. 5-3-1997, Così anche Cass. civ., 16-3-1999, n. 2315, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 429 ss., con nota di P. SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, I, p. 523 ss., con nota di E. PALMERINI, *Filiazione. Disconoscimento della paternità. Ricorso a fecondazione assistita eterologa. Consenso del marito. Azione di disconoscimento. Ammissibilità. Esclusione*; in *Famiglia e diritto*, 1999, p. 237 ss., con nota di M. SESTA, *fecondazione assistita. La*

messa l'azione del figlio⁵⁰, in ossequio al principio di pari trattamento di colui che è nato grazie a scelte a sé non imputabili, quali il ricorso a tecniche biomedicali di procreazione eterologa. In caso di procreazione medicalmente assistita eterologa maschile il figlio può dunque, in qualsiasi tempo e senza preclusione alcuna, introdurre il giudizio di disconoscimento di paternità contro il *partner* della madre, ed ottenere la rimozione del relativo vincolo provando, *ex art. 243 bis*, comma 2, c.c., che non sussiste rapporto di filiazione tra lui ed il presunto padre⁵¹.

Diversamente, in caso di nascita da gestazione per altri di un embrione ottenuto dalla fecondazione dell'ovulo della madre sociale e successivo impianto nell'utero della partoriente, la disciplina codicistica non sembra ammettere esplicitamente l'azione diretta alla contestazione della maternità.

L'azione di disconoscimento di cui all'art. 243 *bis* è, infatti, testualmente riferita soltanto all'accertamento negativo del vincolo genetico tra figlio e presunto padre, in dipendenza del ricordato presupposto implicito della coincidenza tra generazione materna e parto, che trova applicazione anche nelle tassative ipotesi di contestazione dello stato di figlio, di cui all'art. 240 c.c., disegnate tutte intorno all'eventualità che, per supposizione di parto, sostituzione di neonato, iscrizione come fi-

Cassazione anticipa il legislatore. Principio richiamato dalla recente pronuncia di incostituzionalità del divieto di eterologa, come da Trib. Roma, 17-10-2012, n. 19563, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, I, c. 1545 ss. con nota di G. SAVI, *L'impugnazione dello status filiationis per difetto di veridicità da parte dell'autore del riconoscimento in mala fede*, e da Trib. Roma, ord. 8-8-2014, cit., in materia di accertamento della maternità in caso di scambio colposo di embrioni, durante pratiche di fecondazione assistita omologa, per la cui condivisibile, sul punto, interpretazione «nel bilanciamento degli interessi in conflitto, prevedendo un termine di decadenza “tombale” per l'esercizio dell'azione, il legislatore delegato ha inteso mutare radicalmente il principio fondante la precedente disciplina (v. in particolare la regolamentazione dell'azione di impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità) lasciando prevalere sull'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione, l'esigenza di non prolungare indefinitamente la durata dell'incertezza sullo stato di figlio. Mentre ha lasciato comunque il figlio arbitro del proprio status, essendo per lui l'azione imprescrittibile». Cfr. M. VELETTI, *Revisione sistematica del codice civile susseguente all'unificazione dello stato di figlio*, in M. BIANCA, *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Padova, 2014, p. 15 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, cit., p. 186 ss.

⁴⁹ Così precisa M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, in AIAF, *Quaderno 2006/2. La filiazione verso un unico status. Atti del convegno di Como 23-24 giugno 2006*, Milano, 2006, p. 84; per l'opinione critica cfr. U.A. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, p. 490 ss., spec. p. 501 s., sul rilievo per cui manca una norma analoga all'allora vigente 235, 1° co., n. 2, c.c., a tutela del convivente, che gli consenta di impugnare il riconoscimento, nonostante il divieto di cui all'art. 9 della L. 40/2004, dimostrando che la procreazione è avvenuta al di fuori dell'impiego delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ossia deriva dal congiungimento della madre con altro uomo. Sarebbe, tuttavia, necessario che il centro p.m.a. conservi i dati genetici del donatore, allo scopo di verificare l'incompatibilità col nato.

⁵⁰ *Contra* M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita e status del figlio*, cit., p. 84, e *Id.*, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Id.* (a cura di), *Codice della famiglia*, 1, Milano, 2007, p. 3143, in considerazione del dettato dell'art. 235, ultimo comma, c.c., che ammetteva il figlio all'azione di disconoscimento «in tutti i casi» in cui poteva essere esercitata dal padre. La previsione non trova riscontro nell'attuale formulazione dell'art. 243 *bis* c.c., che anzi si riferisce alla prova, di cui è onerato l'attore, che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre.

⁵¹ Nota M. PORCELLI, *La contestazione ed il reclamo dello status di figlio legittimo in Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1751 ss., che a mente dell'art. 9 il figlio nato da procreazione eterologa o surrogazione materna non può reclamare uno stato diverso da quello legale, e corrispondente alla verità biologica, ma tanto contrasta col diritto del figlio a veder affermato il proprio rapporto con chi lo ha generato, di essere educato nella propria famiglia (art. 1 l. adozione), e col diritto a conoscere le proprie origini.

glio di ignoti del figlio matrimoniale, il nato sia stato separato da colei che l'ha partorito. Conforme è il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di nascita da surrogazione materna⁵², che attribuisce la maternità «a colei che partorisce», in accordo con la giurisprudenza di merito sul colposo scambio di embrioni⁵³, secondo la quale «non può negarsi la volontà del legislatore, molto recente, di mantenere quale principio cardine dell'ordinamento la maternità naturale legata al fatto storico del parto».

Ancor più complesso è l'interrogativo circa l'esperibilità dell'azione negativa dello *status* di non matrimonialità per inveridicità del riconoscimento, contro la partoriente non coniugata di un figlio procreato attraverso ovodonazione. La soluzione affermativa, che pure potrebbe sostenersi in forza dell'interpretazione letterale dell'art 263 c.c., riferito semplicemente all'«autore del riconoscimento», realizzerebbe l'ingiustificato deterioro trattamento del figlio per ragione del difetto di vincolo coniugale tra i genitori, in aperta contraddizione col criterio di unificazione di stato dei figli, di cui all'art. 315 c.c. riformato, e sarebbe comunque incompatibile col dettato dell'art. 263, 2° co., terzo periodo, chiaramente riferito alla paternità: «la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre».

Si realizzerebbe, tuttavia, un'evidente ed ingiustificabile disparità di trattamento tra la pretesa di rimuovere il titolo costitutivo della maternità e quella diretta all'accertamento negativo della paternità: l'ordinamento consentirebbe solo al figlio procreato con donazione di gameti maschili di rimuovere il proprio *status* dimostrando l'incompatibilità genetica col padre legale, e conseguentemente di sottrarsi ai diritti ed agli obblighi che dal rapporto di filiazione derivano. Mancherebbe di azione per la tutela dell'identica posizione giuridica soggettiva, invece, colui che sia nato dalla fecondazione dell'ovulo di una donna diversa dalla partoriente⁵⁴. Interpretazione costituzionalmente imposta dagli

⁵² Cass. civ., 11-11-2014, n. 24001, cit.

⁵³ Trib. Roma, ord. 8-8-2014, cit., «Il nostro sistema normativo prevede che “la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre” (art 269 comma 3 c.c.). Tale norma è stata introdotta con la riforma del 1975 quando ancora le tecniche di procreazione assistita erano agli albori, ma è pur vero che la sua formulazione è stata mantenuta dal legislatore della riforma della filiazione di cui al D. lgs. n. 154 del 2013. Il legislatore della riforma, inoltre, nel sostituire la norma di cui all'art 239 c.c., ha previsto la possibilità di reclamare, o contestare, lo stato di figlio (art 240 c.c.), solo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto».

⁵⁴ In tal senso non è dirimente la scelta di garanzia dell'anonimato del donatore o della donatrice di gameti, la quale introduce, invece, questioni di non lieve momento in relazione alla tutela della salute del figlio, cui necessitano accertamenti genetici ulteriori rispetto a quelli acquisiti in sede di raccolta dei gameti, da ultimo ribadita anche da Corte Cost. 22-11-2013 n. 278, in *Rivista di diritto civile*, 2014, 3 ss., con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 11 ss., con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Corriere giuridico*, 2014, p. 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*. Cfr. anche A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, cit., p. 12, secondo cui «i nati da fecondazione eterologa patiscono il sacrificio proprio di questo diritto fondamentale, che li discrimina rispetto a tutte le altre persone, in quanto la legge, non un semplice fatto, li priva fin dall'inizio di uno *status* risultante dalle due dimensioni biologica e familiare che vengono artificialmente separate». In ogni caso, a prescindere dall'identificabilità del genitore biologico, al figlio che intendesse rimuovere lo *status* verso il genitore sociale sarebbe sufficiente apprendere le circostanze della propria generazione, e dimostrare l'incompatibilità genetica col presunto padre. Non si vede, dunque,

art. 3 e 24 Cost. è, dunque, quella opposta, pur nel conflitto col tenore letterale delle disposizioni, in mancanza di intervento adeguativo.

L'interesse ad agire in negatoria sussisterebbe, peraltro, anche ove la gestazione per altri consegua a ovodonazione da parte di una terza donna, sebbene nei suoi confronti sia preclusa l'azione di accertamento positivo, perché il figlio potrebbe per tal mezzo sottrarsi agli obblighi alimentari verso la partoriente, ed escluderla dal novero degli aventi diritto alla propria successione necessaria⁵⁵, come può fare rispetto al presunto padre. Apprezzabile sarebbe anche l'interesse, non patrimoniale, a veder cancellata la rilevanza giuridica della falsa generazione, quando il figlio la soffra come una lesione della propria identità, oppure nutra risentimento per le circostanze della sua nascita, derivandone danni alla propria identità personale.

Rispetto a tutte le richiamate pretese, anche e soprattutto di carattere fondamentale, è difficile giustificare l'incontestabilità della filiazione materna ogni volta che accertamento del parto e della compatibilità genetica conducano a risultati opposti, ed in particolare in caso di gestazione per altri con ovodonazione da parte della madre sociale, con la conseguenza di lasciar aperta la via all'accertamento della maternità nei confronti di costei, attraverso la prova della compatibilità genetica.

Ciò non significa ignorare il ruolo insostituibile svolto dalla gestante, né è incompatibile con la sua autodeterminazione nella decisione di condurre a termine la gravidanza, se si osserva che il diritto di interromperla consegue, nella l. n. 194 del 1978, unicamente al bilanciamento con le ragioni di tutela della sua salute psicofisica rispetto al pericolo, gradatamente più grave col progredire della gestazione, che le derivi dalla gravidanza o dal parto⁵⁶.

quale fondamento possa avere una così discutibile scelta, mentre l'esclusione dell'anonimato renderebbe più credibili le ragioni di solidarietà che alcune opinioni ritengono sostenere la donazione di gameti, in realtà spesso soggetta a forme di compenso o indennizzo, e di apertura alla vita delle coppie che ne richiedono l'applicazione, giacché predisporrebbe gli strumenti atti a garantire la salute e la qualità della vita del figlio, anche molto tempo dopo la sua nascita. L'accesso può, infatti, avere un quadruplice rilievo: *a)* in termini di diritto del nato ad essere informato sulle modalità del proprio concepimento, anche per la costruzione della propria storia personale ed identità; *b)* di possibilità di contattare il donatore allo scopo di accertarne patologie manifestatesi dopo il prelievo, o svolgere eventuali accertamenti genetici rispetto a patologie, anche rare, di cui il figlio si scopra portatore o che potrebbe aver trasmesso ai propri discendenti, e che non siano state comprese nello *screening* iniziale, ovvero quando i relativi dati risultino perduti, posto che la disciplina europea sui trapianti di cellule e tessuti ne impone la conservazione solo per un trentennio; *c)* di interpello del donatore, ad esempio per domandarne la disponibilità al trapianto da consanguinei che costituisca l'unico mezzo di cura della patologia di cui soffre il nato; *d)* di verifica dell'eventuale esistenza di fratelli, nati dallo stesso donatore attraverso tecniche di p.m.a. o naturalmente, per gli scopi di cui al punto precedente, ovvero per escludere la consanguineità con il *partner* del nato. L'esperienza di altri Paesi è in questo senso illuminante, come riferita da W. KRAMER, N. CAHN, *Finding our families, A First-of-Its-Kind Book for Donor-Conceived People and Their Families*, New York, 2013, ed evidenziata dalla creazione del *Donor Sibling Registry*, e dalla progressiva rinuncia all'anonimato delle legislazioni che, originariamente, lo prevedevano.

⁵⁵ Non ritiene che sussista interesse a conseguire «una verità dimezzata, che non consentirebbe per nulla il soddisfacimento del diritto alla identità biologica del figlio, pur rilevante, in linea di principio ma non nel caso concreto», M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in Id. (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 3143.

⁵⁶ Cfr. A. MORACE PINELLI, *op.cit.*, p. 275 s., conclude nel senso per cui, in forza dell'art. 8 della l. n. 40 del 2004, è al «momento della fecondazione dell'ovulo, in cui l'embrione viene ad esistenza e la responsabilità della coppia è definitivamente assunta, che occorre guardare per stabilire lo *status filiationis*. Ciò spiega l'assoluta irrilevanza, ai fini dell'accertamento dello status, dei comportamenti e dei fatti successivi alla fecondazione».

Altri ordinamenti hanno conosciuto vicende in cui alcuni accertamenti prenatali avevano evidenziato malformazioni o patologie gravi del nascituro, in conseguenza delle quali la coppia committente intendeva porre termine alla gravidanza, in conflitto con l'opposta intenzione della gestante. La disciplina nazionale disegna la decisione interruttiva come esclusiva attribuzione della gestante, e la fonda sul suo personalissimo bilanciamento tra il proprio diritto alla vita ed alla salute e quello, di pari natura, dell'embrione⁵⁷, alla luce del serio pericolo che al primo deriva dalla gravidanza, dal parto o dalla maternità (art. 4), ovvero, in più avanzato stato di gestazione, del grave pericolo determinato dalla gravidanza, dal parto o da accertati processi patologici fetali. Ove, dunque, la gestante intendesse condurre a termine la gravidanza, la coppia committente conserverebbe gli obblighi che realizzano la responsabilità genitoriale verso il nato, per il solo fatto di aver espresso l'originario consenso all'avvio della pratica.

5. Accertamento della maternità della madre sociale secondo la coincidenza di verità biologica e affettività

Una perizia genetica potrebbe, dunque, dimostrare che il patrimonio genetico del bambino nato da surrogazione materna sia del tutto estraneo a quello della puerpera, che ha svolto unicamente il ruolo di «madre portatrice gestazionale»⁵⁸, e risulti invece pienamente coincidente con la derivazione

⁵⁷ Cfr. Corte Cost., 18-2-1975, n. 27, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, c. 1416 ss. e c. 1762 ss., con note di M.C. ANDRINI, *Soggetto e persona: rilevanza autonoma della tematica dell'aborto*, e di M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 codice penale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, I, 117 ss., con note di R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale*, p. 538 ss., e di S. BARTOLE, *Scelte di valore più o meno implicite in una laconica sentenza sull'aborto*, p. 2099 ss.; in *Giustizia civile*, 1975, I, p. 1098 ss., con nota di C. CHIOLA, *Incertezza sul parametro costituzionale per l'aborto*, per la quale: «L'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale. Di conseguenza la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione. (...) Non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Diversa la posizione di Corte EDU, Grande chambre, 16-12-2010, *A et al. c. Irlanda*, in *Foro italiano*, 2011, IV, c. 184 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2011, p. 511 ss., su cui v. G. REPETTO, *Gli Stati signori dei propri bilanciamenti? A proposito di una recente sentenza della Corte di Strasburgo in tema di aborto*, in www.diritticomparati.it (ultima consultazione il 15/04/2016).

⁵⁸ Accogliendo la definizione offerta da P. DONADONI, *La riproduzione artificiale*, in P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni*, 3, *Uccisione del congiunto, responsabilità familiare, affido, adozione*, Padova, 2011, p. 111 ss.; F.M. ZANASI, *Maternità surrogata*, in www.personaedanno.it (ultima consultazione il 11/01/2016); F. PIZZINI, *Corpo medico e corpo femminile. Parto, riproduzione artificiale e menopausa*, Milano, 1999, p. 211 distingue invece madre surrogata in senso stretto, o madre sostitutiva, che è colei che porta avanti la gestazione del proprio ovulo, e madre portatrice, che gesta l'ovulo altrui. Con riguardo alle problematiche etiche connesse alla maternità surrogata, al particolare legame affettivo che si instaura tra gestante e feto, al pericolo di lesione della dignità della donna, e di sfruttamento economico delle sue capacità riproduttive, alle forme di maternità surrogata solidale o oblativa, e per i casi in cui la gestante sia legata ai committenti da vincoli familiari o affettivi, si veda almeno COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Le tecniche per la procreazione assistita*, Roma, 1994. Sul contratto di surrogazione materna, e sulla compatibilità col disposto dell'art. 5 c.c., M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1990, p. 252 ss.; ID., *L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato nazionale per la bioetica*, in *Famiglia e diritto*, 1994, p. 554, ss.; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 264 ss.; G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi*

biologica dalla donna committente, alla quale è stato prelevato il gamete impiegato per la generazione dell'embrione.

In tali condizioni, le considerazioni fin qui svolte fondano l'opinione per cui la maternità deve potersi accertare secondo il criterio generale della compatibilità genetica al pari della paternità, in ossequio al principio di pari trattamento delle identiche situazioni soggettive dei due genitori: deriva, di tal guisa, il diritto del figlio – rimosso eventualmente l'inveridico stato che lo leghi alla partoriente – a veder costituita la maternità di quella biologica⁵⁹, ai sensi dell'art. 269 c.c.

La norma detta infatti prioritariamente, al comma 2, la regola generale della prova libera della sussistenza del rapporto biologico di filiazione, che realizza il principio di veridicità dello *status filiationis*, e coincide sia per l'accertamento giudiziale della paternità e della maternità, che con la disciplina dettata per il disconoscimento di paternità dall'art. 243bis c.c.

La regola contenuta nel comma 3 è una norma sulla prova, attraverso la coincidenza tra l'identità di colui che pretende di essere figlio e quella di colui che fu partorito dalla donna, applicabile soltanto nella generazione fisiologica, senza ausili medicali. L'onere probatorio ne risulta in questi casi agevolato, non dovendo necessariamente farsi ricorso alla consulenza genetica, ma le conseguenze cui condurrebbe rispetto all'applicazione delle tecniche di ovodonazione sono paradossali.

Si pensi alla gestazione per altri con ovodonazione realizzata all'estero: posto il principio di cui al ricordato art. 33 l. d.i.p., i presupposti e gli effetti dell'accertamento sono regolati dalla legge italiana perché è italiana la nazionalità del figlio, riconosciuto dal padre cittadino italiano. Se, dunque, il figlio domandasse in giudizio l'accertamento della maternità della portatrice, dimostrando di essere il bambino da lei partorito, costei, anche a prescindere dalla *lex loci* che esclude la maternità in caso di surrogazione, potrebbe eccepire il difetto di continuità biologica posto che, se la maternità si prova con qualsiasi mezzo ai sensi dell'art. 269 comma 2 c.c., allo stesso modo si può escludere, dimostrando l'incompatibilità genetica.

La regola dettata dal comma 3 riposa, infatti, sul postulato della coincidenza della fecondazione, della gestazione e del parto in capo alla stessa donna, ed in tanto realizza la tutela del figlio in quanto gli consente di veder accertata la responsabilità genitoriale di colei che, a prescindere dalla consapevolezza e volontà di procreare⁶⁰, gli ha consentito di venire alla luce grazie alla propria fecondità, ed al

giuridici, Torino, 1999 110 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 79 ss.; M. G. SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, 2007, p. 104 ss.

⁵⁹ Discute in proposito di «tragica scelta tra due verità parziali» S. PATTI, *Verità e stato giuridico delle persone*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, I, p. 242; evidenzia l'interesse del figlio alla conoscenza delle proprie origini genetiche, che si realizza nell'attribuzione della maternità alla madre genetica che coincida con la committente, P. VERCELLONE, *Fecondazione assistita e status familiari*, in F.D. BUSNELLI, A.R. GENAZZANI, E. RIPEPE, *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere, Atti del convegno di Pisa, 30 gennaio – 2 febbraio 1997*, Roma, 1998, p. 104. Così anche P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, p. 193 ss., spec. p. 200, in ragione della rilevanza attribuita dalla tecnologia al titolo genetico della maternità rispetto a quello di gestazione e parto, sicché «negare ogni rilevanza al primo titolo, quando è assecondato dall'accoglienza, significa sancire una differenza – un tempo non prospettabile – tra il trattamento che il diritto fa all'uomo e quello che farebbe alla donna».

⁶⁰ Cfr., per la questione della rilevanza della volontà nella procreazione eterologa e nella surrogazione di maternità, E. DEL PRATO, *La scelta come strumento tecnico di filiazione*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss.; ID., *Intento e procreazione, Quaderni di Diritto, mercato, tecnologia*, 2014, 3, p. 39 ss., nonché Cass. civ., 29-9-2013, n. 21882, in *leggiditaliaprofessionale.it*, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la

corretto funzionamento degli elementi naturali, non avendo deciso né di interrompere volontariamente la gravidanza, ricorrendone i presupposti legittimanti, né di avvalersi della facoltà di anonimato. Evenienza in cui peraltro il figlio manterrebbe comunque l'azione per l'accertamento della maternità, quando non sia stata pronunciata la sua adozione parentale.

Solo distinguendo la procreazione secondo natura e quella attraverso p.m.a. può risolversi la dissociazione critica tra la regola di accertamento della discendenza genetica con ogni mezzo, e preferenzialmente con il DNA, e quella di accertamento della maternità attraverso il parto, che il legislatore della riforma, pur consapevole delle tecniche di ovodonazione, ha mantenuto inalterata.

Con riferimento implicito alla procreazione senza ausili medicali, rispetto alla quale possono sussistere dubbi solo con riguardo alla paternità del concepito, il codice risolve l'accertamento della maternità con quello del parto ad opera di una donna determinata, presupponendo che a costei appartenga l'ovulo che è stato fecondato e si è sviluppato nell'embrione che è maturato nel suo grembo durante la gestazione. Il comma 2 del citato art. 269 c.c. mantiene, invece, la prova «con ogni mezzo» non della sola paternità, ma anche della maternità, per risolvere i casi in cui il presupposto implicito manchi, con l'unica eccezione della preclusione nei confronti della donatrice estranea al progetto procreativo (art. 9 l. n. 40 del 2004).

Tanto consente di superare l'opposta opinione⁶¹, sanzionata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per la quale il divieto della surrogazione di maternità realizzerebbe un principio di ordine pubblico, a presidio del valore fondamentale di dignità umana della gestante e dell'istituto dell'adozione «con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto (...) l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». Secondo tale opinione, il divieto non contrasterebbe con la tutela del superiore interesse del minore, di cui all'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 20-11-1989, ratificata con l. 27-5-1991, n. 176, in quanto «il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interessi si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione (...) la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

La pronuncia afferma, al tempo stesso, la regola di genitorialità per discendenza biologica e quella paritaria di attribuzione della maternità attraverso il parto, che conduce tuttavia a risultati opposti

genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al "disvolere" del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

⁶¹ Cass. civ. 11-11-2014, n. 24001, cit. riferita, però, ad un caso in cui non constava la maternità genetica della committente, che non manca di precisare che «le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, come è pacifico nel caso in esame; né tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal tribunale. E nemmeno rileva qui domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame».

nei casi descritti. Non può dirsi neppure che entrambe siano contrapposte all'adozione, quale unico strumento approntato dall'ordinamento per la realizzazione di una genitorialità disgiunta dalla biologica comunanza di DNA, poiché quando la donna partorisce un figlio nato da procreazione con ovodonazione manca proprio quel legame biologico di derivazione genetica dalla partoriente, eppure la partoriente sarebbe madre in ragione del parto, realizzando i propri diritti fondamentali alla salute ed all'autodeterminazione nelle scelte procreative⁶².

Per la medesima ragione non può sostenersi che l'adozione sia l'unico istituto ordinato alla realizzazione di progetti di genitorialità avulsi dal legame biologico e genetico, potendosi anzi ipotizzare condizioni di sterilità assoluta di coppia, risolubili solo attraverso la doppia eterologa, ammessa in conseguenza dalla cennata pronuncia di incostituzionalità.

Neppure può concordarsi con la richiamata interpretazione con riguardo agli effetti della ritenuta nullità per frode alla legge e contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita estero del bambino, per violazione della legge nazionale che richiedeva il legame biologico con almeno uno dei genitori sociali. A ciò conseguirebbe la mancanza dello *status* per difetto del titolo costitutivo dello stesso, e per tale ragione si imporrebbe la dichiarazione di abbandono, non risultando l'esistenza di genitori ai sensi dell'art. 11, comma 2 l. n. 184 del 1983, e «non occorre[rebbe] che [il titolo] sia contestato mediante le apposite azioni giudiziarie previste dalla legge».

Al contrario, il titolo dello stato esisteva fin dalla nascita del bambino tanto nell'ordinamento straniero quanto in quello interno, tale essendo il certificato di nascita formato all'estero, pur se viziato e comunque contrario alla verità biologica della generazione: se ne è avvenuta la giurisprudenza penale quando ha ritenuto che non sussiste, nella domanda di trascrizione di quel certificato nei registri dello stato civile italiano, il reato di alterazione di stato perché la descritta condotta non comporta una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, in quanto si realizza quando l'atto è già formato, e lo stato è costituito⁶³.

Il criterio di pari trattamento e la tutela dell'interesse del minore impongono, in conclusione, di riconoscere al figlio in prima battuta il diritto a conservare lo stato corrispondente alla maturata affettività, e quindi quello di decidere se contestare, in qualsiasi tempo, la paternità e la maternità giuridica attraverso la prova dell'incompatibilità genetica, ovvero mantenere la stabilità affettività e la serenità familiare. In tal guisa costui resta arbitro della soddisfazione del proprio diritto fondamentale allo *status* di figlio o di figlia che gli spetta in ragione della verità biologica, ed è espressione dell'identità personale⁶⁴: in questi termini, la verità della generazione, almeno in via potenziale, prevale sulla volontà dei genitori sociali e sulle risultanze dei registri di stato civile⁶⁵.

⁶² Corte Cost., 10-6-2014, n. 162, cit.

⁶³ Cass. pen., 5-4-2016, n. 13525, cit.

⁶⁴ Tale diritto fondamentale è stato proclamato per prima da Corte Cost., 28-11-2002, n. 494, dichiarando illegittimità costituzionale dell'art. 278, I comma, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, I comma, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato dalla predetta disposizione, in *Famiglia*, 2003, II, p. 841 ss., con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; in *Giurisprudenza italiana*, 2003, c. 868 ss.; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, I, p. 4058 ss., con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; si veda anche, *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figlio nati da rapporto incestuoso*; in *Vita notarile*,

Ragionando per assurdo, ove si ammettesse peraltro che davvero il titolo dello stato mancasse, nel caso oggetto del giudizio come in tutti quelli nei quali il figlio abbia vissuto coi genitori sociali, la filiazione risulterebbe comunque provata attraverso il possesso continuo dello stato di figlio, ai sensi dell'art. 236, 2° comma, c.c. Ne sarebbero infatti integrati tutti i presupposti, di cui all'art. 237, 2° comma, c.c.: i genitori sociali trattano il bambino come figlio, provvedendo al suo mantenimento, all'educazione e al collocamento; in detta qualità il bambino è considerato nei rapporti sociali e nella famiglia, fin dalla nascita⁶⁶.

Tanto conferma che nella fattispecie che ci occupa, trattandosi di contestazione della discendenza, debbono trovare applicazione le azioni dirette a rimuovere lo stato di filiazione, i cui limiti – posti a presidio dell'interesse del minore alla stabilità delle relazioni familiari, all'affettività ed alla certezza e conservazione dello *status*, anche se non veridico – verrebbero sostanzialmente aggirati ove si addivesse, come nel caso in commento, all'adozione parentale del minore da parte di altra coppia.

In particolare, quando risulti la coincidenza della genitorialità biologica della madre committente, neppure il figlio potrebbe contestare lo *status* acquisito per effetto del riconoscimento dell'atto di nascita, perché l'azione sarebbe paralizzata dall'eccezione materna fondata sulla prova del DNA, che realizza il principio di corrispondenza della verità legale alla verità biologica della generazione.

Non sembra parimenti fondata l'argomentazione per cui la mancata trascrizione dell'atto di nascita all'estero, da cui deriva l'inconoscibilità della genitura, non porrebbe questione alcuna rispetto alla perdita della responsabilità genitoriale dei committenti, in quanto «la responsabilità genitoriale nei confronti del piccolo (...) non è stata mai assunta dai ricorrenti, non avendo gli stessi mai assunto la qualità di genitori». Al contrario, l'automatismo in questione è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio in ossequio alla necessaria considerazione dell'interesse superiore del figlio⁶⁷ che fonda la conservazione dello stato corrispondente alla sua vita familiare in atto, principio e dichiarata incostituzionalità che la cennata interpretazione vanifica rispetto alla maternità surrogata.

2002, p. 1353 ss., con nota di G. VECCHIO, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; v. anche C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *Rassegna Giuridica Sarda*, 2003, p. 851 ss. In particolare, secondo la Corte, dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», in violazione del «diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali». In termini conformi v. Corte Cost. 10-2-2006, n. 50, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, p. 172 ss.

⁶⁵ Sulla novella delle azioni di stato cfr. M. SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 458 ss.

⁶⁶ Nel corso del processo, il Tribunale per i minorenni, nominato un curatore speciale per il minore, ne aveva disposto l'affidamento ai servizi sociali «con collocazione presso gli apparenti genitori».

⁶⁷ Corte Cost., 23-1-2012, n. 31, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 569 ss.; in *Foro italiano*, 2012, I, c. 1992 ss.; in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 437 ss., con nota di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 364 ss., con nota di Man. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Diritto penale e processo*, 2012, p. 415 ss.

6. Surrogazione di maternità con ovidonazione anonima

La gestazione per altri con donazione di gameti femminili da una terza donna, che non sia né la portatrice né madre sociale, introduce rispetto allo *status* del nato interrogativi diversi, anche a prescindere dalla discussa abrogazione della sanzione penale. Rispetto a quest'ultima, si evidenzia peraltro una disparità di trattamento in ragione della disponibilità di risorse economiche adeguate alla realizzazione della pratica fuori dai confini nazionali, alla luce del più recente arresto della massima giurisdizione penale, in accordo con quella di merito⁶⁸, per cui non costituisce reato il fatto commesso all'estero, e la domanda di trascrizione dell'atto di nascita senza menzione della gestazione per altri non integra neppure i presupposti per l'alterazione dello stato civile (art. 567 c.p.) e le false attestazioni al pubblico ufficiale (Art. 495 c.p.).

La radicalizzazione del dissenso sulla compatibilità della gestazione per altri con i principi fondamentali di tutela della dignità femminile e rispetto della libera determinazione della donna, e le differenti opzioni circa la liceità della sua forma solidaristica piuttosto che di quella in cui sia previsto un corrispettivo o un rimborso delle spese e delle perdite conseguenti all'astensione dal lavoro per la gravidanza⁶⁹, continuano ad esporre tutti i soggetti coinvolti, ed in particolare il nato, alla medesima incertezza degli orientamenti interpretativi che venne segnalata con riguardo al consenso all'inseminazione eterologa, quando si discuteva della sua sanzione penale⁷⁰. Incertezza foriera di gravissimi danni all'identità personale del figlio, costretto a veder convivere due rappresentazioni di sé contrastanti: quella sociale, coincidente con l'affettività verso le figure genitoriali di riferimento, e quella legale in cui almeno uno di questi adulti non è genitore, o nella peggiore delle ipotesi nessuno di essi, con conseguente possibilità di adozione.

La tesi che nega il riconoscimento dell'atto estero di nascita da maternità surrogata si fonda sul principio di indisponibilità degli *status*, assistito dalla ricordata sanzione penale *ex art.* 567 c.p. Tuttavia, abbiamo visto che il reato è escluso nella domanda di riconoscimento e trascrizione nei registri civili, non avendo nessuna incidenza sul titolo che costituisce lo stato, e comunque tutela il *best interest* del minore a conservarne gli effetti e la vita familiare in atto, a prescindere dal divieto nazionale di surrogazione e dalla sua affermata natura di principio di ordine pubblico. Lo *status*, infatti, si è già costituito per effetto del titolo estero, e la sua trascrizione nei registri dello stato civile italiano svolge esclusivamente la funzione di documentazione dello «stato della persona fisica, comprendendo in es-

⁶⁸ Cass. pen. 5-4-2016, n. 13525, cit.; per i giudici di merito v. almeno Trib. Milano, sez. V pen., 15-10-2013, 13-1-2014, in www.diritto penale contemporaneo.it (ultima consultazione 15/4/2016); Trib. Trieste, GIP, 4-10-2013, in *Banca dati Iusexplorer*; Trib. Trieste, GUP, 6-6-2013, in www.biodiritto.org (ultima consultazione il 13/04/2016), su cui M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANO, *Diritto penale, parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441 ss.

⁶⁹ Cfr. sul rapporto col divieto di cui all'art. 5 c.c. e con riferimento alla affinità con l'attività di lavoro per altri, F. PROSPERI, *La gestazione nell'interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis*, in A. GRAZIANI, I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, p. 146 ss.

⁷⁰ U. MAJELLO, *Inseminazione artificiale e adozione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1964, p. 489 ss., rispetto al quale ricorda L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 378, l'aver evidenziato «l'autoresponsabilità che l'uomo assume con il consenso all'inseminazione. Il consenso, a parere dell'A., comporta la perdita del potere di adire per il disconoscimento, anche rispetto a rapporti in cui è da escludere la libera disponibilità delle parti, in considerazione del fatto che "la rilevanza giuridica della volontà individuale non sempre è proiezione di un potere negoziale"».

so anche la esistenza stessa del soggetto, che ne è un evidente presupposto»⁷¹, allo scopo di «conservare la memoria della nascita, del matrimonio e della morte, atti supremi della vita civile»⁷², nonché di «pubblicità e prova dei fatti registrati», in termini di certezza pubblica, o di verità intrinseca⁷³, con funzione probatoria⁷⁴.

In ipotesi di estraneità genetica del nato tanto alla gestante che alla madre sociale, la tutela del figlio e la responsabilità ex art. 30 Cost. della donna che, col proprio assenso ha consentito l'avvio delle tecniche di surrogazione in questione si è assunta il peso delle loro conseguenze, possono realizzarsi attribuendo la maternità a costei, in applicazione della regola dettata per il padre dall'art.8 della l. n. 40 del 2004 imperniata sul divieto di *venire contra factum proprium*⁷⁵, che fonda la responsabilità genitoriale sul consenso e si riverbera nel difetto di legittimazione al giudicato demolitorio dello stato, fissato dal successivo art. 9 comma 1⁷⁶. Tale regola esprime l'irrilevanza del ripensamento rispetto alla manifestazione di volontà, espressa o tacita, e al tempo stesso protegge l'interesse del figlio alla conservazione dello stato inveridico, su cui si fonda tutto il sistema dell'accertamento della filiazione, ivi compreso il ricordato regime della decadenza dei legittimati diversi dalle azioni negatorie nella procreazione fisiologica⁷⁷. Rispetto all'azione di costoro, tanto la legislazione sulla procreazione medica che il codice riformato nel 2012-2013 dimostrano infatti l'incondizionata preferenza per la stabilità rispetto alla veridicità, quando lo stato inveridico risulti coerente con la consolidata affettività. Le due tipologie procreative si distinguono, dunque, solo per il momento nel quale si cristallizza l'intangibilità dello stato: tale *dies* nella p.m.a. coincide con la nascita conseguente al consenso

⁷¹ L. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, artt. 449-455, in *Commentario al cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna- Roma, 1973, p. 14.

⁷² V. NAPOLITANI, *Degli atti dello stato civile*, Napoli, 1860, p. 27, ove anche numerosi riferimenti storici.

⁷³ Discute di funzione fidefaciente, rispetto alla posizione del soggetto rispetto alle comunità necessarie dello Stato e alla famiglia, M.C. ANDRINI, *Atti dello stato civile*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 4, Tomo 3, Torino, 1997, p. 979 ss.; A. ATTARDI, voce *Atti dello stato civile*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 94, limita all'ufficiale dello stato civile la rilevanza delle risultanze dei registri, per l'attestazione dello *status* di figlio; il riferimento alla «verità intrinseca» è di L. BALESTRA, E. BOLONDI, *Degli atti dello stato civile. Sub. Artt. 449-455*, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, p. 592.

⁷⁴ Cfr., a proposito della precostituzione della prova dei fatti che incidono sullo stato civile delle persone, A. CERINO CANOVA, *Degli atti dello stato civile*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia Cian, Oppo, Trabucchi*, vol. IV, Padova, 1992, p. 679 ss.; G. BAUDRY-LACANTINERIE, P. D. LOYNES, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile. Delle persone*, V, trad. it., Milano, 1923, p. 2; G. PIOLA, *Degli atti dello stato civile*, in P. FIORE *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, II, *Delle persone*, VI, Napoli, 1900, p. 204. Sull'efficacia dell'atto di nascita v., per una sintesi, AA.VV., *Le controversie in materia di filiazione*, Torino, 2010, p. 60 s.

⁷⁵ Cfr. A. SASSI, *Azioni di stato*, cit., p. 317.

⁷⁶ C. CASINI, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*. *Commento*, Torino, 2004, p. 156 ss.; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 79 ss.

⁷⁷ Rilevava L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 395, già prima della riforma degli *status* di filiazione, dall'esame degli automatismi che accompagnano la formazione dell'atto di nascita nella filiazione legittima, dei limiti di tempo e della legittimazione all'azione negatoria fondata sulla mancata corrispondenza tra verità biologica e verità legale, che «emergono, pertanto, con immediata chiarezza, un principio di verità, un principio di responsabilità, un principio di stabilità, tutti finalizzati all'interesse del minore, interesse che, peraltro, impone la rapidità e una, conseguente, necessitata fiducia nella lealtà delle dichiarazioni». Sul punto v. di recente A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 17 ss.; S. STEFANELLI, *Caratteri e funzioni dello stato*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S STEFANELLI, *op. cit.*, p. 53 ss.; ID., *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., p. 133 ss.

all'eterologa, in cui si esprime l'adesione alla formazione di un titolo dello stato non corrispondente alla verità della generazione ai sensi degli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004; nella fecondazione secondo natura consegue allo spirare del termine ultimo quinquennale dalla nascita o dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita di cui agli artt. 244, comma 5, e 263, comma 3, c.c., pur nell'ignoranza dell'inveridicità biologica.

Argomenti a sostegno di tale opinione possono trarsi dalla motivazione della pronuncia che della disposizione dell'art. 9 l. n. 40 del 2004 costituisce l'antecedente storico e logico⁷⁸, la quale esclude l'esperibilità del disconoscimento di paternità nei confronti del nato da inseminazione artificiale eterologa, proprio in ragione dell'estraneità della procreazione con ausili medicali alla disciplina codicistica, che impernia gli elementi fondanti lo stato di matrimonialità sul parto e sulla presunzione di paternità del marito perché presuppone implicitamente che l'incompatibilità genetica possa conseguire esclusivamente all'adulterio.

Negli stessi termini, la committente che intendesse sottrarsi agli obblighi nei confronti del nato, a sé geneticamente estraneo, adducendo di non averlo partorito, vi resterebbe dunque legata dal consenso originariamente espresso, senza possibilità di ripensamento, a tutela del diritto del figlio di cui all'art. 30 Cost.: ciò rileva, all'evidenza, specialmente allorquando neppure la partoriente intenda costituirgli lo stato nei propri confronti.

In contrario si obietta che l'omessa previsione nella l. n. 40 del 2004 di una coerente regola sull'attribuzione della maternità, a fronte della disciplinava della paternità nel divieto della fecondazione eterologa, consegue all'implicito rinvio all'operatività del principio codicistico di maternità della partoriente⁷⁹. Un'opinione originale propone, infine, di attribuire la maternità a quella donna cui facciano capo almeno due degli elementi costitutivi della generazione: la volontà, il contributo genetico alla procreazione e quello dato attraverso la gestazione ed il parto⁸⁰.

Mentre sembra arduo desumere dal silenzio del legislatore un'opzione contraria a quella dettata per il padre, il principio di parità di trattamento ci sembra determinante nel fondare la responsabilità della donna, come quella dell'uomo, sulla scelta. Ciò non esclude comunque, nella gestazione per altri con ovodonazione anonima, l'azione demolitoria del figlio, fondata sulla prova dell'inveridicità. Gli resterebbe invece preclusa l'azione di accertamento positivo verso la donatrice, in ragione dell'art. 9, comma 3, l. n. 40 del 2004.

⁷⁸ Corte Cost. 22-9-1998, n. 347, cit.

⁷⁹ U. SALANITRO, *Art. 9 Legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia. Leggi collegate*, nel *Commentario del codice civile Gabrielli*, Torino, 2010, p. 576 s.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, 2004, p. 162; T. AULETTA, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina della costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del seminario giuridico*, V, Milano, 2005 p. 493; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004, p. 194; A. RENDA, *op. cit.*, p. 170, nt. 107; M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in ID. (a cura di), *Codice della famiglia*, cit., p. 3161; F. SCIA, *Procreazione assistita e status del generato*, Napoli, 2010, p. 263, p. 281 ss. . Nello stesso senso dell'esclusione dell'operatività del principio di auto responsabilità per la madre, prima della l. n. 40 del 2004, P. RESCIGNO, *Note sul tema della procreazione artificiale*, in *Foro napoletano*, 1995, p. 233 ss.; così anche F. CASAVOLA, *Tecniche di riproduzione artificiale: proposte legislative e valori costituzionali*, *ibidem*, p. 249 ss., per la prevalenza della gestazione sulla fecondazione in ragione del più intenso legame tra partoriente e feto.

⁸⁰ G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, p. 76 ss.

Del resto, l'adesione alla opposta tesi condurrebbe a conseguenze irragionevoli. Lo stato si costituirebbe contro la gestante, in difetto di suo atto di autoresponsabilità, attraverso la dichiarazione giudiziale di maternità fondata sul parto, ex art. 269 comma 3 c.c., ma in detto giudizio la donna potrebbe paralizzare l'azione provando il difetto di discendenza genetica. Per altro verso, il titolo formato all'estero nei confronti della donna committente non sarebbe trascrivibile, perché contrario all'ordine pubblico. Inevitabilmente ne deriverebbe la dichiarazione di adottabilità del bambino, non constandogli genitori, sebbene vi sia una donna che di lui intende prendersi cura, ed alla cui originaria scelta è conseguita la sua nascita da madre surrogata. E' indubitabile che così facendo i committenti abbiano inteso eludere la disciplina dell'adozione, e che la costituzione dello stato nei loro confronti equivarebbe ad avallarne l'illecito, ma la ricordata giurisprudenza sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ha chiaramente insegnato che il margine di apprezzamento e la discrezionalità dello Stato, circa le limitazioni che possono essere imposte alla protezione del diritto alla vita privata e familiare, si restringono notevolmente quando l'identità personale del figlio viene compromessa in un aspetto essenziale a causa della mancata trascrizione, nel Paese in cui la surrogazione è vietata, dell'atto di nascita formato nel Paese ove tale pratica è legale⁸¹.

Nella maggioranza dei casi la nascita è fortemente voluta dalla committente, quale coronamento di un progetto procreativo al quale è stata necessaria la collaborazione dell'altra donna, e di regola solo la madre sociale reclama diritti sul nato, concretamente domandando la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita formato all'estero.

Il quadro può tuttavia complicarsi allorché, nell'immediatezza del parto, la puerpera vuole costituirsi la maternità sul nato, venendo meno agli impegni assunti con l'accordo, illecito per contrarietà all'art. 12 della l. n. 40 del 2004. Entrambe le donne reclamano la maternità, la portatrice che non intende dare esecuzione all'accordo e la madre sociale che ne domanda l'attuazione.

La puerpera si trova nelle condizioni di potersi costituire il titolo della filiazione semplicemente riconoscendo il figlio come non matrimoniale, o altrimenti, se è coniugata, effettuando la dichiarazione di nascita in matrimonio, perché dispone della attestazione di assistenza al parto o di constatazione di avvenuto parto, di cui all'art. 30 del DPR n. 396 del 2000, che contiene le indicazioni delle di lei generalità.

L'attuale sistema dei titoli costitutivi⁸² comporta tuttavia differenze fondamentali tra le due ipotesi.

Lo stato di figlio non matrimoniale resterebbe esposto all'azione di impugnazione per inveridicità non solo del figlio ma anche di qualsiasi interessato, a norma dell'art. 263 comma 1 c.c., ed il giudizio sarebbe retto dalla prova dell'incompatibilità genetica. Discutibile è l'interesse all'azione della madre

⁸¹ Cfr. Trib. Min. Roma 23-12-2015, cit., che con riferimento a Corte EDU 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., e Id., 26-6-2014 *Menesson c. Francia*, cit., e *Labassé c. Francia*, ric. n. 65941/11, scrive «i Giudici di Strasburgo, quindi, antepongono ad ogni valutazione circa l'eventuale ricorso a metodi alternativi di procreazione, praticati all'estero da cittadini di Paesi che non consentono di avvalersi di simili tecniche, la necessità di salvaguardare il primario interesse del minore a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio status di figlio o di figlia di una coppia di genitori omosessuali. La Corte ha osservato, infatti, che i bambini generati con ricorso a maternità surrogata sono soggetti ad uno stato assoluto di incertezza giuridica, ove il loro Stato non riconosca la loro identità al suo interno, privandoli ingiustificatamente della figura genitoriale di riferimento e mettendoli nella condizione di fornire una duplice rappresentazione di sé, calida in un caso solo socialmente e nell'altro solo legalmente».

⁸² Cfr. S. STEFANELLI, *Gradi di accertamento e titoli costitutivi*, cit., p. 191 ss.

sociale, che reclaims il proprio diritto sul nato: costei non potrebbe ottenere l'accertamento della propria maternità per l'identico difetto di continuità genetica, ma a risultati opposti conduce l'accoglimento del principio per cui la maternità consegue alla scelta, espressa nel momento del consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita con surrogazione di maternità. Ove, invece, la partoriente avesse costituito al nato lo *status* di suo figlio matrimoniale, è certo che la legittimazione all'azione negatoria sia preclusa alla committente, perché limitata ai sensi dell'art. 243 *bis* comma 1: quindi, spirati i termini per l'azione del marito, gli effetti della dichiarazione resterebbero intangibili fino a che, eventualmente, il figlio non proponga la domanda.

Ne emerge⁸³ l'incoerenza nel sistema, asseritamente unitario, degli *status filiationis* al cui rimedio sembra imprescindibile un intervento legislativo, che attui in termini unitari il bilanciamento dei valori potenzialmente confliggenti di verità dello *status*, stabilità e tutela dell'affettività⁸⁴. Allo stato attuale, la soluzione sembra potersi rintracciare nell'apprezzamento dell'interesse superiore del minore, che in astratto è quello di conservare lo *status* corrispondente alla consolidata affettività, anche in attuazione della protezione dei legami familiari di fatto di cui è testimonianza nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lasciando in ogni caso a lui la decisione ultima di rimuoverlo, secondo la disciplina ordinaria delle azioni di stato⁸⁵. Il giudice interessato dalla madre sociale delle due domande di demolizione dello stato spettante al nato e costituzione del vincolo nei propri confronti, dovrebbe tuttavia parametrare l'apprezzamento dell'interesse al caso concreto, valutando l'eventuale condizione di abbandono morale e materiale in cui versò il bambino, di cui partoriente si disinteressa, e le condizioni di vita che gli offre la donna che con la propria decisione ha permesso che venisse al mondo, anche in considerazione di legami significativi nel frattempo intrecciati con il bambino.

Ancora una volta la disciplina pubblicistica dell'adozione di minori potrebbe risultarne aggirata, ma ne uscirebbe valorizzato l'interesse del minore alla conservazione dell'affettività che è il valore prioritario secondo i giudici di Strasburgo, di recente espresso con riguardo agli affidamenti legittimi dalla novella dettata con l. 19-10-2015, n. 173. Si eviterebbe, soprattutto, di far pagare al minore, con l'interruzione dei rapporti, l'affidamento preadottivo e l'adozione da parte di diversa e sconosciuta coppia genitoriale, il prezzo delle scelte altrui. È l'apprezzamento dell'interesse superiore del minore a consentire di interrompere il circolo vizioso fondato esclusivamente sull'intento sanzionatorio che, attraverso l'insensibilità rispetto alla maturata affettività, ha condotto la stessa Cassazione alle decisioni violative dell'art. 8 della Convenzione EDU.

⁸³ Cfr. almeno L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, p. 201 ss.; S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (II parte)*, cit., p. 392 ss.

⁸⁴ M. SESTA, *Filiazione (diritto civile)*, cit., p. 462 s., evidenzia che una ulteriore disparità si realizzerebbe nelle azioni di contestazione di parto e supposizione di parto, rispetto al figlio riconosciuto come non matrimoniale, qualora si ritenessero applicabili solo alla filiazione in matrimonio, mentre in quella non matrimoniale sarebbe esperibile solo l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.; tale azione resterebbe preclusa allo spirare del termine di cinque anni dal riconoscimento, mentre la maternità e la paternità sarebbero contestabili in qualsiasi tempo rispetto al figlio matrimoniale.

⁸⁵ A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, cit., spec. p. 6.

7. Interesse del minore e iniziativa del pubblico ministero nelle azioni di stato

Necessita, infine, indagare se, a norma degli artt. 78 e 79 c.p.c., il pubblico ministero che abbia notizia dell'inveridicità dello stato costituito al minore dall'atto di nascita da gestazione per altri formato all'estero, trascritto in Italia in ragione della tracciata interpretazione, possa formulare istanza per la nomina di un curatore speciale che eserciti, nell'interesse del minore, le descritte azioni contro i genitori, nell'evidente conflitto con costoro, istituto che esprime un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace⁸⁶. Sarebbe questa la via attraverso cui superare la cennata disparità di legittimazione alle azioni previste per la filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, oltre a consentire di rimuovere lo stato non corrispondente alla verità biologica anche prima che il figlio raggiunga la maggiore età (art. 244 comma 5, art. 263 c.c.).

La nomina del curatore speciale postula l'apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore alla rimozione dello stato⁸⁷, interesse che difetta, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, quando «risulti un interesse del minore contrario alla privazione dello stato di figlio legittimo o, rispettivamente, all'assunzione dello stato di figlio naturale nei confronti di colui contro il quale si intende promuovere l'azione: interesse che dovrà essere apprezzato dal giudice soprattutto in funzione dell'esigenza di evitare che l'eventuale mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicare gli equilibri affettivi e l'educazione. In questo caso la decisione deve essere lasciata allo stesso figlio quando avrà compiuto i sedici anni»⁸⁸.

Parificati gli *status filiationis*, tali considerazioni si possono estendere alla privazione dello stato di figlio non matrimoniale. Anche in tal senso, dunque, si impone la conservazione dello stato nei confronti della madre che ha riconosciuto o dichiarato il bambino come proprio, ovvero della donna indicata come madre nell'atto di nascita formato all'estero, e che si prende di lui cura, almeno fino a quando il figlio abbia raggiunto una capacità di discernimento sufficiente per ponderare la rispondenza ai propri interessi dell'azione negatoria della maternità, fondata sulla discendenza.

⁸⁶ Corte Cost., 11-03-2011, n. 83, in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1289 ss.

⁸⁷ Cass. civ., 05-01-1994, n. 71, in *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1994.

⁸⁸ Corte Cost. 27-11-1991, n. 429, in *Foro Italiano*, 1992, I, c. 2908 ss.; in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, c. 385 ss., con nota di M. D'AMICO, *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo «a quo») ad intervenire nel giudizio costituzionale*.