

Non desiderare i figli d'altri?*
(nota a Tribunale Civile di Roma, ordinanza 8 agosto 2014, Giud. S. Albano).

di Luigi D'Angelo**

Sommario: 1) Premessa: 2) Spunti di riflessione: principio di autodeterminazione e conflitto tra maternità gestazionale e maternità genetica.

1. Premessa

Il provvedimento in commento ha statuito riguardo ad una vicenda del tutto peculiare nell'attuale panorama giuridico ma che non può escludersi possa nuovamente riproporsi nelle aule giudiziarie alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale 9 aprile-10 giugno 2014 n. 162 che, come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei precetti legislativi contemplanti il divieto della c.d. fecondazione eterologa e contenuti nella legge 19 febbraio 2004 n. 40 recante "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*"¹.

Nel caso di specie, infatti, per un errore della struttura sanitaria, si è posta in essere una tecnica di fecondazione eterologa conseguente ad uno scambio di embrioni in vitro generati con gli ovociti ed il seme di due coppie che, invero, si erano rivolte all'ente ospedaliero in ragione di problematiche riproduttive ed al fine specifico di realizzare un "progetto di maternità" mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita (PRA) di tipo omologo.

Per un fatale errore umano, tuttavia, i due embrioni formati con il patrimonio genetico delle coppie sono stati impiantati nell'utero "sbagliato" con la conseguenza che si è prodotta una gravidanza - non essendo andato a buon fine l'altro erroneo impianto - giunta a termine con la nascita di due gemelli geneticamente appartenenti, appunto, all'altra coppia.

Di qui, semplificando, la necessità per il giudicante di bilanciare due interessi in conflitto nell'ottica altresì della tutela dei minori: quello manifestato della madre partoriente e dal rispettivo coniuge di essere considerati genitori dei nati ad ogni effetto di legge e quello manifestato dall'altra coppia di vedersi riconsegnati i bambini - o comunque di instaurare con i medesimi un rapporto affettivo anche mediante il riconoscimento di un "diritto di visita" - in quanto, appunto, genitori genetici.

Il Tribunale di Roma, all'esito di un dotto ma non condivisibile percorso argomentativo tracciato sulla scorta delle norme del codice civile in materia di filiazione per come anche recentemente modificate nonché esaltando la centralità dell'interesse del minore, ha statuito circa il carattere recessivo della verità genetica rispetto alla verità "naturale" (la gestazione) affermando che "*Il legislatore ha accolto il principio in base al quale la tutela*

*La nota è pubblicata anche in *Persona e danno*.

¹ Per una ricostruzione delle vicende e delle ragioni che hanno portato a sollevare la questione di costituzionalità, RAPISARDA, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 10, 912; D'AMICO, *La fecondazione eterologa ritorna davanti la Corte Costituzionale*, in *Corr. Giur.*, 2013, 6, 745.

del diritto allo status ed alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica”.

Soggiunge l’ordinanza che *“Il diritto della personalità costituito dal diritto all’identità appare sempre più sganciato dalla verità genetica della procreazione e sempre più legato al mondo degli affetti ed al vissuto della persona cresciuta ed accolta all’interno di una famiglia”.*

Per l’effetto, pertanto, è stato rigettato il ricorso d’urgenza dei genitori genetici come anche le loro istanze circa la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale delle vigenti norme del codice civile in materia di filiazione nella parte in cui non consentono un’azione diretta a “invalidare” lo status acquisito dai due gemelli con la nascita.

Sul punto si legge nell’ordinanza che *“...riconoscendo la prevalenza della madre genetica e quindi ritenendo rilevante la questione di costituzionalità sollevata, si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all’intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante”.*

I precetti ordinamentali che hanno portato il Tribunale a ritenere prevalenti, nella prospettiva della instaurazione del rapporto di filiazione, gli interessi della donna partoriente e del rispettivo coniuge rispetto all’interesse vantato dalla coppia ricorrente circa il ripristino della filiazione/verità genetica, sono stati individuati, tra l’altro, negli artt. 269, comma 3, c.c. e 231 c.c..

Osserva il giudicante, infatti, che *“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 ... **Non può negarsi, quindi, la volontà del legislatore, molto recente, di mantenere quale principio cardine dell’ordinamento la maternità naturale legata al fatto storico del parto”.***

Parimenti, evidenzia il Tribunale *“Nel caso in cui la donna gestante, unita in matrimonio, dichiara nell’atto di nascita il figlio come nato durante il matrimonio, il marito ne diviene il padre legale (art. 231 c.c., come modificato dal D.Lgs n. 154/2013 che ha soppresso l’inciso “concepito” durante il matrimonio). Peraltro, in presenza dello status di figlio di altra persona (il marito della donna gestante), il padre genetico non può promuovere l’azione di disconoscimento...”*

Da tali dati positivi che assegnano prevalenza alla maternità gestazionale - rispetto a quella genetica - il Tribunale sviluppa ulteriormente le proprie argomentazioni facendo

discendere dai precetti codicistici citati un *favor* ordinamentale, non esclusivamente di fonte interna, riguardo la stabilità dei rapporti familiari affettivi: si evidenzia in fatti che *“Tutte le più recenti pronunce dei giudici interni o europei che si sono trovate a dover dirimere interessi in conflitto relativi al rapporto di filiazione, sono fondate sulla valutazione del dato concreto del legame affettivo familiare ed hanno come punto di riferimento l’interesse del minore (secondo quanto stabilito dalla Convenzione sui diritti dell’Infanzia approvata dalle Nazioni Unite il 20.11.1989 e ratificata in Italia dalla L. n. 176/91) ed il principio di “autoresponsabilità” che deve sottendere al rapporto genitoriale, che trova il proprio fondamento nell’obbligo di solidarietà sancito dall’art. 2 della Costituzione, mettendo, quindi, seriamente in discussione il principio del carattere necessariamente biologico o genetico del rapporto di filiazione”*.

Sembra tuttavia - e qui si appuntano gli elementi di criticità della decisione in commento - che il vigente dato positivo per come anche interpretato dalle pronunzie pretorie richiamate dal giudice romano, intanto può portare a privilegiare, nell’ottica del consolidamento del rapporto di filiazione, la verità biologica (ovvero la maternità gestazionale) rispetto alla verità genetica in quanto, a monte, siano comunque rispettati poziori interessi costituzionalmente garantiti e, segnatamente, il diritto ex art. 2 Cost. alla autodeterminazione della persona (nella specie, quello dei genitori genetici) circa le sorti del rispettivo e personalissimo patrimonio genetico.

2. Spunti di riflessione: principio di autodeterminazione e conflitto tra maternità gestazionale e maternità genetica.

Procedendo con ordine occorre menzionare talune fondamentali disposizioni di cui alla legge 19 febbraio 2004 n. 40 da leggere, peraltro, anche alla luce della sentenza della Consulta n. 162/2014 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Si tratta dell’art. 8, rubricato *“Stato giuridico del nato”* e dell’art. 9, rubricato *“Divieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre”*.

Ai sensi della prima disposizione *“I nati a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime...”*; ovviamente per effetto della menzionata sentenza della Consulta n. 162/2014 il riferimento testuale alle *“tecniche di procreazione medicalmente assistita”* deve essere oggi inteso come riferito anche alle tecniche di PRA di tipo eterologo².

² In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza 9 aprile-10 giugno 2014 n. 162 laddove al punto 11.1. afferma che *“La constatazione che l’art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai «nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in considerazione della genericità di quest’ultima locuzione e dell’essere la PMA di tipo eterologo una species del genus, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest’ultima tecnica «hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime»”*.

Il secondo citato precetto (art. 9) recita al comma 3 che *“In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo ... il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto...”*.

Orbene, il caso specifico portato alla cognizione del Tribunale di Roma vedeva in concreto realizzata una procreazione medicalmente assistita sicuramente non di tipo “omologo” bensì di tipo “eterologo” seppure giustamente definita dalla decisione in nota come una fecondazione *“eterologa da errore”* essendo invero la finalità delle due coppie, rivoltesi alla struttura sanitaria, quella di effettuare una fecondazione “omologa”.

Ecco allora che nella specie viene in rilievo una fondamentale distinzione tra una fecondazione eterologa “consensuale” - quella oggetto di considerazione da parte della legge 19 febbraio 2004 n. 40 - ed una fecondazione eterologa “da errore”, propria del caso affrontato dal provvedimento in commento, laddove comunque si è posta in essere una tecnica di procreazione medicalmente assistita che della fecondazione eterologa, sul piano oggettivo, ha tutti i requisiti: provenire il materiale genetico impiantato nell’utero della donna da soggetti “esterni” alla coppia.

Se detta premessa appare corretta ne deve discendere, per l’effetto, l’inapplicabilità al caso di specie dei due precetti della legge n. 40 sopra richiamati che, sulla falsa riga di quanto previsto dalle norme del codice civile, assegnano prevalenza, quanto all’instaurazione del rapporto di filiazione, all’interesse della madre gestazionale (e rispettivo coniuge) rispetto all’interesse del genitore genetico (involontario “donatore”).

Quello che si intende sottolineare è che la legge n. 40, anche per come ad oggi vigente a seguito degli interventi della Consulta, ha in effetti *ab initio* preso posizione sui possibili conflitti tra genitori naturali e genitori genetici, risolvendo gli stessi nell’ottica di un necessario bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti³.

Sicuramente tale è la disposizione di cui all’art. 9, comma 3, ai sensi della quale *“In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto...”*: qui il conflitto in argomento è risolto dal legislatore “a monte” disconoscendosi, in linea peraltro con le norme del codice civile in materia di filiazione, ogni diritto sul nato in capo al genitore genetico/donatore.

Allo stesso modo il conflitto viene risolto dall’altra disposizione sopra richiamata ovvero dall’art. 8 ai sensi della quale *“I nati a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime...”*; poiché detta disposizione trova applicazione anche per i casi di PRA eterologa, ciò per effetto della citata sentenza della Consulta n. 162/2014, la norma *de qua* anch’essa assume una valenza risolutiva di eventuali conflitti tra genitori naturali e genitori genetici, assegnandosi

³ Recita l’art. 1 della legge 19 febbraio 2004 n. 40: *“Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”*.

prevalenza, quanto alla instaurazione del rapporto di filiazione, ai primi (sempre in linea con le disposizioni del codice civile).

Ciò che però non deve sfuggire all'interprete è che dette norme di bilanciamento per le ipotesi di un eventuale conflitto di interessi tra i genitori naturali e i genitori genetici/donatori, subordinano il prevalere delle istanze dei primi sui secondi e dunque la radicazione del rapporto di filiazione, al sussistere, sempre e comunque, del consenso preventivo di quest'ultimi.

Nella misura in cui l'art. 9, comma 3⁴, pone il principio per cui *“In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto...”* il legislatore ha appunto presupposto l'esistenza di un “donatore” ovvero di un soggetto che presta un espresso consenso alla preventiva rinuncia, in favore di terzi, del rispettivo patrimonio genetico.

Lo stesso art. 8, per come innovato quanto ad ambito di applicazione ovvero come riferibile anche alla fecondazione eterologa, fonda sul consenso di tutte le parti coinvolte l'operare della regola di prevalenza della maternità gestazionale (a scapito di quella genetica): non basta cioè soltanto il consenso della coppia che decide di ricorrere alla fecondazione eterologa ma occorre anche quello del soggetto o dei soggetti “donatori”.

In altri termini i precetti della legge n. 40 parrebbero aver inverato sul piano del diritto positivo uno dei postulati del principio di autodeterminazione della persona nel campo del diritto ad abdicare al proprio patrimonio genetico: soltanto a fronte di un consenso validamente prestato potranno operare le regole, di rango legislativo, circa la prevalenza della verità naturale su quella genetica⁵, ciò con i conseguenti effetti circa il radicamento del rapporto di filiazione.

Non si intende ragionare in un'ottica “proprietaria” ma deve pur tenersi a mente che alla luce delle indicate disposizioni della legge n. 40 parrebbe essere sempre e soltanto il consenso di tutte le parti coinvolte - anche in tema di fecondazione eterologa che presuppone appunto un “donatore” - a costituire il presupposto dell'operare le regole positive disciplinanti il conflitto tra genitore naturale e genitore genetico in punto di instaurazione del rapporto di filiazione.

In sintesi, da una lettura *a contrario* della norma fondamentale di cui all'art. 9, comma 3, legge n. 40, discende che in assenza di un consenso validamente prestato ovvero in assenza di un soggetto “donatore” *rectius* in assenza di un suo preventivo atto abdicativo del rispettivo patrimonio genetico, è quest'ultimo che appare legittimato ad acquisire con il

4 Disposizione in parte dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Consulta n. 162/2014 limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3».

5 Anche la Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 162/2014 opera un diretto riferimento al principio di autodeterminazione nella materia *de qua*: si legge al punto 6) che *“Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”*

nato una relazione giuridica parentale e far valere nei suoi confronti i relativi diritti che, appunto, non possono che essere quelli previsti dalla norme in materia di filiazione.

In via interpretativa parrebbe dunque potersi enucleare il seguente principio discendente dalle richiamate disposizioni della legge n. 40: il titolare del patrimonio genetico che non abbia preventivamente e irrevocabilmente assentito atti dispositivi dello stesso "in favore" di terzi non può essere escluso dal rapporto di filiazione.

Il coordinamento sistematico delle norme della legge n. 40 con quelle codicistiche in materia di filiazione potrebbe allora condurre a soluzione esegetiche del tutto antipodiche rispetto a quella di cui alla decisione in nota.

Fermo restando, peraltro, il prevalere delle disposizioni della legge n. 40, quale legge speciale, rispetto alle norme codicistiche in parte qua.

Si badi, infine, che lo stesso Tribunale di Roma non disconosce la primazia delle manifestazioni di volontà dei soggetti coinvolti nelle ipotesi di avvenuto trasferimento a terzi del proprio materiale genetico.

Al riguardo il giudicante afferma che *"... nelle ipotesi nelle quali si è data rilevanza alla maternità genetica in luogo di quella biologica (v. C.A. Bari e sentenze CEDU citate), si trattava di un contratto che, sebbene vietato dall'ordinamento interno, prevedeva la sussistenza del pieno consenso di tutti i soggetti coinvolti, la madre genetica si era assunta in pieno la responsabilità genitoriale al contrario della madre uterina che aveva consegnato i figli alla nascita e che tale responsabilità non intendeva proprio assumersi"*.

Vero è che il passaggio *de quo* risulta funzionale ad affermare "l'eccezionalità" del prevalere della maternità genetica rispetto a quella naturale; è vero anche, però, che le pronunzie nazionali e sovranazionali richiamate hanno invero fondato detta prevalenza proprio sul mancato consenso dei genitori genetici a "spogliarsi" del rispettivo materiale genetico (come avvenuto nella specie).

Ecco allora che il solo consenso manifestato della madre gestazionale (e rispettivo coniuge) a tenere con sé i nati non pare sufficiente per radicare il rapporto di filiazione tanto più nell'ipotesi di espresso dissenso manifestato dai genitori genetici e ciò in ossequio alla opzione ermeneutica più sopra divisata e fondata sulle disposizioni della legge n. 40.

Insomma e volendo concludere senza alcuna pretesa di neppure approssimativa esaustività pare potersi affermare che il vigente tessuto ordinamentale in materia di instaurazione del rapporto di filiazione non può giammai obliterare la verità genetica salvo un preventivo e irrevocabile atto di "disposizione" del titolare del patrimonio genetico, attestante una volontà abdicativa della persona nel rispetto del principio personalissimo all'autodeterminazione ex art. 2 Cost. come invero dalla legge n. 40.

Da ultimo la decisione in commento appare criticabile anche nella misura in cui ha escluso qualsivoglia "contatto" tra i genitori genetici e i nati e nonostante fosse stata richiesta giudizialmente quantomeno una regolamentazione del "diritto di visita" tale da permettere il

sorgere di un pur minimo legame affettivo: forse proprio la novità della questione ed il suo essere potenzialmente oggetto di contrastanti statuizioni nel prosieguo del percorso giudiziario intrapreso avrebbe resa opportuna una pronunzia non limitata al solo statuire di “non desiderare i figli d’altri”.

**Magistrato della Corte dei conti.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali