

r.g. 30260/2015 Cam.

r.g. 30261/2015 Cam. (riunito)



IL TRIBUNALE DI ROMA

PRIMA SEZIONE CIVILE

riunito in camera di consiglio e composto dai magistrati:

dott.ssa Donatella Galterio	Presidente
dott. Vincenzo Vitalone	Giudice
dott. Riccardo Rosetti	Giudice relatore ed estensore

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., riservato per la decisione all'udienza dell'11 settembre 2015, iscritto al numero 30260/2015 r.g. e proposto da _____ nei confronti di _____ e _____ nonché nei confronti dell'Avv. _____ in qualità di curatrice speciale dei minori _____ ed avverso il provvedimento emesso dal Tribunale ordinario di Roma – prima sezione civile – Giudice dott.ssa Pratesi in data 22.23.4.2015, al quale è stato riunito il procedimento ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., parimenti riservato per la decisione all'udienza dell'11 settembre 2015, iscritto al numero 30261/2015 r.g. e proposto da _____ nei confronti di _____ e _____ nonché nei confronti dell'Avv. _____ in qualità di curatrice speciale dei minori _____ ed avverso il provvedimento emesso dal Tribunale ordinario di Roma – prima sezione civile – Giudice dott.ssa Pratesi in data 22.23.4.2015

Pratesi

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione notificato in data 10.12.2014
proponeva, innanzi al Tribunale de L'Aquila, nei confronti di
e azione di disconoscimento di paternità affermandosi
padre dei gemelli , partoriti da il
2014. Assumeva l'attore che i minori erano frutto dell'incontro dei gameti dello
stesso attore della moglie e che gli embrioni
in questione erano stati impiantati, per un errore – documentato in atti – del
personale medico dell'Ospedale Sandro Pertini di Roma, nell'utero della signora

Con diverso atto di citazione notificato in data 10.12.2014
coniugata con proponeva, innanzi al Tribunale de
L'Aquila, nei confronti di e azione di
disconoscimento di maternità affermandosi madre dei gemelli
partoriti da il 2014. Assumeva l'attrice che i
minori erano frutto dell'incontro dei gameti della stessa attrice
e del marito e che gli embrioni in questione erano stati
impiantati, per un errore – documentato in atti – del personale medico
dell'Ospedale Sandro Pertini di Roma, nell'utero della signora

Si costituivano in entrambi i giudizi i convenuti e
eccependo l'incompetenza territoriale del Tribunale
adito e chiedendo nel merito l'integrale rigetto dell'avversa pretesa.

Con ordinanza del 5.2.2015 il Tribunale de L'Aquila dichiarava la
propria incompetenza quanto ad entrambi i procedimenti, indicando il Tribunale
di Roma quale giudice competente per territorio.

A seguito di atto di riassunzione notificato dagli attori in entrambi i
procedimenti si instaurava il contraddittorio innanzi all'intestato Tribunale;

si costituivano quali convenuti e insistevano per il rigetto di entrambe le domande; il Pubblico Ministero e il curatore speciale nominato per i minori proponevano anch'essi conclusioni per il rigetto delle domande.

In pendenza del giudizio di merito notificavano, in data 26.3.2015, separati ricorsi ex art. 700 c.p.c., chiedendo al Tribunale di Roma di riconoscere loro, in via cautelare e d'urgenza, il diritto di incontrare i propri figli genetici minori al fine di instaurare con gli stessi un rapporto, anche fissando le modalità di esercizio del diritto.

Nel giudizio di merito come nel procedimento cautelare, sollecitava il Giudice adito a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 243-*bis* c.c. per dedotto contrasto con gli articoli 2, 3, 24, 30 Cost. e con l'articolo 117 Cost. in relazione all'articolo 8 CEDU.

Per parte sua nel giudizio di merito come nel procedimento cautelare, sollecitava il Giudice adito a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 269, comma 3, c.c. per dedotto contrasto con gli articoli 2, 24, 30 Cost. e con l'articolo 117 Cost. in relazione all'articolo 8 CEDU.

In entrambi i procedimenti i resistenti in via principale e il Pubblico Ministero e il curatore speciale nominato per i minori chiedevano respingersi l'istanza cautelare.

Con ordinanze depositate in data 22-23.4.2015 il Tribunale di Roma, in persona del Giudice istruttore dott.ssa Pratesi, ritenuta l'insussistenza dei presupposti per sollevare la invocata questione di legittimità costituzionale, svolgeva analoghe argomentazioni e respingeva entrambe le istanze cautelari.

Con distinti reclami depositati in data 7.5.2015 e hanno proposto impugnazione avverso le ordinanze in

questione deducendo:

di aver adito l'Unità operativa fisiopatologia della riproduzione e terapia della sterilità dell'Ospedale Sandro Pertini di Roma per un percorso di fecondazione medicalmente assistita e che gli embrioni creati con i loro gameti erano stati impiantati, per errore riconosciuto del personale medico e agli atti dell'indagine penale già avviata, nell'utero della signora che aveva partorito il 1.2.2014 a L'Aquila i gemelli

che i minori avevano acquisito lo status di figli della partoriente e del marito di questa e come tali erano stati registrati all'Ufficio di Stato civile;

che i minori erano figli genetici dei reclamanti, come indiscutibilmente provato dai risultati dei test del dna effettuati, in sede prenatale, in data 15.4.2014 dall'Unità di genetica medica del Policlinico di Tor Vergata di Roma;

che nel giudizio di merito e nel procedimento cautelare gli attori avevano chiesto al Giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 269, comma terzo, c.c. nonché dell'articolo 243-bis c.c. per il dedotto contrasto con gli articoli 2, 3, 24, 30 Cost. e con l'articolo 117 Cost. in relazione all'articolo 8 CEDU, disponendo in via cautelare per gli incontri dei genitori genetici con i bambini;

che i provvedimenti del Tribunale di Roma, Giudice istruttore dott.ssa Pratesi, nel respingere le istanze cautelari avevano erroneamente escluso la rilevanza dell'eccezione di legittimità costituzionale assumendo come criterio prevalente quello del presunto interesse dei minori a rimanere nel contesto familiare costituitosi con la gestazione e nei primi mesi di vita e che, in senso contrario, dovesse considerarsi prevalente l'interesse dei minori alla verità genetica della propria ascendenza e a crescere nel proprio nucleo familiare e cioè con la coppia che aveva dato luogo al concepimento in via di fecondazione medicalmente assistita; che detto interesse dei minori emergeva con chiarezza

Pratesi

dalla disciplina codicistica dettata per l'azione di disconoscimento di paternità e per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, disciplina informata al principio della verità del rapporto di filiazione, anche per come interpretata dalle pronunce in materia della Corte costituzionale;

che l'interpretazione dell'articolo 269, comma 3, c.c. nel senso di escludere, nella ipotesi di intervenuto scambio di embrioni nell'ambito della fecondazione medicalmente assistita, il disconoscimento di maternità, determinava l'incostituzionalità della norma per contrasto con gli articoli 117 Cost. e 8 Cedu, atteso che la Corte europea aveva affermato, in diversi precedenti, che è "una situazione per la quale una presunzione legale possa prevalere sulla realtà genetica non è compatibile con l'obbligo di garantire il rispetto effettivo della vita privata e familiare";

che l'ordinanza cautelare aveva errato nel ritenere applicabile il principio desumibile dall'articolo 9 della legge 40 del 2004 quanto alla posizione del padre genetico dei minori;

che l'interpretazione dell'articolo 243-bis c.c. nel senso di escludere, nella ipotesi di intervenuto scambio di embrioni nell'ambito della fecondazione medicalmente assistita, la legittimazione attiva del padre genetico all'azione di disconoscimento di paternità, determinava l'incostituzionalità della norma per contrasto con l'articolo 3 Cost. dal momento che, ove la non fosse stata sposata, ben avrebbe potuto il esperire azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c.;

che l'ordinanza cautelare di prime cure era meritevole di riforma nella parte in cui escludeva l'ammissibilità della prospettata questione di legittimità costituzionale sul rilievo della natura non costituzionalmente obbligata della pronuncia rimessa al Giudice delle leggi, trattandosi di una composizione di interessi nell'eventualità rimessa a una diversa e organica disciplina di

AM

competenza del legislatore; in particolare, secondo i reclamanti, dovrebbe essere tutelato – a mezzo della invocata pronuncia della Corte costituzionale - il legame genetico tra la madre e il padre e i loro figli, partoriti da una donna diversa dalla Merulli esclusivamente per un errore medico nell'impianto dell'embrione;

che l'ordinanza cautelare era censurabile, infine, per aver disconosciuto il *periculum in mora* consistente nel perdurare della negazione del rapporto tra i reclamanti e i figli minori, trattandosi per i minori di pregiudizio imminente e irreparabile dal momento che gli stessi avrebbero diritto a conoscere le proprie origini e a sviluppare fin dalla più tenera età il fisiologico rapporto con i genitori genetici.

Tanto dedotto e rilevato concludevano affinché il Tribunale, in composizione collegiale, revocasse l'ordinanza e, previa declaratoria di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 243-bis c.c., nella parte in cui non prevede, nel caso di sostituzione di embrione avvenuto nell'ambito della procedura di fecondazione medicalmente assistita, la legittimazione del padre genetico a proporre azione di disconoscimento della paternità, nonché dell'articolo dell'art. 269, comma 3, c.c., nella parte in cui non prevede, nel caso di sostituzione di embrione avvenuto nell'ambito della procedura di fecondazione medicalmente assistita, la possibilità di effettuare il disconoscimento di maternità, riconoscesse agli stessi reclamanti il diritto di incontrare i propri figli genetici minori al fine di instaurare con essi un rapporto.

i si sono costituiti in entrambi i procedimenti chiedendo il rigetto del reclamo.

Il curatore speciale dei minori ha chiesto in entrambi procedimenti il rigetto del reclamo; analoghe conclusioni ha rassegnato l'Ufficio del Pubblico

ministero.

All'udienza dell'11.9.2015 il Collegio, udita la discussione orale delle parti, ha riservato la decisione.

In via preliminare il Collegio dispone la riunione dei due procedimenti di reclamo, come originatisi dalle diverse istanze cautelari del _____ e della _____ in proposito va rilevato come i provvedimenti gravati, e i relativi atti di impugnazione, abbiano affrontato questioni giuridiche del tutto analoghe, mostrando evidenti profili di connessione oggettiva e soggettiva. Tali profili sono stati di seguito rilevati anche dal Giudice di prime cure che ha disposto la riunione dei procedimenti di merito nell'ambito dei quali si sono sviluppate le due vicende cautelari.

Il Collegio osserva come la cautela invocata dagli odierni reclamanti, consistente nell'avvio di un percorso di incontri con i minori _____ di un anno di età, presupponga, per il suo stesso esplicarsi, la preventiva rimozione, in capo ai bambini, dello stato di figli della _____ che li ha partoriti, e del marito di questa _____ stato acquisito fin dalla nascita come affermato dagli stessi reclamanti. Senza la rimozione di detto stato di filiazione non potrebbe immaginarsi, in capo ai minori, la costituzione dello stato di figli dei reclamanti e non potrebbe nemmeno immaginarsi alcun diritto del _____ e della _____ agli incontri. Ove si consideri che l'azione di disconoscimento di paternità, proposta dal _____ nel giudizio di merito, è ritenuta, per unanime interpretazione dottrina e giurisprudenziale, di natura costitutiva e che analoga natura non potrebbe che attribuirsi alla azione di disconoscimento della maternità che, pur non trovando riscontro nel sistema delle azioni di stato, è stata proposta dalla _____ si può intendere come sorgano seri dubbi circa la percorribilità nella fattispecie della tutela cautelare, trattandosi, in sostanza, di

anticipare in via di urgenza gli effetti di una sentenza, attinente lo stato di figli dei minori, di natura costitutiva e idonea a determinare i suoi effetti con il giudicato.

E, tuttavia, anche a volere superare il rilevato profilo di inammissibilità dell'invocata tutela cautelare, ostano al suo accoglimento le seguenti considerazioni in punto di *fumus boni juris* che il Collegio, pur nei limiti della valutazione sommaria tipica della presente fase processuale, è chiamato ad operare per il più corretto inquadramento della fattispecie.

E' contestato che nella fattispecie con i gameti di _____ e della moglie _____ siano stati ottenuti, mediante fecondazione assistita in vitro, due embrioni che, impiantati per errore del personale medico del centro di riproduzione dell'Ospedale del Sandro Pertini, nell'utero di _____ sono stati da questa sviluppati attraverso una gravidanza gemellare e partoriti con la nascita dei due bambini in data _____.2014.

Per valutare la fondatezza delle spiegate pretese cautelari, tendenti a ottenere l'avvio di una frequentazione con i minori, attraverso argomentazioni in parte diverse ma dirette comunque ad affermare la prevalenza della paternità e della maternità genetiche nel conflitto con gli odierni reclamati, occorre chiedersi in via preliminare quali norme siano idonee a determinare lo stato di filiazione dei due nati, in via materna innanzi tutto e poi in via paterna.

Non può che venire in considerazione, in tale prospettiva, la normativa speciale costituita dalla legge 40 del 19.2.2004 che detta "*norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" e, in particolare, l'articolo 8 della medesima legge che recita: "*1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6*"; l'articolo 6 disciplina il consenso informato

MM

che è dovuto alla coppia che ricorre alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in tutte le fasi della procedura.

Una prima opzione interpretativa potrebbe, allora, condurre a definire, mediante il ricorso al citato articolo 8, lo stato giuridico dei nati fin dal momento della creazione dell'embrione in vitro, prima dell'impianto; lo stato giuridico dei nati rimarrebbe, ovviamente, condizionato all'evento della nascita e tuttavia, in ogni modo, riconducibile alla provenienza genetica dei gameti che hanno contribuito a formare gli embrioni stessi, i genitori dei nati sarebbero da individuarsi nella coppia che ha dato il via - mettendo a disposizione il proprio materiale genetico - al progetto di fecondazione assistita (nella fattispecie i coniugi) da intendersi quale coppia che ha prestato il consenso informato alla fecondazione omologa; per questa via l'errore umano, occorso nella fattispecie con lo scambio delle provette e il successivo impianto degli embrioni nell'utero della , sarebbe da considerarsi inidoneo a interferire con la determinazione dello stato di filiazione dei minori, già assicurato fin dalla formazione degli embrioni dal combinato disposto degli articoli 6 e 8 della legge; la maternità e la paternità sarebbero, in definitiva, quelle determinate in via genetica.

Tale prima alternativa ermeneutica presuppone una considerazione dei citati articoli della legge 40 come idonei a derogare, innanzi tutto quanto alla maternità, alle regole generali codicistiche; il Collegio ritiene, tuttavia, impercorribile il percorso argomentativo sopra ipotizzato per le seguenti ragioni:

L'articolo 8 della legge 40 nel determinare lo stato giuridico del nato da procreazione medicalmente assistita, non può riferirsi all'embrione fecondato in vitro; l'embrione è privo di personalità giuridica, di capacità successoria e, in quanto tale, non può acquisire alcuno stato di filiazione prima e a prescindere dall'impianto nell'utero e della formazione di un feto capace di vita intrauterina

e prima della nascita stessa.

Secondo una interpretazione che tenga conto del complessivo assetto di interessi emergente dalla legge 40 anche all'esito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale che ha caducato il divieto di fecondazione eterologa, l'articolo 8 della legge 40, nel definire lo stato giuridico del nato considera, quale elemento decisivo ai fini dell'acquisto dello stato di filiazione, l'impianto dell'embrione nell'utero materno, il suo sviluppo nel corso della gravidanza e la nascita.

Per questa via l'articolo 8 della legge vale a definire lo stato giuridico dei nati, in tutti i casi ammessi di procreazione medicalmente assistita, sia a seguito di fecondazione omologa sia a seguito di fecondazione eterologa, con riguardo a quei nati che, in quanto impiantati come embrioni nell'utero e condotti alla vita con la gravidanza, acquistino personalità giuridica, stato di filiazione e relativi diritti, separando così la loro sorte da quella dei, numerosi, embrioni che, sia pur formati in vitro, non vengano impiantati ovvero sebbene impiantati non riescano a insediarsi nel ventre materno dando il via alla gravidanza. Deve sottolinearsi, in proposito, come le norme citate nel riferirsi alle tecniche di procreazione assistita utilizzino una espressione che va interpretata logicamente, ma anche letteralmente, come relativa alla intera procedura attraverso tutti i suoi passaggi che parte con la raccolta dei gameti, si sviluppa con la fecondazione in vitro (o nel ventre materno, a seconda delle tecniche) e si compie solo con l'impianto dell'embrione nell'utero materno, la gravidanza e la nascita quando il tutto finisce per assumere rilevanza giuridica con lo stato di filiazione del nato.

Sebbene i progressi della scienza abbiano reso possibile la divaricazione tra fecondazione e impianto e, di conseguenza, concreta l'ipotesi di conflitto tra una madre genetica e una madre partoriente, per la determinazione dello stato di filiazione, rimane decisivo l'impianto dell'embrione nell'utero piuttosto che la

Adm

provenienza genetica dei gameti.

Nella fattispecie l'errore del personale medico ha portato all'utilizzo da parte di ciascuna coppia dei gameti riferibili all'altra, ma detto errore è intervenuto prima della definizione dello stato di filiazione dei nati che si è concretizzato in ragione della gravidanza e con riguardo alla unica, reale, possibilità di vita autonoma che gli embrioni hanno così sperimentato potendo solo per questa via assumere vita e personalità giuridica.

L'interpretazione appena adottata pone la legge 40 in coerenza con l'articolo 269, comma 3, c.c. disposizione che assume storicamente il valore di regola fondante dello stato di filiazione materno indicando, per unanime interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, che è madre colei che partorisce il figlio; detta disposizione, risalente all'entrata in vigore del Codice civile, è stata riconfermata, significativamente, dalla recente riforma della filiazione; il legislatore, pur consapevole dello sviluppo delle nuove tecniche di fecondazione assistita (con la conseguente astratta possibilità di conflitti tra madre genetica e madre gestante) e pur avendo recato profonde modifiche alla disciplina dell'acquisto dello stato di figlio e delle azioni di stato, ha voluto lasciare intatto il principio di individuazione della madre nella donna che partorisce; la disposizione codicistica va, poi, letta in relazione all'art. 30 del d.p.r. 396 del 3.11.2000 recante regolamento sullo stato civile (disposizione che conferma ampiamente la attribuzione della maternità alla donna che partorisce il figlio) e, soprattutto, in relazione al riformulato articolo 231 c.c. che, nel ridefinire i contorni della presunzione di paternità, afferma che è padre il marito della donna (che ha partorito) il bambino non solo concepito, ma comunque nato, in costanza di matrimonio.

La coerenza dell'interpretazione proposta è confermata dall'articolo 9, comma 2, della legge 40, disposizione secondo la quale *"la madre del nato a*

seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3.11.2000, n. 396"; nel derogare al principio – ribadito dal nostro ordinamento anche a seguito della recente riforma della filiazione secondo cui l'acquisto dello stato di filiazione non è automatico (nemmeno) sotto il profilo materno – la disposizione mira a garantire, in ogni modo, la stabilità dello stato di filiazione del nato a seguito di fecondazione medicalmente assistita (oggi anche a seguito di fecondazione eterologa, dopo la caducazione del divieto) e, significativamente, indica – quale madre che non può dichiarare di non essere nominata - sia in via letterale con la citazione dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al d.P.R. 3.11.2000, n. 396, sia in via logica, la donna che ha partorito il bambino così confermando il nesso intangibile tra parto e identificazione della madre, e ciò anche nel contesto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita che consentono, almeno in via astratta, una divaricazione tra madre genetica e madre uterina.

Nel quadro appena tratteggiato il principio secondo cui è madre colui che partorisce mantiene rilievo fondante nell'ordinamento e portata decisiva nella fattispecie; si consideri che ove la legge 40 del 2004 avesse inteso introdurre un diverso principio a fondamento della determinazione dello status di filiazione per via materna, avrebbe dovuto e potuto espressamente formulare una nuova regola, di portata innovativa e dirimpente, che valesse a disciplinare lo stato dei figli in ragione del mero consenso inizialmente prestato dai soggetti che mettono a disposizione i gameti e a prescindere dalle sorti del successivo impianto. Ma attribuire questo significato ad una disposizione, l'articolo 8 della legge 40, dettata nel contesto di una legge che negava anche l'ipotesi della fecondazione eterologa appare più che azzardato. La prevalenza della madre genetica sulla

Al. Neri

madre partoriente non può desumersi, così, a posteriori - per via interpretativa e pretoria - in ragione di una lettura parziale e isolata dal contesto ordinamentale del citato articolo 8.

Il principio secondo il quale è madre colei che partorisce vale, nel nostro diritto positivo, a fondare la stabilità e la certezza dello stato di filiazione e appare recepito anche nel sistema della legge 40.

Occorre, in tal senso, osservare come la legge 40 abbia ribadito il divieto di maternità surrogata senza dettare regole specifiche circa l'individuazione della madre in queste ipotesi e senza derogare, nemmeno per questa via, ai già descritti principi generali; da ultimo la Corte costituzionale, nel pronunciarsi proprio sulla legge 40 con la sentenza n. 162 del 2014, ha affermato che il divieto di surrogazione di maternità rimane fermo e si applica anche alla fecondazione eterologa.

Si può concludere affermando come il diritto della filiazione non tolleri la moltiplicazione delle figure genitoriali dal lato materno e si può rilevare come il nostro ordinamento in ogni ipotesi di surrogazione di maternità abbia risposto con la prevalenza della madre partoriente sulla madre genetica e abbia comunque ribadito la contrarietà all'ordine pubblico di ogni progetto di genitorialità disgiunto dal profilo biologico (si veda in tal senso, da ultimo, la sentenza Cass. 11.11.2014, n. 24001, che pone a fondamento della decisione la tutela della dignità umana della gestante).

A non diverse conclusioni reca una possibile riflessione circa le norme sulla supposizione di parto e lo scambio di neonati. Gli articoli 239 e 240 c.c. presuppongono la maternità per parto e un successivo scambio di neonati ovvero la costituzione di uno stato di filiazione del neonato in relazione a donna che non abbia partorito; le norme in questione valgono a tutelare la verità biologica della maternità come derivante dal parto e non forniscono argomenti decisivi in

Lu. Neri

favore di una determinazione esclusivamente genetica della maternità; in senso contrario deve, anzi, rilevarsi come la recente riforma della filiazione che, pure ha modificato dette disposizioni, non abbia inteso estendere la tutela approntata per lo scambio di neonati alla possibile ipotesi di scambio di embrioni, trattandosi all'evidenza di ipotesi del tutto diverse.

In tutta la disciplina delle azioni di stato non si ravvisa alcuna eccezione alla regola secondo la quale la partoriente è madre, e quando la legge dice che la maternità si può provare con ogni mezzo indica una prova sempre diretta a individuare la donna che ha partorito e per questa via la madre; non esiste una azione di stato diretta a privare il nato dello stato di figlio della madre partoriente e in particolare non trova cittadinanza, per il diritto positivo, l'azione di disconoscimento di maternità proposta dalla

La difesa della _____ insiste, tuttavia, con la formulazione dei motivi di impugnazione del provvedimento di primo grado, nel sollecitare il giudice a sollevare la questione di costituzionalità dell'articolo 269, comma 3, c.c. nella parte in cui non prevede, nel caso di sostituzione di embrione avvenuto nell'ambito della procedura di fecondazione medicalmente assistita, la possibilità di effettuare il disconoscimento di maternità. E tanto al dichiarato fine di rimuovere lo stato di filiazione per via materna costituitosi per i gemelli e _____ nei confronti della _____, dopo la gravidanza, il parto e la formazione dell'atto di nascita.

Ad avviso del Collegio il provvedimento impugnato non è meritevole di riforma circa la prospettata questione di legittimità costituzionale.

La lettura dei parametri costituzionali che si assumono violati (articoli 2, 3, 24, 30 e 117 Cost.) non conforta la prospettazione dei reclamanti; la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di filiazione, di azioni di stato e, da ultimo, di fecondazione medicalmente assistita non autorizza una

valutazione dell'articolo 269, comma terzo, c.c. e, più in generale, delle norme che valgono a definire lo stato di filiazione nei confronti della madre, in termini di incostituzionalità.

La Corte ha sempre affermato come nella materia delle azioni di stato e della procreazione medicalmente assistita assumano in rilievo "*plurime esigenze costituzionali*" (sent. 347/1998) e come i diritti in conflitto e le esigenze costituzionali in conflitto debbano trovare un bilanciamento rimesso in via primaria al legislatore (sent. 347/1998 e sent. 151 del 2009).

Il principio ritenuto prevalente dalla Corte costituzionale, per come emergente dalla lettura dell'articolo 3 della Carta, è quello della tutela della dignità della persona umana.

Nella fattispecie viene in questione, naturalmente, la tutela della dignità umana di tutti i protagonisti, degli odierni reclamanti come dei reclamati, ma non sembra rispondente ai citati canoni costituzionali attribuire prevalenza assoluta alla tutela della dignità della [] e al suo diritto a formarsi una famiglia e ad avere dei figli (articoli 29 e 31 cost.).

Va considerato come i prevalenti valori costituzionali coinvolti nella vicenda siano quelli legati alla tutela della dignità umana, del diritto sul proprio corpo, del diritto alla salute e del diritto alla autodeterminazione circa la gestazione, tutti interessi riconducibili in via diretta e specifica alla [] in ragione del suo coinvolgimento fisico derivante dall'impianto degli embrioni nell'utero e dalla gravidanza. Tali esigenze costituzionali precludono una valutazione in termini di incostituzionalità della disciplina positiva come innanzi ricostruita.

La prevalenza dei diritti vantati dalla donna che ha messo a disposizione i gameti, in fattispecie analoghe a quelle all'origine della presente vicenda, non potrebbe, infatti, assicurarsi se non imponendo alla donna che ha accolto gli

embrioni nel proprio utero la continuazione forzata della gravidanza per procedersi alla consegna dei minori dopo la nascita. Si tratta di una ipotesi impercorribile in ragione del principio, tutelato costituzionalmente dagli articoli 2, 3 e 32 della costituzione, di autodeterminazione della donna circa il proprio corpo e circa la gravidanza.

Una diversa disciplina che, mantenendo ferma l'autodeterminazione della gestante nella fase successiva all'impianto degli embrioni e nella fase della gravidanza ancora utile per l'interruzione ai sensi della legge 194 del 1978, stabilisse comunque la prevalenza della madre genetica con la consegna dei minori dopo la nascita, sarebbe, tuttavia, inidonea a garantire il diritto alla vita dei feti dopo l'impianto nell'utero, diritto ritenuto prevalente dalla Corte costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale non è ravvisabile una verità genetica della maternità contrapposibile a quella determinata dalla gestazione e dal parto: la verità da tutelare quanto alla maternità è sempre stata affermata in relazione alla gestazione e al parto.

La prospettata questione di costituzionalità sarebbe, ad ogni modo, priva di univoca soluzione secondo i parametri invocati e inidonea a precludere a determinare costituzionalmente obbligata, come già rilevato dal provvedimento cautelare in questa sede impugnato e che non merita censure sotto questo profilo.

Con riguardo al reclamo proposto dal _____ va, in via specifica, osservato quanto segue.

Alla nascita i minori hanno acquisito, come già rilevato, lo stato di figli della _____ e, in ragione delle norme previste dalla legge 40 e dell'applicazione dell'art. 231 c.c., lo stato di figli del _____ il marito della partorientente.

L'articolo 231 c.c. indica quale padre dei minori il marito della donna

(che ha partorito) il figlio concepito o nato durante il matrimonio; la disposizione è stata riformulata dal legislatore in occasione della novella sulla filiazione: la versione previgente riferiva la presunzione di paternità solo ai figli "concepiti" nel matrimonio; l'aggiunta dell'inciso "o nati" vale, innanzi tutto, a comprendere nella presunzione i figli che, concepiti per via naturale prima del matrimonio, siano nati in costanza di esso (sul presupposto che i rapporti sessuali prematrimoniali in una coppia avviata al matrimonio sono, nella società odierna, la regola piuttosto che l'eccezione e che normalmente l'uomo che sposa una donna in gravidanza manifesta una ragionevole certezza circa le circostanze del concepimento), ma la stessa dizione appare particolarmente significativa nel caso che ci occupa perché vale a ricomprendere nella presunzione di paternità anche i figli che, comunque concepiti, anche a mezzo di procreazione medicalmente assistita e anche a mezzo di fecondazione eterologa, siano comunque nati nel matrimonio (in termini si veda la sentenza 162 del 2014 della Corte cost.).

Il ha proposto nel giudizio di merito l'azione destinata a rimuovere lo stato di figlio costituitosi in ragione della presunzione di paternità e cioè l'azione di disconoscimento della paternità. Il legislatore della riforma ha, in proposito, inteso confermare la regola previgente circa la legittimazione attiva, limitando la possibilità di agire al padre, alla madre e al figlio e confermando l'esclusione della legittimazione per soggetti estranei al nucleo familiare; risulta, così, confermata l'impossibilità per il presunto padre biologico di agire in via autonoma per la rimozione della presunzione di paternità e, di conseguenza, la preclusione del riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio nato nel matrimonio in cui la persona si trova (art. 253 c.c.).

La difesa del , nella consapevolezza del quadro innanzi descritto, ha insistito - con i motivi di impugnazione del provvedimento di primo grado -

AM

nel sollecitare il Giudice a sollevare la questione di costituzionalità dell'articolo 243-*bis* c.c. nella parte in cui non prevede, nel caso di sostituzione di embrione avvenuto nell'ambito della procedura di fecondazione medicalmente assistita, la legittimazione del padre genetico a proporre azione di disconoscimento della paternità. E tanto al dichiarato fine di rimuovere lo stato di filiazione per via paterna costituitosi per i gemelli nei confronti del dopo il parto, la formazione dell'atto di nascita e l'operare della presunzione di paternità.

Ad avviso del Collegio il provvedimento impugnato non è meritevole di riforma nemmeno circa la questione di legittimità costituzionale prospettata dal

La lettura dei parametri costituzionali che si assumono violati (articoli 2, 3, 24, 30 e 117 Cost.) non conforta la prospettazione del reclamante: la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di filiazione, di azioni di stato e, da ultimo, di fecondazione medicalmente assistita non autorizza una valutazione dell'articolo 243-*bis* c.c. e, più in generale, delle norme che valgono a definire lo stato di filiazione nei confronti del padre, in termini di incostituzionalità.

Non si ravvisa, in primo luogo, quanto alla legittimazione attiva all'azione di disconoscimento di paternità, alcuna violazione del principio di uguaglianza rispetto alla differente disciplina dettata dall'art. 263 c.c. per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità perché la legge disciplina in modo diverso fattispecie diverse: la filiazione nel matrimonio si fonda sul principio della presunzione di paternità e sull'obbligo di fedeltà tra i coniugi, la filiazione fuori del matrimonio non tollera un accertamento presuntivo della paternità e richiede, insieme alla natura volontaria del riconoscimento, una legittimazione diffusa alla sua impugnazione onde accertare

1661

nel più breve tempo possibile la reale paternità. Il legislatore nel ribadire la limitazione della legittimazione attiva ha, così, inteso tutelare il contenuto giuridico essenziale del matrimonio nella prospettiva dell'art. 29 Cost.

In merito va, poi, osservato come la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 429 del 1991 ebbe ad escludere l'illegittimità sotto questo profilo dell'art. 235 c.c., osservando che il legislatore, prima nel 1975 e poi nel 1983, aveva mantenuto la legittimazione ad agire pur sempre nell'ambito della famiglia legittima; una innovazione che avesse attribuito la legittimazione ad agire a soggetti privati estranei alla famiglia legittima, osservava la Corte, avrebbe rappresentato la scelta di un criterio diverso legato a una ulteriore evoluzione della coscienza collettiva e come tale rimessa alla esclusiva discrezionalità del legislatore.

Va, peraltro, rilevato in via assorbente come a precludere una affermazione del *fumus boni iuris* dell'azione proposta dal si pongano ragioni diverse e decisive rispetto al difetto di legittimazione attiva sancito dall'art. 243-*bis* c.c., ragioni legate alla diretta applicabilità dei principi affermati dalla legge 40.

A ben vedere la ratio dell'art. 243-*bis* c.c. appare, infatti, strettamente legata alla natura dell'obbligo di fedeltà nascente dal matrimonio, all'operare della presunzione di paternità in relazione alla tendenziale esclusività dei rapporti sessuali tra moglie e marito e alla prevalenza che il legislatore consapevolmente attribuisce alle ragioni della famiglia fondata sul matrimonio rispetto a quelle dell'uomo che, intrattenendo rapporti sessuali con una donna sposata, si sia esposto al rischio di non poter prendere determinazioni autonome circa la paternità.

Nella fattispecie non ricorre questa ratio, non trattandosi di una fecondazione naturale e non ricorrendo alcuna ipotesi di infedeltà coniugale: in

MM

tal senso ben possono assumere rilievo le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza 347/1998 che - nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità dell'articolo 235 c.c. sollevata per il dubbio circa la costituzionalità della norma nella parte in cui ammetteva il marito ad esercitare il disconoscimento in caso di fecondazione eterologa - ebbe ad escludere la rilevanza di detta norma nella materia della procreazione medicalmente assistita affermando che l'irretrattabilità del consenso prestato dal marito che successivamente intendesse agire con azione di disconoscimento andava stabilita in via interpretativa o legislativa. L'intervento normativo si è, in effetti, successivamente concretizzato con la legge 40 del 2004 che ha stabilito con l'articolo 9 comma 1 l'irretrattabilità del consenso prestato dal marito.

Si può, allora, comprendere come la legittimazione attiva del [] alla proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità vada esclusa non solo e non tanto in ragione delle ordinarie regole codicistiche, bensì in ragione delle regole dettate dalla legge 40 in tema di procreazione medicalmente assistita.

Lo stato di filiazione dei gemelli [] si è definito nei confronti del padre [] in ragione dell'impianto degli embrioni e del parto da padre della madre [], dell'applicazione dell'articolo 8 della legge 40 per come innanzi interpretati in relazione all'articolo 269, comma terzo, e all'articolo 231 c.c..

Il [] è padre perché marito della madre e, nel contesto della procreazione medicalmente assistita, la legge, con l'articolo 9, comma 1, gli preclude espressamente - una volta espresso il consenso alla fecondazione - di procedere al disconoscimento di paternità.

Tutta la legge 40 mira ad assicurare la stabilità e la intangibilità dello stato di filiazione acquisito dai nati a seguito del parto; per la stessa ragione l'articolo 9, comma 3, della legge 40 preclude all'uomo che abbia messo a

RM

disposizione i propri gameti di acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il nato e di far valere nei suoi confronti alcun diritto.

Benché sia dettata per il donatore e nella fattispecie il non abbia inteso donare i propri gameti, la disposizione vale ad esprimere un principio generale della procreazione medicalmente assistita, principio secondo cui in quel contesto la paternità si fonda sulla responsabilità e sul consenso dato dall'uomo all'impianto dell'embrione nell'utero della compagna.

Tale principio, da ritenersi applicabile anche nella fattispecie, permette di affermare che ove i gameti maschili siano impiantati, previa fecondazione in vitro o secondo altra tecnica, nell'utero di una donna priva di relazione di coniugio o comunque di un progetto procreativo con l'uomo che li ha messi a disposizione, la relazione di paternità, seguendo le regole dettate dalla legge 40, si instaura con il marito o con il compagno della donna che ha partorito i figli e che si è assunto la responsabilità della scelta di effettuare la procreazione medicalmente assistita con la madre dei minori.

Tale conclusione non appare in contrasto con i principi dettati in materia dalla Corte costituzionale, che da tempo ammette una concezione della paternità legata alla responsabilità piuttosto che al mero dato genetico. La Corte, nella sentenza 162 del 2014, ha affermato esplicitamente l'applicabilità diretta alla fecondazione eterologa di tutte le regole già dettate dalla legge per la fecondazione omologa (compresi gli articoli 9 comma 1 e 9 comma 3) e ha rilevato come *“della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'articolo 231 c.c., il quale, nel testo novellato dall'articolo 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154, stabilisce, significativamente che “il marito è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”, risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma la quale disponeva, invece, che “il marito è padre del*

AMA

figlio concepito durante il matrimonio””.

Nemmeno l'esame delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza della Cedu autorizza il raggiungimento delle conclusioni sollecitate dai reclamanti e, per questa via, vale a dimostrare l'incostituzionalità della disciplina positiva come delineata per violazione degli articoli 117 Cost. e 8 Cedu.

Le sentenze CEDU, *Mennesson c. Francia*, 26.6.2014, ric. 65192/2011 e *Labasse c. Francia*, 26.6.2014, ric. 65941/2011, citate da parte reclamante, non affermano un principio di tutela assoluta della filiazione genetica, ma affermano piuttosto che l'articolo 8 della Carta tutela per i minori innanzi tutto la vita familiare nel suo concreto atteggiarsi (*“ce qui importe à cette fin dans ce type de situations. c'est la réalité concrète de la relation entre les intéressés”*).

Anche la sentenza CEDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27.1.2015, ric. 25358/2012, secondo una tecnica decisoria tipica della Corte, non vale tanto a definire la prevalenza di una genitorialità genetica su quella biologica ovvero su quella di intenzione e nemmeno il principio contrario, ma vale solo a ribadire come la Corte decida, di volta in volta, circa le misure adottate dagli Stati membri a tutela di interessi pubblici coinvolti nella vicenda, valutando se queste misure rappresentino un sacrificio necessario e giustificato in relazione all'ingerenza che esse determinano sulla vita familiare dei minori per come si sia concretamente strutturata, anche temporaneamente.

Nelle citate vicende rimesse all'esame della Corte si contrapponeva l'interesse dei ricorrenti, ed eventualmente dei minori, con l'interesse dello Stato membro alla tutela dell'ordine pubblico presidiato dalle regole circa la costituzione dello stato di filiazione; ad una vita familiare già costituita si contrapponevano, cioè, le decisioni degli Stati membri.

Nella ipotesi all'origine della presente controversia, per come determinata dallo scambio di embrioni, il conflitto si pone innanzi tutto tra i

AM

diritti di due coppie che si affermano allo stesso modo genitori dei minori; non appare scontato individuare nella tutela della genitorialità genetica il principio determinante secondo la giurisprudenza della Cedu.

E' possibile, al contrario, rilevare come la tutela della vita familiare dei minori, per come declinata dalla Cedu, appaia direttamente legata all'interesse dei minori alla conservazione del legame di fatto costituito con la gestante fin dall'inizio della gravidanza e con il marito di lei fin dalla nascita.

La lettura della sentenza Cedu – Grande Camera – 3.11.2011 ric. 57813/00 S.H. e altri c. Austria permette di apprezzare come la Corte eserciti con la più grande prudenza le sue attribuzioni nella materia della procreazione medicalmente assistita, ritenendola materia che ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi nel campo medico e scientifico e senza che si sia raggiunta una omogeneità di disciplina tra gli Stati membri. La Corte in quella occasione ha in sostanza condiviso le argomentazioni dello Stato membro che ponevano in rilievo come fosse contraria all'interesse dei minori qualsiasi divaricazione tra la una maternità genetica e una maternità di parto e, per questa via, ha giustificato un più ampio potere discrezionale degli Stati membri nella materia.

Non emerge, così, anche all'esame della giurisprudenza Cedu, una concezione della genitorialità esclusivamente o prevalentemente genetica, tale da orientare la soluzione del conflitto nel senso auspicato dai reclamanti; emerge, piuttosto, quale elemento fondamentale, la tutela dell'interesse dei minori.

La lettura appena offerta delle norme che presiedono all'attribuzione dello stato di filiazione dei minori sembra garantire la tutela della vita familiare in concreto sperimentata dai bambini piuttosto che pregiudicarne l'attuazione e, per questa via, la soluzione offerta dal diritto interno, anche sotto

AM

il profilo della determinazione della paternità, non appare in contrasto con i principi affermati dalla Cedu.

Per queste ragioni il Collegio non ritiene il reclamo meritevole di accoglimento.

La assoluta novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale di Roma, prima sezione civile, definitivamente pronunciando sui reclami proposti da _____ e _____ nei confronti di _____ e _____ nonché nei confronti dell'Avv. _____ in qualità di curatrice speciale dei minori

ed avverso i provvedimenti emessi dal Tribunale ordinario di Roma – prima sezione civile – Giudice dott.ssa Pratesi in data 22.23.2015 ~~10~~ 22-23-4-2015;

dispone la riunione del procedimento iscritto al n. r.g. 30261/2015 Cam.

a quello iscritto al n. r.g. 30260/2015 Cam.;

respinge i reclami;

compensa le spese di lite tra le parti.

Così deciso, in camera di consiglio, in Roma, il 25 settembre 2015.

IL GIUDICE ESTENSORE
dott. Riccardo Rosetti

IL PRESIDENTE
dott.ssa Donatella Galterio

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, li. 02/09/2015

