GENITORIALITÀ E STATUS DEL NATO – I PARTE*

Gisella Pignataro**

Con la riforma del 2012 e 2013¹ il matrimonio non è più elemento di qualificazione del rapporto tra genitore e figlio: l'unicità dello *status* implica il definitivo abbandono della disciplina differenziata e l'ampliamento della nozione di parentela, estesa all'intera rete familiare. Restano differenziate le modalità di costituzione del titolo dello *status*, automatica per il figlio nato in costanza di matrimonio, effetto della presunzione di paternità, e con il negozio di riconoscimento per il figlio nato fuori dal matrimonio, con efficacia unilaterale o bilaterale a seconda della dichiarazione volontaria di uno o di entrambi i genitori. Eccezionale è l'ipotesi del nato privo di *status*, possibile in difetto di accertamento se la madre esercita il diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, ovvero di partorire in anonimato, diritto riconosciuto dal nostro ordinamento per scongiurare l'aborto o l'infanticidio a causa di gravidanze non desiderate.

La nuova disciplina delle azioni di stato, pur interessate da questa riforma, sollecita talune riflessioni. La normativa previgente, introdotta dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, aveva statuito il passaggio dal *favor legitimitatis*, volto a far prevalere la verità legale su quella genetica, al *favor veritatis*, che privilegiava la verità della procreazione. Invero, la legittimazione all'azione di disconoscimento della paternità, prima monopolio del solo marito cui spettava valutare l'opportunità di esercitarla in un arco temporale limitato a 3 mesi dalla nascita, viene estesa alla madre e al figlio in un termine di prescrizione che contempla un *dies a quo* variabile: la madre nel termine di 6 mesi dalla nascita o dalla conoscenza dello stato di impotenza di generare del marito al tempo del concepimento; il figlio entro un anno dal raggiungimento della maggiore età o dalla conoscenza dei fatti che consentono il disconoscimento; il padre entro un anno dalla nascita, dalla conoscenza della propria impotenza di generare o dell'adulterio della moglie al tempo del concepimento, dal ritorno nel luogo di nascita del figlio ovvero nella residenza familiare, dal giorno in cui ha avuto conoscenza della nascita, se lontano. La legittimazione assoluta delle azioni di contestazione dello stato di figlio, spettante al nato o a chiunque vi abbia interesse, come l'imprescrittibilità rafforzano la *ratio* della riforma, benché l'azione di reclamo dello stato di figlio sia attribuita al solo interessato, anch'essa imprescrittibile.

Analogamente per la filiazione cd. 'naturale' secondo la denominazione dell'epoca: la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, diretta all'accertamento dello *status* di figlio in assenza di riconoscimento spontaneo, viene introdotta per assicurare ampia tutela al figlio, unico legittimato e senza limiti di tempo; l'impugnazione per difetto di veridicità, che spetta invece all'autore del riconoscimento ma anche a chiunque vi abbia interesse, conferma l'opzione legislativa di allineamento della verità legale e genetica, ma soggetta al termine di prescrizione di un anno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, con la variabile del *dies a quo* della conoscenza della propria impotenza all'epoca del concepimento o comunque del difetto di paternità. Nell'odierna disciplina legislativa il *favor veritatis* cessa di essere un valore assoluto, da contemperare invece con l'interesse del figlio. L'effetto è il ritorno della stabilità dello *status* come valore, ma stavolta viene tutelato non più in funzione del nucleo familiare di appartenenza bensì

* Il testo, integrato con note esplicative, riproduce la lezione dal titolo 'Genitorialità e tutela del nato', Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche, Aula Catania, 21 ottobre 2024.

** Professore associato di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ Il riferimento è alla L. 219 del 10/12/2012 e il relativo decreto attuativo, D.Lgs. 154 del 28/12/2013, cui si deve l'introduzione dello stato unico di filiazione.

dell'identità del minore, come si evince dalla disciplina che riserva solo a costui la possibilità di metterla in discussione *sine die*.

Ne risulta un ampliamento della genitorialità legale, oltre l'ipotesi tipica dell'adozione dove lo stato di abbandono legittima la sentenza che interrompe il legame biologico con la famiglia di origine e costituisce il legame giuridico con i genitori adottivi. Infatti, nella filiazione biologica il legislatore pone un termine di decadenza quinquennale dalla nascita del minore sia per l'esercizio dell'azione di disconoscimento che per l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. La rimozione dello *status* è definitivamente preclusa alla madre come al padre nella filiazione in costanza di matrimonio, mentre residua il potere incondizionato del figlio di rimuovere uno *status* fittizio, se lo ritiene conforme al proprio interesse; preclusione che opera analogamente per chiunque a cinque anni dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita per la filiazione fuori dal matrimonio. Lo stesso riconoscimento per compiacenza, condotta penalmente sanzionabile per alterazione di stato, se in passato era impugnabile senza limiti di tempo in ragione del *favor veritatis*, è ormai soggetto al medesimo termine quinquennale di decadenza. Si delinea dunque l'interesse del nato al consolidamento di uno *status* legale, presunzione che soltanto il diretto interessato può rimuovere per ragioni identitarie.

La genitorialità legale costituisce la regola nella procreazione medicalmente assistita eterologa, dove il difetto di discendenza biologica è *in re ipsa*; il divieto di *venire contra factum proprium* ai danni del nato ha indotto il legislatore a vietare "tout court" l'azione di disconoscimento o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Il nuovo valore, il consolidamento dello stato di filiazione, ispira dunque la più recente riforma e rende legittima la decadenza nonostante il carattere personale e identitario delle azioni, come ha confermato di recente la Consulta che ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità del c.c., art. 263.3, come modificato dal D.Lgs. 154 del 28/12/2013, art. 28.1². Ma soprattutto conferma l'opzione del nostro ordinamento per il sistema binario nell'attribuzione della genitorialità, che può essere biologica o legale. *Tertium non datur?* Il problema è stato sollevato dalla pratica della gestazione per altri, la cui legittimazione anche indiretta introdurrebbe una nuova modalità di costituzione del titolo dello stato, il contratto. Il tema torna alla ribalta per la recentissima qualificazione della condotta come reato universale³.

Sulla scelta legislativa incide il rapporto tra diritto e tecnica. Il diritto, di fronte alla capacità della tecnica di interferire sui processi naturali, non è più spettatore di eventi sottratti alla volontà umana, ma può 'agire da barriera o scavare un letto alla corrente'⁴. Agisce da barriera se bilancia la propensione al dominio della tecnica con il rispetto della persona; in assenza, la tecnica può ridurre ogni cosa ad oggetto, manipolabile, perché tutto diventa fattibile e producibile. Opzione estranea ai valori europei se la tutela dell'essere umano nella sua dignità e identità costituisce oggetto e finalità della Convenzione di Oviedo contro i rischi di un uso improprio della biologia e della medicina: in questa sede viene infatti valorizzata la bioetica e attribuita centralità alla dignità umana.

Nota è la tendenza a una diversa interpretazione del concetto di dignità, da una funzione conformativa

² Corte Cost., 25/6/2021, n. 133, in *Foro it.* 1.10 (2021) 3020ss.: per la Corte nessuna censura di non proporzionalità può essere opposta alla scelta operata dal legislatore che, nella sua discrezionalità, ha ritenuto di sacrificare l'interesse dell'autore del riconoscimento, a far valere in via giudiziale l'identità biologica, a beneficio dell'interesse allo *status filiationis* consolidatosi dopo cinque anni dal suo sorgere. Peraltro, l'interesse a far valere la verità biologica non risulta totalmente precluso se può essere fatto valere dallo stesso figlio, per il quale il potere di impugnativa non si prescrive.

³ La legge è stata approvata in via definitiva al Senato il 16 ottobre 2024.

⁴ L'espressione è di Ernst Jünger, richiamata da N. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, 42.

dei diritti al soggettivismo del modello americano. In Europa l'idea di fondo è di riconoscere maggiore spazio di discrezionalità quando le decisioni esauriscono gli effetti nella sfera dello stesso interessato, con un limite all'autodeterminazione che può prevalere se non lesiva della propria dignità; se invece le scelte interferiscono con l'altrui sfera umana, emerge l'aspetto relazionale della dignità, ovvero il necessario rispetto dell'altro. Nella gestazione per altri variegata è la risposta dei vari ordinamenti europei.

Il diritto di famiglia, a lungo ai margini del processo europeo di uniformazione legislativa incentrata sui settori di prevalente interesse economico in conformità ai suoi obiettivi originari, da inizio secolo sperimenta un processo di avvicinamento delle diverse legislazioni nazionali dovuto alla circolazione di modelli culturali e giuridici ormai convergenti su alcuni principi di fondo. Nella gestazione per altri si contrappongono due linee interpretative.

Il liberalismo riproduttivo considera la pratica espressione di libertà, il cui divieto sarebbe in contrasto con i diritti riproduttivi e con la discriminazione di genere. L'adesione all'approccio mercantilistico del sistema nordamericano, il libero mercato della procreazione, implica il riconoscimento all'individuo, senza distinzione di genere, del diritto di negoziare la paternità e maternità prima del concepimento, sul presupposto dell'uguale capacità di contrattazione tra le parti. Rientra dunque nella libertà contrattuale procreare o vendere servizi di procreazione; la surrogazione della maternità diventa contratto a favore di terzo, e il terzo è il bambino, di cui viene programmata la nascita; l'organo riproduttivo viene inteso come una forma di *utility* che, non alterando in termini assoluti l'integrità fisica dell'individuo, legittima il potere di disposizione.

Il modello liberal-solidaristico del sistema europeo contrasta la mercificazione dell'essere umano, come attesta la risoluzione del Parlamento europeo nel ribadire quanto già affermato nel 2015, definendo pratica inaccettabile la maternità surrogata, lesiva della dignità e dei diritti umani. Se la scelta non è libera, come in questa tipologia di negoziato, il diritto di autodeterminazione risulta depotenziato e legittima l'intervento normativo sanzionatorio articolato su due livelli: il riequilibrio delle asimmetrie e, nelle relazioni personali, il ruolo preminente della dignità umana.

Il riequilibrio si impone al confronto con una filiera procreativa strutturata a livello globale anche sul piano dell'intermediazione tra domanda e offerta, con i suoi "asset" specifici, tecnologie specialistiche, investimenti, acquisizione di brevetti e contenuti contrattuali sempre più dettagliati in ragione delle esigenze di mercato. Lo squilibrio più che tra le parti, gestante e committenti, si realizza rispetto alle strutture mediche, aziende che organizzano e offrono i servizi riproduttivi alle coppie. Il consenso, viziato se spinto da un effettivo bisogno come si evince dalla provenienza geografica ed estrazione sociale delle gestanti, difficilmente è informato. Sull'asimmetria informativa incide il limitato livello di istruzione, il basso "background" socio-economico, la complessità del processo e gli ostacoli linguistici in contratti per la maggior parte scritti in inglese. L'accesso alle informazioni si limita a quanto comunicato oralmente, comprese quelle relative alla salute.

La dignità della persona è attentata dalla contrattualizzazione del rapporto e le sue palesi forzature. L'esecuzione della 'prestazione' in un arco temporale prolungato implica il frequente ricorso a clausole limitative della libertà individuale, che vertono sul divieto di consumo non soltanto di sostanze stupefacenti, alcoliche o psicotrope, ma di bevande con alte percentuali di caffeina, del fumo, di medicinali senza prescrizione medica, di sport pericolosi o altre attività rischiose. Controlli sono previsti sulla libertà di circolazione all'estero a gravidanza inoltrata, sull'alimentazione, sulle visite mediche, mentre i genitori di intenzione hanno diritto di accedere alla documentazione medica, assistere a ecografie e al parto.

Nei confronti del nascituro l'analisi giuridica giunge alla reificazione della persona che, in una logica

dominicale, rappresenta il minore quasi come un prodotto, ‘fabbricato’ per esser consegnato finito ad altri. La prestazione principale, la gestazione e consegna del nato, pur non rientrando nel concetto tecnico di obbligazione, prevede meccanismi solutori analoghi, l’obbligo di indennizzo e diverse penalità a garanzia del corretto ‘adempimento dell’intera operazione contrattuale’ e per indurre la gestante alla consegna del bimbo dopo il parto. Non mancano clausole contrattuali volte a garantire la consegna di “an healthy child”, obbligazione di mezzo e non di risultato, benché sollevi una serie di interrogativi la disciplina dei danni durante la gravidanza, nascita malformata o con handicap, aborto spontaneo o imputabile a condotta colposa della gestante, compresa la verifica se il danno dipenda da malattie genetiche e di quale dei gameti. La contrattualizzazione del rapporto non esclude la possibilità di trasferimento del rischio con un’assicurazione, ‘l’abbandono liberatorio’ del bambino, perché malato o per separazione durante la gravidanza. Oscurata è la persona della gestante se di regola il regolamento contrattuale non contempla eventuali danni causati dalla gravidanza, fisici o psicologici, cui la coppia committente resta estranea.

Discutibili sono infine i tentativi volti ad avvalorare la liceità dell’oggetto: se individuato nel materiale biologico, legittimamente negoziabile e non lesivo dell’integrità fisica, non si considerano le potenzialità riproduttive di quel materiale, che concorre alla nascita di una persona, il vero bene futuro non negoziabile; ma anche il riferimento ai diritti genitoriali della “mère porteuse” sul figlio non è convincente, in quanto sempre indisponibili. Peraltro, la rinuncia è tecnicamente un abbandono, legittimo se successivo alla nascita, ma non negoziabile con effetti vincolanti per la madre.

Problematiche che si ripropongono negli stessi termini anche in presenza di una finalità c.d. altruistica, addotta dagli ordinamenti europei che disciplinano la pratica a condizione della gratuità: invariata è la giuridicità del rapporto come l’iter procedurale che si conclude con un abbandono, insito nell’obbligo della “mère porteuse” di consegnare il figlio.

Il tema viene normalmente affrontato in una diversa prospettiva, il diritto alla genitorialità quale indiscusso diritto fondamentale della persona, che concorre al suo pieno sviluppo in quanto espressione di progettualità, rilevante anche sul piano della tutela della salute. Ma il diritto alla genitorialità non include affatto alcun diritto al figlio.

La costituzione del rapporto di filiazione dipende dal diritto ed è sottratta alla disponibilità delle parti. Nella filiazione biologica lo *status* di figlio è effetto della presunzione di paternità in costanza di matrimonio ed è sottratto all’autodeterminazione dei genitori se la legittimazione attiva del figlio in tutte le azioni di stato è imprescrittibile a dispetto di quella dei genitori, soggetta ad un termine di decadenza quinquennale dalla nascita, per la preminenza della conservazione dell’identità del minore sulla libertà di diventare genitori. Nella filiazione fuori dal matrimonio il riconoscimento, prescinde dall’autonomia privata, stante la possibilità di ricorrere in alternativa al provvedimento giudiziale costitutivo del rapporto, laddove sia interesse del figlio istituirlo. La disciplina in tema di assenso del minore che abbia compiuto i quattordici anni, *condicio iuris* dell’efficacia del riconoscimento, garantisce un interesse distinto e prevalente rispetto a quello perseguito con l’atto negoziale.

Nella procreazione medicalmente assistita l’impianto legislativo individua come oggetto del diritto non il figlio, ma il trattamento medico funzionale alla tutela della salute, riservando soltanto a quest’ultimo l’indiscutibile natura di diritto assoluto e indisponibile. Il sistema binario non è stato rivoluzionato dalla rimozione del divieto normativo di fecondazione eterologa. A dispetto della riproduzione interna alla coppia, costitutiva di *status* indisponibili e della responsabilità genitoriale coerenti con la bigenitorialità, questa modalità riproduttiva si avvale del potere dispositivo dei gameti. L’atto costitutivo del legame civile con il nato è volontario e l’effetto è una poligenitorialità di fatto, ricondotta per legge alla bigenitorialità che eclissa le altre figure coinvolte. Mentre la bigenitorialità

legale degli adottanti è effetto di un procedimento improntato alla tutela dell'interesse di un minore già nato e in stato di abbandono morale e materiale, sottratto alla disponibilità degli aspiranti genitori, nella fecondazione eterologa la legge riconosce giuridicità ad un atto dispositivo della maternità e/o paternità con l'attribuzione di una genitorialità legale sottratta ai controlli di idoneità al ruolo genitoriale.

Per la Consulta il divieto era lesivo del diritto della coppia alla salute riproduttiva e del principio di uguaglianza, ma la legittimità della fecondazione eterologa non ne muta la funzione rimediabile, di terapia per l'infertilità, che esclude il "right to a child", in un sistema che declina la genitorialità in termini di responsabilità e non di diritto soggettivo. I requisiti di legge, quali la sterilità o infertilità, e la rigorosa selezione di aggettivi - assoluta e irreversibile - con cui il legislatore circoscrive l'accesso alla fecondazione eterologa condizionano l'accesso, situazione che sarebbe incompatibile con la titolarità di un diritto assoluto. Inoltre, con l'impianto degli embrioni cessa la libertà di scelta, non più revocabile, a conferma dell'irrelevanza dell'elemento volontaristico sullo *status* di figlio. Il principio di indisponibilità dello *status* non ammette alcun *vulnus*, soprattutto nel trattamento di tipo eterologo, protetto dal divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre. Il divieto di *venire contra factum proprium*, avente in origine funzione cautelativa, ha inteso prevenire riserve mentali sulla possibilità di liberarsi da responsabilità avvalendosi del difetto consapevole del legame biologico, ma non introduce alcuna genitorialità fondata sul consenso. Il fatto costitutivo del rapporto è una fattispecie complessa che richiede, accanto alla procreazione, il concorso della citata pluralità di requisiti e risponde a finalità terapeutiche. La natura eccezionale della fattispecie non autorizza applicazioni analogiche, anche perché la *ratio* è di impedire gli automatismi annessi al principio di veridicità. Inoltre, limita il potere dispositivo la funzione rimediabile della pratica, non costruita in termini di diritto soggettivo.

Il diritto al figlio non è ipotizzabile neppure come corollario del diritto alla procreazione cosciente e responsabile: l'interruzione volontaria della gravidanza non codifica il diritto di abortire, ma la necessità di scongiurare un pericolo serio alla salute fisica o psichica della donna.

La protezione della stabilità nel rapporto di filiazione con la riforma ha indotto taluno a legare al fattore temporale la costituzione dello *status*, con conseguente tutela della genitorialità di fatto protratta nel tempo. Ma l'esclusiva volontà dei potenziali genitori non può avere valore costitutivo del rapporto di filiazione: quest'ultimo, in quanto costitutivo dello *status personae*, è indisponibile, non negoziabile, refrattario agli automatismi della trascrizione di atti di nascita che in un contratto abbiano matrice. La durata non è dunque un valore in sé; gli automatismi non sono rispettosi dei contenuti valoriali dell'interesse del minore. Il fattore tempo non può essere autoreferenziale, ma indice di consolidazione del rapporto: è questo il valore assunto dal legislatore per limitare la confutazione del rapporto di filiazione nell'azione di disconoscimento della paternità, di impugnativa per difetto di veridicità o a fondamento del diritto alla continuità affettiva dei genitori affidatari con effetto limitativo della discrezionalità del giudice nell'adozione.

Eppure, il fattore temporale, congiunto all'esercizio della libertà di circolazione delle persone e l'ineludibile corollario di conservazione degli *status* personali e familiari a tutela della preminente funzione identitaria, ha alimentato la prassi di fruire della disciplina più flessibile per eludere le regole applicabili secondo la nazionalità e veder riconosciuti gli effetti delle discipline straniere in tema di genitorialità al rientro nello Stato di cittadinanza. Questa involontaria "regulatory competition" tra ordinamenti giuridici rischia di vanificare il potere statale di differenziare le regole a fronte della pretesa di riconoscere come valido ciò che è vietato ai propri cittadini. La tutela in Europa della libertà di circolazione delle persone con la conservazione dello *status* acquisito all'estero, secondo la *lex* del luogo di nascita, ha avallato il modello del fatto compiuto volto ad attestare un obbligo di

uniformazione dell'identità personale nei diversi ordinamenti europei.

L'eventuale trascrizione degli atti di nascita redatti dalle autorità competenti nello Stato che regola la gestazione per altri produce l'ulteriore effetto di alterare il sistema binario di attribuzione, riconoscendo al consenso efficacia costitutiva della genitorialità. Su questa condotta intende incidere la rilevanza extraterritoriale della condotta illecita, già penalmente sanzionata in Italia, per porre un freno all'uso fraudolento del diritto di circolazione, nonostante i dubbi sollevati sul piano dell'accertamento.