

ILARIA PRETELLI

*Il diritto di conoscere le proprie origini delle
persone nate in esecuzione di contratti
conclusi attraverso cliniche di fertilità*

ABSTRACT

Tra le complesse questioni giuridiche della procreazione medicalmente assistita, il diritto di conoscere le proprie origini, sancito dalla Convenzione di New York del 1989 (CRC), assume particolare rilevanza. Oltre a essere fondamentale per l'infanzia, incide sul rapporto tra ascendenti e discendenti. Storicamente, gli ordinamenti hanno attribuito ai primi una vera e propria potestà sui secondi. Sulla scorta della CRC, occorre garantire alle persone nate con gameti di terzi il diritto di chiedere e ottenere, salvo motivi ostativi, informazioni sulle proprie origini. Prevenire il rischio che non abbiano riferimenti sulle origini è cruciale nella regolamentazione del mercato di gameti, considerato il conflitto di interesse in cui versano le cliniche di fertilità quando propongono i loro servizi a persone in situazione di "vulnerabilità procreativa". L'accesso alle origini protegge i diritti individuali, riduce i rischi di sfruttamento, in particolare per le donne che si sottopongono al prelievo di ovociti o a gravidanze, e previene traffici di esseri umani, già tragicamente sperimentati in varie parti del pianeta in relazione alle adozioni illegali.

Among the complex legal issues in modern medically assisted procreation, the right to know one's origins is crucial, enshrining a fundamental right of the child recognized by the 1989 CRC. While, historically, legal systems granted powers to ascendants over descendants, today's focus must be on protecting those born through donor gametes who do not intend to become parents. Monitoring fertility clinics is essential to guarantee this right to children of complex ancestry, as clinics face conflicts of interest when treating persons in situations of 'procreative vulnerability.' Preventing children from lacking origin information is vital in market regulation. Access to origins protects individual rights, prevents human trafficking, and reduces exploitation risks, particularly for women undergoing oocyte retrieval or pregnancy. The solution proposed aims at averting the replication of historical tragedies as the illegal adoption practices in the context of ART and surrogacy.

PAROLE CHIAVE

Filiazione, Procreazione medicalmente assistita, Diritto di conoscere le proprie origini, Interesse superiore del minore, Surrogazione di maternità.

KEY WORDS

Filiation, Medically assisted procreation, Right to origins, Best interests of the child, Surrogacy.

ILARIA PRETELLI*

*IL DIRITTO DI CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI DELLE
PERSONE NATE IN ESECUZIONE DI CONTRATTI CONCLUSI
ATTRAVERSO CLINICHE DI FERTILITÀ*

SOMMARIO: 1. L'attribuzione dello status di figlio quale risultato di una fattispecie complessa nel caso di contratti di procreazione. 2. Il diritto a conoscere le proprie origini. 3. Vecchi e nuovi limiti alla ricerca di paternità e maternità. 3.1. L'anonimato della madre. 3.2. Maternità e paternità nei casi di fecondazione eterologa. 3.3. L'anonimato di donatori e donatrici di gameti. 4. La ricerca della maternità e della paternità quale garanzia del diritto all'identità personale di figlie e figli di ascendenza multipla o complessa.

1. L'attribuzione dello status di figlio quale risultato di una fattispecie complessa nel caso di contratti di procreazione

Com'è ampiamente noto, alcuni ordinamenti giuridici consentono lo stabilimento del vincolo di filiazione sulla base dell'intenzione espressa da persone adulte di generare neonati attraverso l'impiego di altre persone, il cui ruolo nella vita del nato si esaurisce con la generazione o procreazione e che sono solitamente individuate da una clinica di fertilità. Il vincolo di filiazione diventa dunque frutto dell'incontro di due volontà opposte: da una parte, quella dei donatori o della gestatrice di generare o procreare senza diventare per questo genitori, dall'altra, quella dei committenti di diventare genitori della persona che nascerà. Queste volontà si trovano espresse in contratti solitamente conclusi sotto la supervisione di cliniche che ne influenzano il contenuto, includendo clausole che incidono sul prezzo dei loro servizi, ad esempio nella previsione di possibilità di pre-selezione del sesso e del colore degli occhi del nascituro¹. Purtroppo,

* European Law Institute.

¹ Leggo ad esempio nella pagine web di una clinica presente negli Stati Uniti, in Messico e in India la seguente "special offer": «For those interested in adding an eye color selection to their standard IVF, sex selection and/or embryo genetic screening health procedures, we are offering a very limited substantial discount on the addition of eye color

l'esistenza di questo incontro di volontà, in particolare se verificato dalle sole cliniche al momento della conclusione del contratto, non garantisce la permanenza di una volontà di identico contenuto nei mesi e anni successivi. Proprio per questo, in molti di questi ordinamenti l'incontro di volontà prima del concepimento ha valore dirimente nel consentire di superare il dato biologico o genetico, impedendo di "ritirare" il consenso al momento della nascita, specialmente se contrario all'interesse del nato.

Vale la pena ricordare il caso deciso dalla corte californiana che ha costituito il vincolo di filiazione tra una bambina e un uomo, il committente, che pure aveva chiesto che la propria paternità potesse essere esclusa fondandosi sia sul dato genetico che su quello della sua reale intenzione al momento del contratto². L'uomo sosteneva che era stata la sola ex moglie a maturare l'intenzione di avere figli e promuovere la conclusione dei contratti con i donatori di gameti e la madre surrogata. La coppia, sposata all'epoca del contratto, era in corso di separazione e divorzio all'epoca della nascita. Oltre a chiedere la dissoluzione del vincolo matrimoniale, l'uomo intendeva evitare di assumere responsabilità genitoriali nei confronti della bambina, e faceva valere che l'ex moglie si era detta disposta ad assumere da sola anche la responsabilità di crescere il nascituro. I suoi argomenti non sono valsi ad escludere il sorgere del vincolo di filiazione nei suoi confronti in virtù dell'accordo, sebbene questo fosse stato formalizzato successivamente alla fecondazione e all'impianto dell'embrione³.

All'epoca dei fatti, la soluzione sarebbe stata diversa applicando la legge di altri Stati pur sempre americani: taluni avrebbero ritenuto genitori

to their general procedures. We are able to offer a major financial discount on initial intake screening and eye color "add on" for a limited time. This is a discount that will be available for a short time only. If interested, please contact us and we will provide instructions». V. <https://www.fertility-docs.com/programs-and-services/pgd-screening/choose-your-babys-eye-color/> (15/11/2024).

² Si tratta del caso deciso il 10 marzo 1998 dalla Corte d'Appello della California per il Quarto Distretto, Divisione 3, *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

³ *Ibidem*.

della bambina la madre surrogata e suo marito (Arizona⁴, Florida⁵, Nord Dakota⁶, e Virginia⁷); altri avrebbero determinato la paternità alla luce di una valutazione in concreto del migliore interesse del bambino (Michigan⁸ e Utah⁹); altri ancora avrebbero costituito il legame di filiazione con il donatore di sperma (Nebraska¹⁰). Nello stato canadese della British Columbia si prevede che, alla nascita del bambino, la persona designata come il genitore dall'accordo sulla procreazione diventi genitore solo se la madre surrogata dà, al momento della nascita, un ulteriore consenso scritto a cedere il bambino al genitore o ai genitori d'intenzione e purché questi si

⁴ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-218: «Surrogate parentage contracts; prohibition; custody; definition/ A. No person may enter into, induce, arrange, procure or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract. B. A surrogate is the legal mother of a child born as a result of a surrogate parentage contract and is entitled to custody of that child. C. If the mother of a child born as a result of a surrogate contract is married, her husband is presumed to be the legal father of the child. This presumption is rebuttable. D. For the purposes of this section, “surrogate parentage contract” means a contract, agreement or arrangement in which a woman agrees to the implantation of an embryo not related to that woman or agrees to conceive a child through natural or artificial insemination and to voluntarily relinquish her parental rights to the child».

⁵ Fla. Stat. Ann. § 742.15: «(1) Within 3 days after the birth of a child delivered of a gestational surrogate, the commissioning couple shall petition a court of competent jurisdiction for an expedited affirmation of parental status. [...] (7) When at least one member of the commissioning couple is the genetic parent of the child, the commissioning couple shall be presumed to be the natural parents of the child».

⁶ N.D. Cent. Code § 14-18-05: «Surrogate agreements. Any agreement in which a woman agrees to become a surrogate or to relinquish that woman's rights and duties as parent of a child conceived through assisted conception is void. The surrogate, however, is the mother of a resulting child and the surrogate's husband, if a party to the agreement, is the father of the child. If the surrogate's husband is not a party to the agreement or the surrogate is unmarried, paternity of the child is governed by chapter 14-20».

⁷ Va. Code Ann. § 20-158: «A. Determination of parentage, generally. — Except as provided in subsections B, C, D, and E, the parentage of any child resulting from the performance of assisted conception shall be determined as follows: 1. The gestational mother of a child is the child's mother. 2. The spouse of the gestational mother of a child is the child's other parent, notwithstanding any declaration of invalidity or annulment of the marriage obtained after the performance of assisted conception, unless such spouse commences an action in which the mother and child are parties within two years after such spouse discovers or, in the exercise of due diligence, reasonably should have discovered the child's birth and in which it is determined that such spouse did not consent to the performance of assisted conception.[...] E. 3. If no intended parent is a genetic parent of the resulting child, but the embryo that was used is subject to the legal or contractual custody of an intended parent, then such intended parent is the parent. However, if no

prendano cura del bambino¹¹. Ovviamente, nei rari casi in cui nessuno intenda prendere in affidamento il bambino, quest'ultimo non potrà che essere dato in adozione¹². Nel caso opposto, taluni Stati costituiscono il vincolo di filiazione tra la persona creata in esecuzione del contratto e tutte le persone che sottoscrivono il contratto di procreazione o sono d'accordo sul "progetto di procreazione": donatori, donatrici, madre gestazionale e committenti¹³. Sarà interessante seguire gli sviluppi legislativi e giurisprudenziali in questa materia negli Stati Uniti nel prossimo

intended parent is a genetic parent, and the embryo that was used is not subject to the legal or contractual custody of such intended parent, then the surrogate is the mother and her spouse, if any, is the child's other parent if such other parent is a party to the contract. In such an event, the intended parent may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2.».

⁸ Mich. Comp. Laws Ann. § 722.861: «Sec. 11. If a child is born to a surrogate mother or surrogate carrier pursuant to a surrogate parentage contract, and there is a dispute between the parties concerning custody of the child, the party having physical custody of the child may retain physical custody of the child until the circuit court orders otherwise. The circuit court shall award legal custody of the child based on a determination of the best interests of the child. As used in this section, "best interests of the child" means that term as defined in section 3 of the child custody act of 1970, Act No. 91 of the Public Acts of 1970, being section 722.23 of the Michigan Compiled Laws».

⁹ Utah Code Ann. § 76-7-204 (articolo abrogato nel 2005): «[...] In any custody issue that may arise under Subsection (1) or (2), the court is not bound by any of the terms of the contract or agreement but shall make its custody decision based solely on the best interest of the child».

¹⁰ Neb. Rev. Stat. § 25-21, 200: «(1) A surrogate parenthood contract entered into shall be void and unenforceable. The biological father of a child born pursuant to such a contract shall have all the rights and obligations imposed by law with respect to such child. (2) For purposes of this section, unless the context otherwise requires, a surrogate parenthood contract shall mean a contract by which a woman is to be compensated for bearing a child of a man who is not her husband».

¹¹ Sezione 29 (3) del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [FLA] entrato in vigore nel 2013: «On the birth of a child born as a result of assisted reproduction in the circumstances described in subsection (2), a person who is an intended parent under the agreement is the child's parent if all of the following conditions are met: (a) before the child is conceived, no party to the agreement withdraws from the agreement; (b) after the child's birth, (i) the surrogate gives written consent to surrender the child to an intended parent or the intended parents, and (ii) an intended parent or the intended parents take the child into the intended parent's or parents' care».

¹² Una bambina di due anni, affidata ad una "tata" ucraina da una coppia italiana che aveva concluso un contratto di maternità surrogata ma non aveva voluto prendersi cura

quadriennio in materia di riconoscimento dei diritti delle nuove generazioni nei confronti degli ascendenti.

2. Il diritto a conoscere le proprie origini

Ogni genitore partecipa e contribuisce all'identità della persona che fa nascere e, viceversa, ogni persona ha il diritto di conoscere e costruire la propria identità avendo piena consapevolezza di quella dei propri ascendenti.

Con una certa frequenza statistica, bambini e bambine adottate, una volta raggiunta l'età adulta, chiedono di avere accesso all'identità dei propri genitori biologici¹⁴. Il bisogno di conoscere le origini è legato alla costruzione del proprio sé, della propria identità personale¹⁵. Se ne può desumere che la mancanza parziale o totale di informazioni e di accesso ai

della bambina nata in esito alla sua esecuzione, è stata portata in Italia sulla base della circostanza della nazionalità italiana del padre biologico (il marito, nella coppia committente). La storia è riportata sia dalla polizia di stato che dal corriere della sera. Si veda: <https://www.poliziadistato.it/articolo/38618d5b4fb4544679930014> (15/11/2024). G. SANTUCCI, *La figlia fantasma della maternità surrogata*, in *Corriere della sera*, 5 Maggio 2024.

¹³ Sezione 30 del *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25 [FLA]. Si veda anche il precedente creato dalla Corte d'Appello dell'Ontario A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2, che ha riconosciuto lo status di figlio di tre genitori a un bambino che era frutto di un accordo tra una coppia formata da due donne e un loro amico, senza ricorso ad un'assistenza medica per la fecondazione.

¹⁴ L'ufficio olandese di statistica ritiene che almeno una persona adottata ogni due chieda di avere accesso ai dati relativi ai propri genitori biologici <https://www.cbs.nl/en-gb/news/2021/06/half-of-all-adult-adoptees-have-searched-for-birth-information>.

Sembra inoltre che esista una differenza di genere:

https://marripedia.org/adoptee_s_search_for_biological_parents riporta che il 66% delle persone adottate che cercano i propri genitori biologici sono femmine, e solo la metà, il restante 34%, sono maschi.

¹⁵ D. HOWE, *Age at Placement, Adoption Experience and Adult Adopted People's Contact with Their Adoptive and Birth Mothers: An Attachment Perspective*, in *Attachment & Human Development* 3.2 (2001) 225-230 riporta che il 77% delle persone adottate in cerca dei genitori biologici "si sente amato" dalla madre adottiva. La ricerca delle origini non è dunque legata ad una volontà di stabilire una relazione ma a quella di conoscere l'identità. Studi clinici hanno comunque evidenziato una preoccupante frequenza di comportamenti auto-distruttivi, ansia o depressione, tra gli adottati: M. KEYES, A. SHARMA, I. ELKINS et al., *The Mental Health of US Adolescents Adopted in Infancy*, in *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine* 162.5 (2008).419-425.

dati relativi alle proprie origini influisca sulla concreta possibilità di strutturarsi e costruire la propria personalità.

Il diritto a conoscere le proprie origini è oggi universalmente riconosciuto da diverse norme sovranazionali. Come è ovvio, particolare significato assumono quelle contenute nell'articolo 7 della Convenzione ONU del 1989 sul "diritto a conoscere l'identità dei propri ascendenti"¹⁶ e nell'articolo 8 che include, tra gli elementi costitutivi dell'identità di ogni minore, le sue relazioni familiari¹⁷.

Tra le norme sovranazionali che riconoscono questo diritto vi è l'articolo 30 della Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (come emendata nel 2008), la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 gennaio 2000, n. 1443, oltre che la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 27 giugno 2008, che invitano gli Stati a favorire il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.

Riconoscere e garantire questo diritto rappresenta un indispensabile strumento di contrasto alle adozioni illegali e alla tratta di esseri umani che sono suscettibili di nascondere¹⁸.

¹⁶ K. O'DONOVAN, *Interpretations of Children's Identity Rights*, in D. FROTTTEL (ed.), *Revisiting Children's Rights: 10 Years Of The UN Convention on The Rights of the Child*, Hague/Boston 2000, 79-80.

¹⁷ Si vedano anche le decisioni della Corte EDU del 13 luglio 2006, Jäggi c Svizzera, n. 58757/00 e 30 maggio 2006, Ebrü c Turchia, n. 60176/00; G.A. STEWART, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, in 26 Fam. L.Q. 221 (1992); CRC, art. 8; S. BESSON, *Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the Convention's on the right of the child and the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family* 21 (2007) 137 ss. In Italia si veda la Corte di Cassazione, ordinanza del 9 agosto 2021, n. 22497 con la quale è stato riconosciuto il diritto a conoscere l'identità della madre da parte di una figlia, nata da parto anonimo, valutandone le conseguenze con riferimento alle condizioni di salute, personali e familiari di madre e figlia.

¹⁸ UNICEF, *Combating Child Trafficking*, in *Handbook for Parliamentarians No. 9*, 2005, p. 12; *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution, and child pornography*, Add. 2, *Report on the Mission to Guatemala*, E/CN.4/2000/73/Add.2, 10-13 (27 Jan. 2000). R. LANDAU, *The Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel and Elsewhere*, in *Human Reproduction* 13.11 (1998) 3268 ss; S. WILKINSON, *Commodification*, in R.E. ASHCROFT, A. DAWSON, H. DRAPER, J.R. McMILLAN (eds.), *Principles of Health Care Ethics*², Chichester 2007, 285 ss.

3. Vecchi e nuovi limiti alla ricerca di paternità e maternità

3.1. L'anonimato della madre

Il diritto all'anonimato della madre è stato ed è tuttora di fondamentale importanza a salvaguardia della vita di neonati in contesti caratterizzati da una rigida cultura repressiva della sessualità femminile. Laddove la sessualità femminile è socialmente accettata al pari di quella maschile, il diritto all'anonimato è rimasto un retaggio delle epoche precedenti¹⁹. Anche nei paesi che garantiscono l'anonimato della madre, per rispettare il diritto di ogni bambino o bambina a conoscere le proprie origini, deve comunque essere sempre assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati che identificano la madre biologica e la cartella clinica custodita presso il luogo in cui è avvenuto il parto, proprio per rendere possibile risalire all'identità della madre tramite accesso ai dati sanitari²⁰.

¹⁹ Il diritto all'anonimato è riconosciuto alle madri da paesi come la Francia e l'Italia, ed è stato introdotto in paesi come la Slovacchia e la Russia ma è soggetto a eccezioni. Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838 e Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6963, estendono a fratelli e sorelle il procedimento di interpello al fine di acquisire il consenso all'accesso ai dati richiesto dall'adottato. La presenza di altri figli ed eredi della madre deceduta è suscettibile di impedire l'accesso ai dati da parte dell'adottato per tutelare coloro che potrebbero non conoscere la sua esistenza (Trib. min. Genova, 23 maggio 2019).

²⁰ In Italia, si veda l'allegato al D.M. 16 luglio 2001 n. 349: «Deve essere comunque assicurato un raccordo tra il certificato di assistenza al parto privo dei dati idonei a identificare la donna che non consente di essere nominata con la cartella clinica custodita presso il luogo dove è avvenuto il parto in modo da rendere sempre tecnicamente possibile l'individuazione della madre biologica». Significativa è l'evoluzione della legge britannica, avvenuta attraverso vari passaggi: dall'assenza di disciplina (Adoption of Children Act 1926) compensata dall'intervento discrezionale della giurisprudenza; al riconoscimento di un diritto di accesso molto limitato (Adoption of Children Act 1949) fino ad una specifica regolamentazione (Adoption Act 1976) e al riconoscimento del diritto dell'adottato maggiorenne a conoscere i dati e i dettagli del procedimento adottivo (Adoption and Children Act 2002). In altri paesi, come la Svizzera si è suggerito di introdurre regole volte a proteggere la confidenzialità del parto senza giungere a riconoscere un diritto all'anonimato che viene percepito come una violazione del diritto del bambino a conoscere le proprie origini. Si veda <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/81523.pdf>, 9 e 14.

In Italia, queste regole sono scaturite dalla condanna dell'anonimato assoluto da parte della Corte di Strasburgo, dovendo essere garantito il diritto di avere accesso a un minimo di informazioni sull'identità della madre anonima²¹. Nel frattempo, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle norme sull'adozione nella parte in cui non prevedono - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione²².

3.2. Maternità e paternità nei casi di fecondazione eterologa

Nel caso più semplice di fecondazione eterologa, i gameti di un donatore sono immessi per via intra-uterina nel corpo dell'aspirante madre, per favorire l'incontro con l'ovulo ivi presente su ciclo spontaneo o farmacologicamente stimolato²³. Nei casi più complessi di fecondazione bi-

²¹ Si veda la decisione della Corte EDU del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, n. 33783/09: «la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue».

²² Si vedano l'articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall'art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

²³ In Italia, l'ammissibilità delle tecniche di fecondazione eterologa risulta dal superamento del divieto posto dall'art. 4, terzo comma, l. n. 40 del 2004 grazie alla nota sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014 n. 162. A voci inizialmente critiche (C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato* [2014] 1117 ss.; C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale* 3 [2014] 2593 ss.) si è sostituita una sostanziale unanimità della dottrina anche a fronte delle scelte legislative successive. Si veda I. PELLIZZONE, *Il riconoscimento della 'libertà di scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli' nella sentenza n. 162 del 2014*, in M. E. D'AMICO, M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della fecondazione eterologa: analisi critica e materiali*, Milano 2014 e più di recente, M.N. BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi, commento alla pronuncia della Cass. 3 aprile 2017*,

eterologa, la fecondazione avviene in vitro e all'aspirante madre sono trasferiti embrioni ottenuti con i gameti di due donatori.

Quando il padre biologico del bambino è un donatore, non sorge un vincolo di filiazione tra lui e il nato, ma solo un diritto della persona nata a conoscere la propria identità biologica. L'attribuzione del vincolo di filiazione con la persona legata alla madre avviene contestualmente alla nascita, senza bisogno di ulteriori atti giuridici. In questi casi, il matrimonio, in luogo di fondare una presunzione di paternità biologica facilmente superabile, serve piuttosto a garantire la volontà del coniuge di assumere il ruolo di genitore e di accogliere il figlio in una famiglia stabile. In questi casi, la costituzione del legame di filiazione è condizionata all'esistenza di una manifestazione di volontà espressa già prima della procreazione e vincolante per chi l'ha espressa.

Questo stabilisce l'art. 9 comma 1 della legge italiana n. 40/2004²⁴, che preclude a chi abbia prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita mediante fecondazione eterologa, la possibilità di esprimere la propria volontà di non essere nominata come madre²⁵, l'azione di disconoscimento di paternità²⁶, e l'impugnazione per difetto di veridicità²⁷.

Ovviamente, queste azioni sono precluse solo all'ascendente che ha dato il consenso, mentre restano aperte alla nuova generazione nei confronti degli ascendenti, potendo figli e figlie chiedere che il vincolo di filiazione sia disconosciuto per difetto di veridicità.

3.3. L'anonimato di donatori e donatrici di gameti

Come l'anonimato della madre, anche quello di donatori e donatrici inizia ad apparire anacronistico, in particolare se si considera la relativa facilità, grazie alle nuove tecnologie, delle ricerche genetiche relative alla propria ascendenza.

n. 8617, in *Famiglia e diritto* (2017) 845 ss.

²⁴ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

²⁵ Si veda l'art. 9 della legge cit. alla nota precedente.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Si veda l'art. 263 c.c.

Il 12 aprile 2019 il Consiglio d'Europa ha adottato la raccomandazione 2156 (2019) intitolata "*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*" che enuncia i seguenti principi²⁸: i) "la donazione di gameti deve restare un atto volontario e altruista, compiuto con lo scopo precipuo di aiutare gli altri e quindi senza un guadagno finanziario o altro vantaggio simile per il donatore"; ii) la rinuncia all'anonimato per ogni futura donazione di gameti negli Stati membri del Consiglio d'Europa; iii) il divieto di utilizzo di spermatozoi e ovociti donati anonimamente; iv) il divieto per donatori e donatrici di contattare la propria discendenza genetica a fronte del diritto della persona concepita tramite donazione di contattare il genitore e eventuali fratelli o sorelle, a determinate condizioni; v) l'obbligo per gli Stati membri del Consiglio d'Europa che autorizzano la donazione di spermatozoi e ovociti di "creare e mantenere un registro nazionale dei donatori e delle persone concepite tramite donazione" al fine di assicurare "lo scambio di informazioni", di "imporre un limite massimo al numero di donazioni possibili da parte dello stesso donatore", di "controllare che parenti prossimi non possano sposarsi" e di "tenere traccia dei donatori in caso di necessità mediche"; vi) l'obbligo per cliniche e prestatori di servizi di tenere "adeguata documentazione e metterla a disposizione dei registri nazionali", vii) l'introduzione di un "meccanismo per assicurare lo scambio transfrontaliero di informazioni tra registri nazionali". Da ultimo si prevede il principio transitorio secondo il quale "l'anonimato dei donatori di gameti non deve essere cancellato in maniera retroattiva se garantito al momento della donazione, ad eccezione di motivazioni mediche o se il donatore acconsente a rinunciare all'anonimato e, di conseguenza, all'iscrizione nel registro dei donatori e delle persone concepite tramite donazione. I donatori dovrebbero ricevere consulenza e orientamento prima di decidere se accettare o meno di rinunciare all'anonimato"²⁹.

²⁸ Dibattito in Assemblea del 12 aprile 2019, 18a seduta (V. Doc. 14835, Relazione della Commissione affari sociali, sanità e sviluppo sostenibile, Relatrice: On. Petra De Sutter; Doc. 14854, parere della Commissione affari giuridici e diritti umani, Relatore: On. Pierre-Alain Fridez). Testo adottato dall'Assemblea il 12 aprile 2019, 18a seduta. È seguita una risposta del Comitato dei Ministri del 14 ottobre 2019.

²⁹ Il documento, in originale e nella versione francese e italiana, si legge qui: <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/Documenti/DocumentiParlamentari/parser.asp?idLegislatura=18&categoria=012bis&tipologiaDoc=documento&numero=114&doc=intero>.

Il diritto a conoscere le proprie origini ha spinto la Svizzera, ad esempio, a dotarsi di un registro di donatori di gameti maschili nel 2001, in modo da poter far fronte alle richieste di bambine e bambini nati da fecondazione eterologa. Se l'inseminazione avviene in Svizzera, al compimento del 18esimo anno è possibile chiedere l'accesso ai dati relativi all'identità del donatore e trasmettergli una proposta di incontro³⁰. Il donatore viene informato di entrambe le richieste e comunica la sua decisione in merito alla possibilità di un incontro. Nel 2019 la procedura di accesso all'identità di un donatore è stata ulteriormente semplificata. Le richieste che sono pervenute agli uffici dal 2019 sono relativamente poche e le richieste di incontro sono state bene accolte dai donatori.

4. La ricerca della maternità e della paternità quale garanzia del diritto all'identità personale di figlie e figli di ascendenza multipla o complessa

Negli ordinamenti, come quello della British Columbia in cui vi è la possibilità di riconoscere un ruolo genitoriale ai donatori di gameti o alle madri surrogate, la scelta sul vincolo di filiazione compete al solo ascendente e diventa definitiva³¹.

In questo sbilanciamento tra diritti degli ascendenti e dei discendenti³², senza alcuna mediazione a tutela del nato, vi è il rischio di un'involuzione in senso antistorico dell'istituto della filiazione, contrario all'interesse superiore dei minori di ascendenza multipla o complessa.

³⁰ La comunicazione sulle origini, secondo la Società svizzera di medicina riproduttiva (SGRM) e la fondazione Salute Sessuale Svizzera è un momento delicato soprattutto se interviene dopo gli 11 anni, e può avere pesanti conseguenze emotive per figli e figlie, il padre biologico e i famigliari di entrambi. Si veda la brochure: <https://www.sgrm.org/uploads/files/FertiForum/IAD2-Questions-et-r%C3%A9ponses-pour-les-personnes-concern%C3%A9es-par-le-don-de-sperme.pdf>.

³¹ Si veda il Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference intitolato "A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements", spec. 15 e T. PENNA, *Cenni storici sulla PMA eterologa: la morale sessuale cattolica e il modello bioetico francese*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale* 19.2 (2019) 235 ss.

³² I. PRETELLI, *Identity and Civil Status of Children Conceived Through Cross-Border Procreation Contracts Perspectives on Filiation and the Best Interests of The Child*, in *Yearbook of Private International Law* 25 (2023/2024) 241-273.

Una riforma della filiazione dovrebbe invece valorizzare i diritti fondamentali di questi bambini e bambine in prospettiva diacronica, riconoscendo all'infanzia il diritto assoluto alla cura da parte delle persone, tra gli ascendenti, che sono in grado di soddisfarne al meglio i bisogni, anche attraverso un controllo sulla costituzione del vincolo, che non può essere il frutto della formazione di un mero atto burocratico quale la registrazione di un contratto³³, ma richiede di verificare il rispetto dei diritti fondamentali del nato. Tra questi, appare di particolare importanza il diritto a conoscere le proprie origini, da esercitarsi sin dall'adolescenza, e senza limiti di età.

Al momento attuale, la maggior parte degli ordinamenti non è dotata di strumenti giuridici atti a contrastare eventuali violazioni commesse dalle cliniche di fertilità che praticano la procreazione medicalmente assistita. La mancanza di controlli comporta l'esposizione dei minori e delle persone, alle quali le cliniche si rivolgono per ottenere gameti o una gestazione per altri, a possibili violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale.

La tutela di questi diritti comporta uno sforzo comune e concertato volto ad assicurarne il rispetto. Vale inoltre la pena di sottolineare che il diritto del nato a chiedere accesso alle proprie origini contribuisce, allo stesso tempo, alla prevenzione di fenomeni ben più gravi come la tratta di esseri umani³⁴. In altre parole, laddove verificato dall'ordinamento che

³³ Si vedano, per la necessità di tener conto dell'interesse superiore del minore anche ai fini della costituzione del vincolo di filiazione - ergo in quelli di una sua contestazione - le recenti decisioni del Tribunale Sulmona sez. I, 8 febbraio 2022, n.17 e Cassazione civile sez. I, 30 giugno 2021, n. 18600.

³⁴ Si veda la direttiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e in particolare il sesto considerando a mente del quale «Lo sfruttamento della maternità surrogata [...] può già rientrare nell'ambito di applicazione dei reati relativi alla tratta di esseri umani quali definiti nella direttiva 2011/36/UE, nella misura in cui siano soddisfatti tutti i criteri costitutivi di tali reati. Tuttavia, data la gravità di tali pratiche, e per contrastare il costante aumento del numero e della rilevanza dei reati relativi alla tratta di esseri umani commessi a fini diversi dallo sfruttamento sessuale o dallo sfruttamento di manodopera, è necessario includere [...] lo sfruttamento della maternità surrogata [...]. Più specificamente, per quanto concerne la tratta a fini di sfruttamento della maternità surrogata, la presente direttiva pone l'accento su coloro che costringono o convincono con l'inganno le donne a prestarsi come madri surrogate. [...] Tali norme lasciano inoltre impregiudicate le norme nazionali sulla

inquadra la società in cui si svolge la vita del bambino di ascendenza complessa, l'accesso alle origini rappresenta, sul piano individuale, una garanzia di rispetto dei suoi diritti fondamentali, e, sul piano sociale, uno strumento di prevenzione di crimini quali la tratta di esseri umani o il divieto di pratiche eugenetiche³⁵. È attraverso un efficace controllo dell'operato delle cliniche di fertilità e della legittimità dei loro meccanismi di persuasione sottile³⁶, che lo Stato ha la possibilità di mettere in atto politiche legislative ponderate, e di lungo periodo, a tutela delle future generazioni.

La naturale soggezione dei figli ai loro genitori e la particolare vulnerabilità di bambini e bambine di ascendenza multipla o complessa, richiede una protezione speciale e l'attribuzione ai discendenti di diritti specifici sia nei confronti di tutti i loro ascendenti, sia nei confronti degli Stati ove si è realizzata la loro procreazione e in cui si esplica il loro sviluppo³⁷.

maternità surrogata, compreso il diritto penale o il diritto di famiglia».

³⁵ L'articolo 3(2b) della Carta dei diritti fondamentali vieta in particolare «pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; d) il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani» a tutela della salute delle generazioni e società future.

³⁶ Di particolare interesse per le cliniche sono le coppie di uomini, oggetto di studi specifici volti ad indurre in loro un desiderio di genitorialità. Si veda ad esempio: <https://www.fertilitybridge.com/inside-reproductive-health/attracting-gay-male-fertility-patients>.

³⁷ K. O'DONOVAN, *Interpretations* cit., con riferimento ai c.d. esperimenti di "social engineering" consistenti nell'assicurare un flusso di bambini da Gran Bretagna e Irlanda agli USA tra la seconda metà dell'XIX e la prima metà del XX secolo (fino ai primi anni '70): «The exported children, in general, were already separated from their parents, not necessarily forcibly. However, the effects on the children were similar [:] loss of knowledge of genealogy, parents, and roots, loss of contact with families, mistreatment and abuse in the new situation and uprooted emotional lives».

